

WŁADYSŁAW ROZWADOWSKI (Poznań)

Reskrypt Marka Aureliusza o kompensacji w doktrynie romanistycznej i w źródłach

Cz. II. Źródła *

1. Charakterystyka źródeł; 2. Nerva i Atilicinus (D.44,4,4,8); 3. Neratius i Pomponius (D.16,2,4); 4. Seneca (de benef. VI,4); 5. Iavolenus (D. 16,2,15); 6. Iulianus (D.44, 4,2,7; D.13,1,14,2); D.16,2,2); 7. Gaius D.16, 2,5 i 8); 8. Wnioski; 9. Venuleius (D.46,8,8,1); 10. Scaevola (D.16,2,22); 11. Papinianus (D.16,2,16 i 18); 12. Paulus (Sent. II,5,3; D.16, 2,23; D.16,2,21); 13. Wnioski końcowe.

1. Egzegeza źródeł traktujących o kompensacji na podstawie reskryptu Marka Aureliusza jest bezsprzecznie przedsięwzięciem trudnym. Stopień trudności potęguje fakt, iż o samym reskrypcie mamy zaledwie jedną, i to dość enigmatyczną wzmiankę w Instytucjach Justyniańskich, oraz drugą w parafrazie Instytucji Theophilusa¹, zatem śladów jego zastosowania szukać należy w innych przekazach źródłowych. Te jednak, z uwagi na justyniańską reformę kompensacji, przejęte zostały z dzieł klasyków rzymskich w stosunkowo niewielkiej liczbie, a do tego uległy jeszcze przeróbce bądź też okrojeniu w duchu tej właśnie reformy. Ale nie bądźmy zbyt pesymistami, bowiem pozostawione wyimki z dzieł poszczególnych autorów z okresu prawa klasycznego pozwalają mimo to stawiać dość ugruntowane hipotezy co do historycznego rozwoju zastosowania *exceptio doli* dla celów kompensacji w epoce rzymskiego procesu formułkowego.

Pierwszą, najbardziej kompletną analizę naszych źródeł przeprowadził w ubiegłym wieku D e r n b u r g². Pod koniec tegoż stulecia, operując w zasadzie tymi samymi źródłami co Dernburg, w sposób krytyczny

* Część I niniejszego artykułu (cyt. dalej jako: cz. I) opublikowana została w CPH, t. XXVI, z. 2, s. 1 - 24.

¹ Zob. na ten temat cz. I, s. 5.

² H. Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*, Heidelberg 1868.

spojrzał na rzymską kompensację francuski romanista Appleton³. Wywody jego, dotyczące w szczególności kompensacji w *iudicium stricti iuris*, wywarły, jak już wspomniałem⁴, ogromny wpływ na późniejszych autorów zajmujących się badaniem znaczenia reskryptu Marka Aureliusza w rozwoju kompensacji rzymskiej. Wpływom tym uległ również Solazzi⁵, a ostatnio także Osuchowski⁶.

Podstawowa teza Appletona w tej mierze sprowadza się do stwierdzenia, że nawet po reskrypcie Marka Aureliusza *exceptio doli* nie miała zastosowania w kompensacji rzymskiej. Jego zdaniem reskrypt, jak zresztą wszystkie tego rodzaju konstytucje cesarskie, odnosił się do szczególnego przypadku i nie miał znaczenia normy ogólnie obowiązującej. Według Appletona⁷ nie można traktować jako *dolus* nieuwzględnienie przez powoda roszczenia pozwanego, które nie jest płynne. Staje się ono płynne po ustaleniu jego wysokości w innym postępowaniu sądowym i dopiero jako takie nadaje się do potrącenia, ale już w postępowaniu egzekucyjnym z *actio iudicati*. O takim właśnie zastosowaniu *exceptio doli* traktuje według Appletona fragment księgi II Macera *de appellationibus* (D. 49, 8, 1, 4)⁸.

W świetle takiej hipotezy przedmiotem krytyki francuskiego romanisty stały się wszystkie te źródła, które pośrednio wskazują na kompensację w *iudicium stricti iuris*. Ale Appleton nie twierdzi, że dotknęła je ręka kompilatorów justyniańskich; uważa natomiast, że skoro w czasach Gaiusa w *iudicium stricti iuris* kompensacja znana była tylko w dwóch przypadkach, a mianowicie przy powództwie bankiera i bonorum emptora, przeto pierwotnie wszystkie te źródła traktować musiały o jednym z tych przypadków kompensacji. Tą drogą idą też zwolennicy jego teorii.

Przystępując do nowej egzegezy tych źródeł, trzeba — moim zdaniem — w pierwszej kolejności ustosunkować się do wyjątkowo istotnego w tej materii twierdzenia wielu autorów, jakoby za czasów Gaiusa w *iudicium stricti iuris* znane były tylko wymienione dwa przypadki kompensacji. Zaraz na początku musimy stwierdzić, że jest to wniosek *e silentio* i już jako taki musi być traktowany z pewną rezerwą. Wiemy, że Instytucje Gaiusa są podręcznikiem elementarnym, przeznaczonym do nauki prawa dla osób stawiających na polu jursprudencji swe pierwsze kroki. Nie musiał zatem Gaius pisać w nim o zastosowaniu *exceptio doli* dla celów kompensacji przede wszystkim dlatego, że potrącenie za jego

³ C. Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895.

⁴ Zob. cz. I, s. 15.

⁵ S. Solazzi, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli 1950.

⁶ W. Osuchowski, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Warszawa—Kraków 1970.

⁷ C. Appleton, o. c., s. 253 i n.

⁸ Cyt. w cz. I, s. 14. Tam też uwagi krytyczne na temat poglądu Appletona co do znaczenia wypowiedzi Macera.

czasów nie jest jeszcze instytucją w pełni ukształtowaną i nie staje się nią nawet w czasach justyniańskich⁹. Nie jest przeto rzeczą przypadku, że omawiając obydwie możliwości kompensacji w *iudicium stricti iuris* Gaius umieszcza swój wywód nie tam, gdzie traktuje o sposobach umorzenia zobowiązań (3, 168 - 180), ale przy omawianiu skarg, przez które powodowi przysądza się mniej niż mu się rzeczywiście należało (4, 61 - 68). Innowacja Marka Aureliusza nie jest również tworem dotychczas obcym, ale po prostu zwykłym zastosowaniem instytucji już znanej, jaką była *exceptio doli*, do przypadków nowych, w których dotąd miała ona tylko wyjątkowe zastosowania. O praktycznym znaczeniu samej *exceptio doli* Instytucje Gaiusa zawierają wywód stosunkowo obszerny, ale w części poświęconej eksciepcjom w ogóle (4, 115 i nast.). Z tych przeto powodów uważam, że *exceptio doli* mogła służyć celom kompensacji nawet w okresie przed Gaiusem, a milczenie tego autora co do tak specyficznego zastosowania owego zarzutu procesowego nie może być dowodem na to, że przypadki takie obce były autorowi Instytucji. Twierdzenie natomiast, że źródła przedgajusowe wskazujące na takie zastosowanie *exceptio doli* odnosiły się każdorazowo do przypadków kompensacji bankiera lub bonorum emptora albo wręcz do kompensacji w procesie kognitywnym, wydaje się być zwykłą *petitio principii*.

W źródłach znajdujemy kilka fragmentów wskazujących na zastosowanie już przed Markiem Aureliuszem *exceptio* dla celów wymuszenia na powodzie, wnoszącym skargę przeciw pozwanemu, uwzględnienia jego wzajemnej pretensji i to pochodzącej *ex diversa causa*¹⁰. Spróbujmy więc przeprowadzić ich egzegezę.

2. Z prawników, którzy zajmowali się tym problemem, do najstarszych należą wzmiankowani przez Ulpianusa Nerva i Atilicinus¹¹:

D. 44, 4, 4, 8: *Item quaeritur, si uniones tibi pignori*¹² *dedero et con-*

⁹ Zob. na ten temat cz. I, s. 4.

¹⁰ Do czasów Appletona przeważał zdecydowanie pogląd, że przed Markiem Aureliuszem stosowano kompensację w *iudicium stricti iuris* nie tylko przy powództwach bankiera czy bonorum emptora, lecz także w niektórych innych przypadkach powództw prawa ścisłego. Por. na ten temat: Z. Brinz, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig 1849, s. 76 i n.; A. Scheurl, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. VII Compensation*, Erlangen 1853; H. Dernburg, o. c., s. 176; F. Eisele, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin 1876, s. 36. Inaczej E. Stampe, *Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iudicium*, Leipzig 1886, s. 40 i n.

¹¹ Chodzi tu zapewne o Nerwę Syna (w ten sposób H. Dernburg, o. c. s. 171 n. 2; F. Leonhard, *Die Aufrechnung*, Göttingen 1896, s. 49). Prawnik ten działał w I połowie I w. n.e. Atilicinus to prawnik również z tego okresu, o którym jednak nie wiele wiemy. Prawdopodobnie był on uczniem Proculususa. Zob. na ten temat W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, s. 129.

¹² F. Eisele, o. c., s. 96, zamiast *pignori* czyta *fiduciae*. Pogląd ten podziela

venerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas. extat Nervae et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum: 'si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddatur': sed est verius exceptionem doli mali nocere debere.

Abstrahując od sporu, czy pozwany oddał powodowi perły tytułem zabezpieczenia pożyczki na własność (*fiducia*) czy tylko w detencję (*pignus*), jedno w tym fragmencie jest dla nas istotne, że pozwany roszczeniu powoda o zwrot pożyczki mógł zdaniem Nery i Atilicinusa przeciwstawić *exceptio in factum*, którą Ulpionus proponuje zastąpić przez *exceptio doli*. Skutkiem tej *exceptio in factum* powód zostanie w całości oddalony ze swoim roszczeniem. Ma ono zresztą charakter *stricti iuris*, zaś roszczenie pozwanego pochodzi *ex alia causa*.

3. Kolejni prawnicy, którzy zdają się zajmować kompensacją w zobowiązaniach *stricti iuris*, to Neratius i Pomponius, wymienieni przez Paulusa w jego księdze III *ad Sabinum*:

D. 16, 2, 4: *Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.*

Fragment ten, w literaturze bardzo kontrowersyjny¹³, uległ prawdopodobnie pewniej przeróbce ze strony kompilatorów justyniańskich. W wersji justyniańskiej, według Paulusa, który powołuje się właśnie na autorytet Neratiusa i Pomponiusa, występujący w jakimkolwiek kontrakcie *fideiussor* nie odpowiada jako poręczyciel za to, co mógł zatrzymać (*retinere*) dłużnik stosując kompensację; jeśli przeto wierzyciel żądał od poręczyciela całości, żądanie jego było niewłaściwe, jako że z mocy samego prawa (*ipso iure*) poręczyciel nie odpowiadał za więcej niż to, na co może być zasądzony dłużnik główny.

Większość autorów opowiada się za pierwotnym zastosowaniem tego fragmentu do przypadku kompensacji bankiera¹⁴, stąd też sugestie w kierunku zmiany jego inskrypcji¹⁵. W księdze III bowiem *ad Sabinum* Pau-

również E. Stampe, o. c., s. 89; C. Appleton, o. c., s. 307 n. 2. Przeciwnie stawia mu się A. Pernice, Labeo, II, 1, Halle 1895, s. 243.

¹³ Zob. Index interpolationum, a nadto S. Solazzi, o. c., s. 56; W. Osuchowski, o. c., s. 52 i n.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* (cyt. dalej jako RPR), II, München 1959, s. 324 n. 60.

¹⁴ F. Eisele, o. c., s. 167 i n.; A. Pernice, o. c., s. 279; C. Appleton, o. c., s. 140 i n.; C. Longo, *Commentario alle Pandette di Federico Glück*, trad. italiana, lib. XVI, Milano, Appendice del Traduttore, s. 228 i n.; W. Osuchowski, o. c., s. 53.

¹⁵ A. Pernice, o. c., s. 279 n. 1 proponuje zastąpić księgę III księgą XI, zaś C. Appleton, o. c., s. 140 n. 1 — księgą XIII.

lus traktował nie o fideiussorze, lecz o legatach¹⁶. Najwięcej zastrzeżeń budzą występujące we fragmencie zwroty *ipso iure* oraz *ex omni contractu*. Według *communis opinio* kompensację *ipso iure* wprowadził dopiero Justynian¹⁷, zaś zwrot *ex omni contractu* nie mógł pochodzić od Neratiusa i Pomponiusa, skoro za czasów tych prawników kompensacja przy skargach prawa ścisłego (a do takich należy odpowiedzialność fideiussora) miała zastosowanie tylko w ograniczonych przypadkach.

Jeśli jednak przyjmiemy, że cytowany fragment Paulusa, zgodnie z inskrypcją, rzeczywiście pochodzi z jego księgi III *ad Sabinum*, to jest mało prawdopodobne, by odnosił się on pierwotnie do bankiera. W tym przypadku najbardziej trafna wydaje się jego interpretacja dokonana

¹⁶ Por. O. L e n e l, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae 1889, I. s. 1255.

¹⁷ Mimo rozległych badań nad kompensacją w prawie rzymskim brak jest w doktrynie nadal zgodności co do użytego przez Justyniana terminu *ipso iure* w jego słynnej konstytucji C. 4, 31, 14. W kwestii interpretacji tej konstytucji istnieją w zasadzie dwie teorie (zob. na ten temat: E. V o l t e r r a, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1972, s. 619). Według jednej z nich Justynian nie tyle modyfikował dotychczasową procedurę kompensacji, ile tworzył nowy system umarzania zobowiązań i to w ten sposób, że odtąd potrącenie oddziaływało bezpośrednio na przeciwstawne sobie wierzytelności, umarzając jedną w ramach wzajemnej konkurencyjności każdej z nich. Takiego znaczenia konstytucji justyniańskiej dowodzić ma fakt, iż w prawie justyniańskim wygasają prawa akcesoryjne jak również nie są doliczane procenty w części umorzonej obu wierzytelności, i to od momentu ich wymagalności. Warto zauważyć, iż postanowienie Justyniana co do wymagalności procentów od obu wierzytelności nie jest nowością, gdyż problem ten rozwiązany już został reskryptem Severa, o którym wspomina Ulpianus w D. 16, 2, 11. Zgodnie z tą teorią w prawie justyniańskim istnieje kompensacja ustawowa powodująca umorzenie zobowiązania *ipso iure*, co oznacza, iż rola sędziego w tym akcie ogranicza się do deklaratoryjnego stwierdzenia o wygaśnięciu potrąconej wierzytelności.

Według innej natomiast teorii kompensacja w prawie justyniańskim ma miejsce tylko w sądzie. Umorzenie zobowiązania z mocy takiej kompensacji byłoby rezultatem decyzji sędziego, podejmowanej jednak obligatoryjnie we wszystkich przypadkach, w których dochodzonej wierzytelności przeciwstawia pozwany inną wierzytelność nadającą się do potrącenia z tą pierwszą. Według tej drugiej teorii nawet w prawie bizantyńskim nie można by było kompensacji zaliczyć do sposobów umorzenia zobowiązań *ipso iure*. Za tą teorią przemawiać ma sformułowanie Instytucji Justyniańskich opisujących reformę justyniańską, I. 4, 6, 30: *sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant*. W zdaniu poprzedzającym to sformułowanie mowa jest o tym, iż w *iudicium bonae fidei* przeprowadzenie kompensacji zależało wyłącznie od woli sędziego, który, jeśli nie chciał jej dokonać, odsyłał strony na drogę nowego procesu. Decyzja sędziego była wówczas przy akcie kompensacji elementem konstytutywnym. Po zmianie justyniańskiej decyzja ta przybrała charakter deklaratoryjny i skutek swój wywierała *ex tunc*, co zresztą Justynian wyraźnie w swej konstytucji podkreśla. Powiada on nadto: *compensationes ex omnibus actionibus ipso iure sancimus*. To sformułowanie może sugerować, iż przedtem również miała miejsce kompensacja *ipso iure*, ale tylko w niektórych przypadkach. Nie wiemy np. jak rozstrzygano powództwo bankiera w procesie kognicyjnym. Sądę jednak, że tu kompensacja nie była uzależniona od *officium iudicis*, ale od zachowania się pozwanego i po zarzucie

przez Kretschmara¹⁸. Według tego autora fragment nasz traktował pierwotnie o kompensacji poręczycieli, którzy w związku z zastosowaniem *lex Falcidia*, przy wykonywaniu legatów, ustanawiali *Cautio, quanto amplius quam per legem Falcidiam ceperit, reddi*. Celem wzajemnego rozliczenia legatów na podstawie *lex Falcidia* dziedzic wobec zapisobiorców i vice versa, zapisobiorcy wobec dziedziców dokonywali potrąceń. Pozwani z tego tytułu poręczyciele legatariusza mogli rzecz prosta powoływać się również na te potrącenia, które przysługiwały stronom przy realizacji wzajemnych zapisów. W tej sytuacji, według Kretschmara, dodatkiem justyniańskim we fragmencie Paulusa może być tylko *verum est quod*, przez który to zwrot kompilatorzy nadali znaczenie ogólne urywkowi, który regulował szczególny rodzaj kompensacji. To samo dotyczy zwrotu *ex omni contractu*, który wszedł na miejsce *ex illa stipulatione*, zgodnie zresztą z tendencją justyniańską, iż kompensacja ma być dopuszczalna w każdym kontrakcie¹⁹.

4. O kompensacji w *iudicium stricti iuris* wspomina również Seneka, *de benef.*²⁰, VI, 4:

*Non beneficium tollitur, sed beneficii gratia et efficitur non, ne habeam, sed ne debeam. Tamquam pecuniam aliquis mihi credidit, sed domum meam incendit: pensatum est creditum damno: nec reddi illi, nec tamen debeo. I dalej pisze Seneka: Sic debitori suo creditor saepe damnatur si plus ex alia causa abstulit, quam ex credito petit. Non tantum inter creditorem et debitorem iudex*²¹ *sedet, qui dicat*

z jego strony w każdym przypadku sędzia redukował żądanie bankiera do wysokości salda, bez odsyłania pozwanego na drogę nowego procesu o to wzajemne roszczenie i bez niebezpieczeństwa oddalenia bankiera z całym roszczeniem skutkiem *plus petitio*. Mielibyśmy tu zatem do czynienia z tym, co za Justyniana, już niezależnie od tego, czy skarga powoda była *stricti iuris* czy *bonae fidei*, nazwane zostało kompensacją *ipso iure*.

Nie wnikając bynajmniej w merytoryczną ocenę wyżej opisanych teorii, jedno jednak stwierdzić można z całą pewnością, że w każdym przypadku kompensacji w prawie justyniańskim wymagano do jej przeprowadzenia oświadczenia pozwanego. Termin *ipso iure* nie może być absolutnie rozumiany jako działanie samego prawa w kierunku umorzenia wierzytelności, bez jakiegokolwiek zachowania się stron procesowych.

¹⁸ P. Kretschmar, *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, Leipzig 1907, s. 14 i n.

¹⁹ Nie podzielam zdania S. Solazziego (o. c., s. 57 n. 58), jakoby chybiona była sugestia Kretschmara, iż zwrot *ipso iure* pochodził od Paulusa. Prawnik ten nie mówił przecież o umorzeniu zobowiązania *ipso iure* z mocy kompensacji, lecz z mocy działania *lex Falcidia*, a ta oczywiście powodowała redukcję zapisów właśnie z mocy samego prawa, czyli *ipso iure* (por. D. 35, 2, 73, 5; D. 43, 3, 1, 5).

²⁰ Dzieło to pisał Seneka po śmierci Klaudiusza, a więc w latach 45 - 56 n. e.

²¹ F. Eisele (o. c., s. 43 n. 51) pod słowem *iudex* rozumie *magistratus* w sensie urzędnika z fazy *in iure*. Nie sądzę, by ta korekta była trafna. Seneka opisuje tu nie pierwszą, lecz drugą fazę postępowania, w toku której sędzia, na podstawie za-

pecuniam credidisti? Quid ergo pecus abegisti, servum eius occidisti, agellum quem non emerat, possides: aestimationem facta debitor discede, qui creditor veneras.

Mamy tu szczegółowo opisany przypadek, w którym pozwany z tytułu pożyczki, przeciwstawia powodowi wzajemną pretensję z tytułu popełnionego przezeń przestępstwa. Obie więc pochodzą *ex alia causa*. Nie przeknuje mnie opinia Osuchowskiego, jakoby Seneka rozważał przypadek rozpatrywany w *cognitio extra ordinem*²², a nie w procesie *per formulas*. Opinia ta oparta jest na jedynej przesłance tej treści, że w czasach Seneki, w *iudicium stricti iuris* znane były tylko kompensacje bonorum emptora i bankiera. Przecież w tym właśnie okresie większość spraw, a wśród nich i te z tytułu pożyczki, dochodzone były w procesie formułkowym. W procesie kognicyjnym rozpatrywano jeszcze wówczas jedynie sprawy szczególne.

5. Kolejnym prawnikiem analizującym kompensację w *iudicium stricti iuris* jest Iavolenus,

D. 16, 2, 15: *Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me quam ei debeo pecuniam: quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo loco dari. respondit: si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari.*

Nie jest wykluczone, że fragment ten uległ drobnej przeróbce ze strony kompilatorów²³; niejasność wprowadza zwłaszcza słowo *mea*. Stąd sugestie w kierunku jego wykreślenia²⁴. Iavolenus referuje przy-

wartej w formułce *exceptio doli*, bada, czy wymogi *dolus* zostały spełnione, a zatem czy powód dopuścił się podstępu imputowanego mu przez pozwanego. Z tych również względów chybiona wydaje się koniektura F. Le on h a r d a (o. c., s. 28), jakoby Seneka w zdaniu *debitor discede qui creditor veneras* rozważał przypadek powództwa wzajemnego.

²² W. Osuchowski, o. c., s. 160. Mało przekonująca również wydaje się interpretacja Osuchowskiego (o. c., s. 153 i 158) co do wypowiedzi Paulusa zawartej w D. 24, 3, 17, 2: *Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius Sabinus doli exceptione eum uti oportere aiunt eaque tutum fore*. Również tu, zdaniem Osuchowskiego, Paulus traktuje o kompensacji w procesie kognicyjnym. Moim zdaniem *exceptio doli* w opisanym przypadku jest podnoszona w postępowaniu egzekucyjnym przeciw *actio iudicati* i zmierza w procesie formułkowym do realizacji mężowskiego prawa retencji, a nie do umniejszenia kondemnacji (por. A. Pernice, o. c., s. 247). Gdyby pierwsze postępowanie toczyć się miało w *cognitio extra ordinem*, to pozwany, z uwagi na *ignorantia iuris* ze strony sędziego, wnosiłby apelację, a nie bronił się dyskusyjną w danym przypadku *exceptio doli*.

²³ Por. Index interpolationum.

²⁴ W ten sposób, za Lenelem, S. Solazzi (o. c., s. 59) oraz W. Osuchowski (o. c., s. 170) — trafnie powołujący się na tekst Bazylik 24, 10, 15 (ed. Heimbach). Słowo *mea* może też być zwykłym błędem kopisty.

padek, w którym Titius mocą stypulacji zobowiązał się świadczyć w oznaczonym miejscu. Titius ze swej strony był również wierzycielem tego, komu przyrzekł świadczenie. Zdaniem Iavolenusa, żądaniu Titiusa można przeciwstawić wzajemną wierzytelność do potrącenia z uwzględnieniem interesu dłużnika co do świadczenia *certo loco*. Nie ulega wątpliwości, iż tekst mówi o potrąceniu wierzytelności *ex dispari causa*, ponieważ mowa w nim o zobowiązaniu ze stypulacji. I na tym tle kształtuje się w literaturze długotrwała kontrowersja co do pierwotnego przypadku, którego dotyczyć miała opinia Iavolenusa. Kontrowersje wzniecają głównie autorzy, którzy negują istnienie kompensacji w *iudicium stricti iuris* w praktyce procesu formułkowego i dlatego wiążą oni opinię Iavolenusa albo z kompensacją bankiera²⁵, albo z dedukcją bonorum emptora²⁶. Oba poglądy spotkały się z obszerną i uzasadnioną krytyką Osuchowskiego²⁷, który ze swej strony sugeruje, iż Iavolenus rozważał przypadek kompensacji nie w procesie formułkowym, lecz kognicyjnym²⁸. Pogląd ten wydaje mi się chybiony. Brak bowiem podstaw do przyjęcia, by we wszystkich przypadkach, w których źródła mówią o kompensacji w *iudicium stricti iuris*, i to z wykluczeniem skargi bankiera czy bonorum emptora, źródła te koniecznie musiały odnosić się do *cognitio extra ordinem*.

Również i tu, moim zdaniem, Iavolenus traktował o potrąceniu w procesie formułkowym, w którym dokonywano kompensacji na podstawie zarzutu procesowego. Z fragmentu wynika nawet, że taka kompensacja jest czymś oczywistym, wątpliwości budzi jedynie to, czy strona uwzględniająca roszczenie przeciwnika, ma obowiązek wziąć pod uwagę także kwestię jego korzyści lub straty powodowanej zmianą miejsca świadczenia. Niestety nie dowiadujemy się z niego niczego, co wskazywałoby na skutki nieuwzględnienia tej okoliczności. Sądzić jednak należy, że powód z tego tytułu narażał się na zarzut procesowy i mógł przegrać proces o całość. Aby temu zapobiec sam zapewne redukował roszczenie wnosząc skargę *ex stipulatu* do wysokości salda.

6. Najwięcej wypowiedzi na temat kompensacji w *iudicium stricti iuris* z okresu poprzedzającego panowanie Marka Aureliusza pochodzi od Julianusa.

Ulpianus-Julianus, D. 44, 4, 2, 7: *Item quaeritur: si statuliberum mercatus quis fuerit iussum decem dare, cum hoc ignoraret, et duplam*

²⁵ W ten sposób już J. Naber, *Observatiunculae de iure Romano*, in: Mnemosyne N. S. XXI/1893, s. 131; nadto A. Pernice, o. c., s. 306 n. 1; E. Stampe, o. c., s. 42; C. Appleton, o. c., s. 143, C. Longo, o. c., s. 234; A. Ubbelohde, *Über den Satz: ipso iure compensatur*, Göttingen 1858, s. 194; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano 1953, s. 491 n. 3.

²⁶ G. Beseler, *Romanistische Studien*, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis VIII/1928, s. 333 i n.; S. Solazzi, o. c., s. 60.

²⁷ W. Osuchowski, o. c., s. 171 i n. Podobnie F. Leonhard, o. c., s. 28 i n.

²⁸ W. Osuchowski, o. c., s. 172.

stipulatus fuerit, deinde decem acceperit evicto eo in libertatem agere ex duplae stipulatione potest, sed nisi decem, quae implendae conditionis causa acceperit, deduxerit, exceptione summovendus erit: et haec ita Iulianus quoque scripsit.

Ktoś kupił niewolnika, nie wiedząc o tym, iż ma on być wyzwolony po zapłaceniu dziesięciu. Gdy to nastąpiło, kupujący pozywa sprzedawcę z tytułu ewikcji o podwójną wartość niewolnika na podstawie *stipulatio duplae*. Powołując się na rozstrzygnięcie Julianusa, Ulpianus powiada, że skutkiem ekscepcji powód zostanie oddalony ze swym roszczeniem, jeśli od żądanej kwoty nie potrąci (*deduxerit*) owych dziesięciu otrzymanych w związku z wyzwoleniem niewolnika.

Arangio Ruiz²⁹, za nim Rezzonico³⁰, a ostatnio i Osuchowski³¹ utrzymują, że opisana przez Ulpianusa redukcja roszczenia nastąpiła przed sędzią, i to na podstawie *exceptio doli*. Trafnie zauważa Lombardi³², że tego z fragmentu absolutnie wyczytać nie można. Osobiście uważam, iż wręcz przeciwnie, z fragmentu naszego wynika, że ekscepcja podniesiona przez pozwanego prowadziła do całkowitego oddalenia powoda z jego roszczeniem, czego dowodzi zwrot *summovendus est*³³. Wypowiedź Ulpianusa ma dla nas znaczenie fundamentalne: wskazuje na mechanizm działania kompensacji w *iudicium stricti iuris* przy zastosowaniu zarzutu procesowego. Powód, aby zapobiec oddaleniu jego powództwa w całości, co miałyby miejsce, gdyby pozwany udowodnił prawdziwość zarzutu, redukuje (*deduxerit*) sam, w fazie *in iure*, należną mu sumę o wzajemne roszczenie pozwanego, wnosząc tylko *actio pura* o saldo.

²⁹ V. Arangio-Ruiz, *L'exceptio in diminutione della condanna*, Modena 1930, s. 17.

³⁰ R. Rezzonico, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel 1958, s. 77.

³¹ W. Osuchowski, o.c., s. 163. Jednakże według Osuchowskiego Ulpianus traktować miał o kompensacji w *cognitio extra ordinem*. Sugestii tej przeczy sama treść fragmentu. Skoro bowiem *exceptio* prowadziła do całkowitego oddalenia powoda (*summovendus est* — zob. na ten temat dalsze wywody na s. 32 i n., s. 51), a nie do umniejszenia kondemnacji i to mimo tego, że roszczenie powoda przewyższa wartość wzajemnej wierzytelności pozwanego, to trzeba stanowczo stwierdzić, że taka procedura kompensacji nie mogła mieć miejsca w procesie *extra ordinem*. Nawet rzecznicy teorii o umniejszeniu kondemnacji przez *exceptio doli* (por. H. Derenburg, o.c., s. 217; A. Ubbelohde, o.c., s. 136 n. 33; E. Gandolfo, *La efficacia della eccezione parziale nella procedura civile romana classica*, in: *Archivio giuridico* XXXV/1885, s. 177) uważają, iż Ulpianus traktował tu o kompensacji dokonanej przez powoda, a nie przez sędziego.

³² L. Lombardi, *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, in: *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano* LXVI/1963, s. 77.

³³ Obszerne wywody na temat takiego właśnie znaczenia wyrazu *summovere* zob. u W. Osuchowskiego, o.c., s. 160 - 162. Por. też F. Eisele, o.c., 42 n. 50; s. 69 i n.; Heumann-Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1914, s. 569; A. Pernice, o.c., s. 291; R. Rezzonico, o.c., s. 68; L. Lombardi, o.c., s. 68 i n.

Identyczną procedurę opisuje Julianus w lib. XXII Digestorum:

D. 13, 1, 14, 2: *Bove subrepto et occiso conductio et bovis et corii et carnis domino competit, scilicet si et corium et caro contrectata fuerunt: cornua quoque condicentur. sed si dominus condictione bovis pretium consecutus fuerit et postea aliquid eorum, de quibus supra dictum est, condicet, omnimodo exceptione summovetur. contra si corium condixerit et pretium eius consecutus bovem condicet, offerente fure pretium bovis detracto pretio cori doli mali exceptione summovebitur.*

Właściciel domaga się na podstawie *conductio* wartości całego wołu, którego mu skradziono, mimo że przedtem otrzymał już wartość skóry. Jeśli od pozwanego domagać się będzie wartości całego wołu, a nie odejście od tego wartości uzyskanej ceny skóry, skutkiem *exceptio doli* zostanie oddalony z całym roszczeniem. Tu również operacja musi być dokonana w pierwszej fazie postępowania, a nie przed sędzią³⁴. Wskazuje na to znowu termin *doli mali exceptione summovebitur*. Gdyby Julianus chciał powiedzieć, że *exceptio doli* prowadzi do umniejszenia kondemnacji, to powinien by napisać: *exceptione doli efficietur, ut reus in pretium carnis condemnatur*. W tym fragmencie Julianus wymienia już z nazwy zarzut procesowy, którym posługuje się pozwany. Jest nim *exceptio doli*. Można zatem przypuszczać, że i w poprzednich fragmentach miał on na uwadze tę właśnie ekscepcję.

Okoliczność ta ma dla nas znaczenie ogromne, jeśli zastanowimy się nad treścią ostatniego fragmentu pochodzącego od Julianusa, z księgi 90 jego Digestów, który to fragment w doktrynie kompensacji rzymskiej osnuty jest gęstą mgłą tajemnicy, a mianowicie:

D. 16, 2, 2: *Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.*

Według Julianusa każdy, kto jest dłużnikiem swego wierzyciela, spowoduje oddalenie jego pretensji, jeśli wyraża gotowość kompensacji swego roszczenia z roszczeniem powoda. Wypowiedź ta jest bez wątpienia enigmatyczna. To właśnie uzasadnia liczne hipotezy na temat pierwotnego jej znaczenia. Jedno wydaje się być pewne, iż w obecnym brzmieniu fragment ten mógł odnosić się wyłącznie do postępowania formułkowego, w *iudicium stricti iuris*. Dowodzi tego słowo *summovet*.

Appleton uważa, że Julianus pisał tu o kompensacji bankiera³⁵. Pogląd ten jest nie do przyjęcia, chociażby z tego względu, iż nie wiadomo,

³⁴ W ten sposób, moim zdaniem niesłusznie, tekst nasz interpretuje W. Osuchowski (o. c., s. 163), przyjmując następnie, iż cała operacja rozliczeniowa dokonała się nie w procesie formułkowym, lecz kognicyjnym. Zob. na ten temat uwagi krytyczne w nocie 31.

³⁵ C. Appleton, o. c., s. 112. Pogląd ten aprobuja np.: C. Ferrini, o. c., s. 491, n. 3; C. Longo, o. c., s. 233.

dla czego bankier wobec tego dłużnika miałby znajdować się w lepszym położeniu aniżeli jakikolwiek inny wierzyciel ³⁶.

Mało przekonywająca jest również hipoteza Osuchowskiego, jakoby Julianus mówił o kompensacji w *extraordinaria cognitio* ³⁷. Tam *exceptio doli* prowadziła przecież — jak zresztą podkreśla sam Osuchowski ³⁸ — nie do oddalenia (*summovere*) powoda z jego roszczeniem, lecz do umniejszenia zasądzonej sumy o wzajemną wierzytelność pozwanego.

Najbardziej przekonywający jest pogląd Parnicego ³⁹, rozwinięty następnie przez Kretschmara ⁴⁰ i skorygowany przez Rezzonico ⁴¹, według którego rozstrzygnięcie Julianusa w wersji pierwotnej traktowało o wzajemnych rozliczeniach z tytułu poręczenia ⁴². Chodzi więc o przypadek, w którym poręczyciel pozywa dłużnika głównego mocą *actio depensi*, bez uwzględnienia wzajemniej pretensji tegoż dłużnika. Wyraz *summovet* wskazuje na to, iż takiemu dłużnikowi, który gotów jest kompensować swą wierzytelność, Julianus stawia do dyspozycji *exceptio*, którą najprawdopodobniej jest znowu *exceptio doli*. Jeśli więc przed jej wprowadzeniem do formułki powód nie dokona potrącenia wzajemnego roszczenia pozwanego i pozwie dłużnika o całość, w toku procesu, mocą owej *exceptio*, oddalony zostanie w całości ze swym roszczeniem (*summovet*). Mamy tu chyba jeszcze jeden przypadek zastosowania *exceptio doli* w procedurze potrąceń. Temu szczególnemu przypadkowi nadali kompilatorzy justyniańscy znaczenie ogólne przez wykreślenie tego, co poprzedzało wyraz *creditorem* zastępując ten passus słowem *unusquisque*. Retusz ten był zresztą zgodny z justyniańską reformą kompensacji.

7. Ostatnim prawnikiem, który przed reskryptem Marka Aureliusza traktuje o kompensacji w *iudicium stricti iuris*, jest Gaius. Od niego pochodzą dwa fragmenty umieszczone w tytule *de compensationibus*, obydwa zaczerpnięte z księgi IX jego komentarza do edyktu prowincjonalnego.

D.16,2,5; *Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.*

³⁶ Zob. też krytyczne uwagi pod adresem Appletona u S. Solaziego, o. c., s. 46.

³⁷ W. Osuchowski, o. c., s. 161.

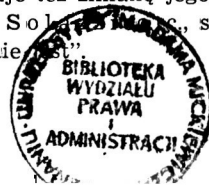
³⁸ W. Osuchowski, o. c., s. 183.

³⁹ A. Pernice, o. c., s. 306 n. l.

⁴⁰ P. Kretschmar, o. c., s. 11.

⁴¹ K. Rezzonico, o. c., s. 66 i n.

⁴² Dowodzi tego również inskrypcja fragmentu, gdyż ostatnie księgi digestów Julianusa traktowały właśnie o poręce. C. Appleton (Nouvelle revue historique de droit français et étranger, XXXIV/1900, s. 783 n. 1), w ślad za sugestią, iż Julianus pisał w tym fragmencie o kompensacji bankiera, sugeruje też zmianę jego inskrypcji z księgi XC na księgę XI. Słusznie jednak zauważa S. Solaziego, o. c., s. 46 n. 38), że „wykluczyć tego nie można, ale udowodnione to też nie”.



D.16,2,8: *In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur.*

Zdecydowana większość autorów opowiada się za hipotezą tej treści, że w obydwóch fragmentach Gaius miał na uwadze kompensację w *iudicium stricti iuris* i że była to kompensacja bankiera⁴³. Wniosek ten oparty jest albo na założeniu, że przed Gaiusem, poza potrąceniem bankiera i bonorum emptora, nie były znane inne przypadki kompensacji w *iudicium stricti iuris*, albo też oparty jest na inskrypcji obu fragmentów⁴⁴. W księdze IX Gaius traktować miał *de rebus creditis*. Obydwie przesłanki są — moim zdaniem — w wysokim stopniu dyskusyjne i dlatego warto chyba przeprowadzić ponowną szczegółową analizę każdego z tych fragmentów. W pierwszym z nich Gaius rozważa przypadek pozwania fideiussora i stwierdza, że ten może przeciwstawić powodowi do potrącenia albo własną wierzytelność wzajemną, albo wierzytelność wzajemną, jaką ma wobec powoda dłużnik główny. Jeśli chce, to może do kompensacji przedstawić obie wierzytelności. Treść fragmentu wskazuje na to, że cała ta procedura odbywa się nie przed sędzią⁴⁵, lecz w pierwszej fazie, *in iure*⁴⁶.

Wyobraźmy teraz sobie, że owym fideiussorem jest — jak to za Lenel⁴⁷ przyjmuje większość romanistów — bankier. Tu wyłania się od razu pytanie, w jaki sposób pod względem procesowym przebiegać ma owa kompensacja? Jeśli tak samo, jak wówczas, gdy powodem był bankier, to musi to znaleźć swój wyraz w budowie formułki procesowej. W tym przypadku brzmienie jej byłoby następujące: *Si paret Titium sibi X milia dare oportere, amplius quam ipse Titio (bankier) et Lucio (dłużnik główny) debet*. Na tym przykładzie widzimy, w jak trudnej sytuacji znalazłby się powód, który zmuszony byłby rozliczyć precyzyjnie nie tylko własną wierzytelność wobec bankiera, ale i własny dług wobec

⁴³ A. Ubbelohde, o. c., s. 195; O. Lenel, *Quellenforschung in den Edictcommentaren*, in: ZSS IV/1883, s. 115; tenże, *Palingenesia*..., I, s. 211 n. 2; E. Stampe, o. c., s. 42 i n.; C. Ferrini, o. c., s. 491 n. 3; A. Pernice, o. c., s. 306 n. 1; C. Appleton, o. c., s. 110 i n.; C. Longo, o. c., s. 233; S. Solazzi, o. c., s. 44 i n.; R. Rezzonico, o. c., s. 32 i n.; W. Osuchowski, o. c., s. 47 i n.; M. Kasser, RPR, I, München 1971, s. 645 n. 11; s. 646 n. 20. Inaczej jedynie F. Leonhard, s. 29; B. Biondi (*La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, s. 223 i n.) natomiast uważa, iż fragment 5 *de compensationibus* uległ gruntownej przeróbce ze strony kompilatorów justyniańskich.

⁴⁴ Zob. na ten temat wyżej na s. 24 i n.

⁴⁵ W ten sposób, chyba jednak przez pomyłkę, W. Osuchowski, o. c., s. 47.

⁴⁶ Powód, który zostanie zmuszony do kompensacji przez *exceptio doli*, dokonać jej musi przez *litis contestatio*. Jeśli natomiast przyjmiemy, że Gaius rozważa przypadek kompensacji bankiera, to zamiar pozwanego skompensowania obu wierzytelności również musi znaleźć swój wyraz w formułce i dlatego moim zdaniem zwrot *audiendus est* odnosił się do magistratury jurysdykcyjnej, a nie do sędziego.

⁴⁷ O. Lenel, *Palingenesia*..., I, s. 211 n. 2: *i.e. ab argentario, qui fideiusserit*.

dłużnika głównego. Nakładałoby to na zwykłego powoda, jak słusznie zauważa Biondi⁴⁸, obowiązek pozywania *cum compensatione* bankiera, który stawia do potrącenia nie tyle wierzytelność własną, lecz i cudzą. Nie wydaje się prawdopodobne, by prawo traktowało przeciętnego dłużnika gorzej niż bankiera, któremu obliczenie salda na podstawie prowadzonych ksiąg handlowych nie nastęrczało żadnej trudności.

Jest zresztą jeden argument, przemawiający przeciw tej hipotezie. Gaius powiada, że pozwany, przedstawiający do potrącenia wierzytelności *audiendus est*. Oznacza to, iż przed pretorem toczyła się dyskusja co do wyboru roszczenia przeciwstawionego przez fideiussora do potrącenia. Bankier natomiast dokonywał potrącenia z własnej inicjatywy, zmuszony co prawda do tego przez rygor związany z *plus petitio*, ale bez konieczności podnoszenia zarzutu ze strony pozwanego⁴⁹. Gdyby więc kompensacja miała odbywać się za pomocą przytoczonej przeze mnie formuły, fideiussor nie byłby wcale zainteresowany w naprowadzeniu klienta na właściwą sumę jego *petitum*. Pomyłka w tym zakresie prowadziła bowiem powoda do *plus petito*.

W świetle powyższych uwag wydaje się, że kompensacja ta musiała się dokonywać w inny sposób⁵⁰, nie jest wykluczone, że właśnie przez *exceptio doli*, która odstraszyć miała powoda od wnoszenia skargi o całość, bez uwzględnienia wzajemnej pretensji fideiussora. Tu niebezpieczeństwo nie było tak wielkie jak przy kompensacji bankiera, gdyż powód tylko wówczas przegrywał proces, gdy *apud iudicem* okazało się, iż w złym zamierze (*dolose*) pozwał o całą sumę, mimo istnienia konkurencyjnej wierzytelności po stronie pozwanego. Dlatego też uważam, że w naszym przypadku Gaius miał na uwadze nie pozwanego fideiussora, który był równocześnie bankierem⁵¹, ale zwykłego fideiussora, który

⁴⁸ B. Biondi, o. c., s. 332.

⁴⁹ C. Appleton, *Histoire...*, s. 125; F. Leonhard, o. c., s. 63; C. Longo, o. c., s. 191; Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Privatrecht*³, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949, s. 201 i n.; G. Astuti, *Compensazione. Premessa storica*, in: *Enciclopedia del diritto*, VIII, s. 5 i n.; R. Rezzonico, o. c., s. 30; W. Osuchowski, o. c., s. 43 n. 3. Inaczej jedynie F. Eisele, o. c., s. 30 i E. Stampe, o. c., s. 51.

⁵⁰ Wymieniana tu czasem *exceptio pensatae pecuniae* (O. Lenel, *Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, s. 504) prowadziła do tego samego skutku co nieuwzględnienie kompensacji przez bankiera, to jest do całkowitego oddalenia powoda, nawet w przypadku minimalnego błędu rachunkowego. Zbyt daleko idzie jednak B. Biondi (o. c., 26 i n.), gdy utrzymuje, że *exceptio pensatae pecuniae* była prawu rzymskiemu w ogóle nieznana. Prawdą natomiast jest, iż jej natura nie jest jeszcze dostatecznie wyjaśniona (w ten sposób E. Volterra, o. c., s. 617 n. 2) i stale czeka na nowe opracowanie. Zob. też na ten temat wywoły na s. 50.

⁵¹ Jeszcze inaczej W. Osuchowski (o. c., s. 48), który próbuje rozwikłać trudności wynikające z hipotezy Lenela sugerując, że ów fideiussor u Gaiusa to nie bankier, lecz osoba trzecia, występująca jako poręczyciel za dług klienta. Tej sugestii przeczy jednak fakt, iż bankier występowałby wówczas w roli powoda, a jako

mógł przeciwstawić powodowi zarówno własną wierzytelność wzajemną, jak i taką samą wierzytelność dłużnika wobec powoda.

Drugi fragment Gaiusa traktuje o odliczeniu (*deducere*) przez powoda skutkiem kompensacji również tego, co było przedmiotem *litis contestatio* w innym procesie, w którym role obu stron były odwrócone. Większość romanistów opowiada się i tutaj za pierwotnym zastosowaniem tego rozstrzygnięcia do przypadków kompensacji bankiera⁵². Gdyby tak było istotnie i gdyby pierwszy fragment Gaiusa również traktował o kompensacji bankiera, to ta druga wypowiedź Gaiusa przeczyłaby istnieniu obowiązku po stronie klienta do pozywania bankiera *cum compensatione*⁵³. Rozstrzygnięcie Gaiusa nie odnosiło się z pewnością ani do *deductio bonorum emptora*⁵⁴, ani też do kompensacji w *iudicium bonae fidei*⁵⁵.

Moim zdaniem, istotne *signum interpretationis* zawiera zdanie ostatnie: *ne diligentior quisque deterioris conditionis habetur, si compensatio ei denegetur*. Gdybyśmy przyjęli, że Gaius rozważał przypadek powództwa bankiera, to stan faktyczny przedstawiałby się następująco: Osoba X wytacza najpierw skargę przeciw swemu bankierowi i doprowadza z nim spór do *litis contestatio*. Domagając się od bankiera określonej kwoty, nie uwzględnia w swym żądaniu jego wzajemnej pretensji. Bankier wobec tego wytacza własne powództwo przeciw swemu klientowi X. Powstaje pytanie, czy ma on uwzględnić w swej skardze również i to roszczenie, które było przedmiotem poprzedniej *litis contestatio*? Gaius na pytanie to odpowiada twierdząco, motywując tym, „by ktoś bardziej staranny (*diligentior*) nie znalazł się w gorszym położeniu, gdyby mu kompensacji odmówiono”. Jest wręcz nieprawdopodobne, by Gaius mianem *diligentior* określał kogoś, kto nie był w stanie w pierwszym procesie obliczyć salda przysługującej mu należności. Wreszcie pisze Gaius, że osobie X można było *denegare compensationem*. Oznacza to, iż X domaga się jej przepro-

taki z mocy prawa pretorskiego, sam był zobowiązany *agere cum compensatione*. Udział dłużnika, o którym Gaius pisze wyraźnie, iż dokonuje wyboru wierzytelności wzajemnej podlegającej uwzględnieniu przez powoda, byłby tu nie do pomyślenia. Nie był też zainteresowany właściwym obliczeniem salda przez bankiera, jako że *plus petitio* rodząca skutki z mocy samego prawa działała tylko na jego korzyść.

⁵² Zob. autorów cyt. w nocie 43.

⁵³ Zob. na ten temat S. Solazzi, o. c., s. 45.

⁵⁴ Jak trafnie zauważa S. Solazzi (o. c., s. 44), Gaius nie mógł pisać: *in deductione etiam id deducitur*. Tak samo Osuchowski, o. c., s. 50.

⁵⁵ Gaius w tym przypadku wspominałby zapewne, iż roszczenia te pochodzą *ex eadem causa* (por. S. Solazzi, o. c., s. 44). Nie przekonuje mnie natomiast drugi argument Solazziego (ibidem) i R. Rezzonico (o. c., s. 33), że wówczas pozwany mógł kompensację zrealizować w pierwszym procesie. Przede wszystkim spór ten jeszcze się nie zakończył, lecz doprowadzony został tylko do *litis contestatio*, a w *iudicium bonae fidei* kompensację realizowano w drugiej fazie procesu. Ponadto wzajemne roszczenie pozwanego, o które teraz wytacza on skargę, pochodzić mogło *ex alia causa*, a jako takie w owym okresie prawdopodobnie nie nadawało się do potrącenia nawet w *iudicium bonae fidei*.

wadzenia w pierwszej fazie postępowania. A przecież, jak wiemy ⁵⁶, pozwany przy kompensacji bankiera zachowywał się całkowicie biernie, gdyż obowiązek *agere cum compensatione* spoczywał na bankierze z mocy prawa pretorskiego.

Czego wobec tego dotyczyła wypowiedź Gaiusa? Moim zdaniem jest ona jeszcze jednym dowodem na stosowanie przez pozwanego *exceptio doli*. W toku debaty przed pretorem pozwany domaga się, by powód zredukował swe roszczenie o kwotę, na jaką opiewa *litis contestatio* z pierwszej skargi i w tym celu prosi pretora o umieszczenie w skardze *exceptio doli*. Odmówienie pozwanemu tego zarzutu (*denegatio compensationis*) oznacza, że ktoś, kto dołożył należytej staranności w wytoczeniu pierwszego powództwa (*diligentior*), znajdować się będzie w gorszym położeniu od tego, kto mogąc w pierwszym sporze (jako pozwany) przeciwstawić swą wierzytelność do potrącenia, tego jednak (np. skutkiem niedbalstwa) nie uczynił.

Inskrypcja obydwóch fragmentów Gaiusa — moim zdaniem — również nie dowodzi tego, iż koniecznie musiały one traktować o potrącenia bankiera ⁵⁷. Przecież obszerny wywód Gaiusa o potrąceniu w *iudicium bonae fidei*, umieszczony w D.13,6,18,4, pochodzi również z tej samej księgi III jego *libri ad edictum*, co pozostałe dwa fragmenty umieszczone w tytule *de compensationibus*.

8. Po tych szczegółowych rozważaniach wokół kompensacji w *iudicium stricti iuris* w świetle źródeł poprzedzających reformę Marka Aureliusza, musimy sobie postawić pytanie najtrudniejsze, a mianowicie, jakie znaczenie miała ta reforma, skoro już przed tym kompensacja w powództwach prawa ścisłego była realizowana za pomocą *exceptio doli* ⁵⁸. Wypowiedź

⁵⁶ Zob. na ten temat wyżej na s. 35 oraz przyp. 49.

⁵⁷ Zob. na ten temat wyżej na s. 34.

⁵⁸ Pytanie takie stawiało wielu romanistów (por. np. F. Eisele, o. c., s. 40 i n.; F. Leonhard, o. c., s. 47 i n.). Próby odpowiedzi na nie są jednak najrozmaitsze. Według niektórych (np. G. Asher, *Die Compensation in Civilprocess des klassischen römischen Rechts*, Berlin 1863, s. XV i n.; s. 20 i n. R. Sohm, *Institutionen* ¹¹, München, Leipzig, s. 492 i n.), przed Markiem Aureliuszem kompensowano w *iudicium stricti iuris* poprzez *exceptio in factum*, na jej miejsce reskrypt wprowadził *exceptio doli*; według innych (np. O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, s. 1398; R. Sohm, *Institutionen* ¹¹, Leipzig 1903, s. 436 i n.) *exceptio doli*, która przed Markiem Aureliuszem powodowała wykluczenie powoda z całym roszczeniem, po reformie prowadzi już tylko do zmniejszenia kondemnacji do wysokości salda; według kolejnego poglądu (np. A. Krug, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig 1833, s. 45; H. Dernburg, o. c., s. 193 i n.) kompensację w *iudicium stricti iuris*, stosowaną przed reskryptem w przypadkach wyjątkowych, przekształcił Marek Aureliusz w zasadę prawną. Najbardziej jednak rozpowszechniony jest pogląd, że przed Markiem Aureliuszem brak było w ogóle możliwości kompensowania w *iudicium stricti iuris* i stąd przekonanie, że wszystkie omówione wyżej źródła traktowały pierwotnie o kompensacji bankiera. Niektórzy autorzy idą jeszcze dalej (zob. cz. I, s. 15 i n.) twierdząc, że nawet po Marku Aureliuszu kompensacja

Nerwy i Atilicinusa sugeruje, iż w praktyce procesu formułkowego celom kompensacji w *iudicium stricti iuris* służyła najpierw *exceptio in factum*, którą w okresie późniejszym zastąpiła *exceptio doli*. Różnica między *exceptio in factum* a *exceptio doli* jest dość istotna⁵⁹. Największym mankamentem tej pierwszej był brak możliwości ogólnego jej anonsovania przez pretora w jego edykcie; mogła być jedynie przyznawana *a casu ad casum*, i to każdorazowo *causa cognita*. Za czasów Julianusa następuje jednak prawdopodobnie stopniowe zbliżenie się *exceptio in factum* do *exceptio doli*. U niego już po raz pierwszy przy kompensacji wymienia się z nazwy środek procesowy, który służy jej celowi. Jest nim właśnie *exceptio doli*. Ale i w tym czasie nie jest ona generalnie przyznawana w każdym przypadku *iudicium stricti iuris*, mimo realnej możliwości kompensacji. Jej umieszczenie w formułce zależy każdorazowo od widzimisię pretora. Analizowane źródła wskazują, że praktyka ta toruje sobie drogę z dużymi oporami. I oto ukazuje się reskrypt Marka Aureliusza. Czy wprowadził on jako zasadę kompensację w *iudicium stricti iuris*? Prawdopodobnie nie, ale jak wszystkie reskrypty cesarskie utorował drogę nowej praktyce i nowym rozstrzygnięciom jurysprudencji. Nie przez przypadek Instytucje Justyniańskie informują nas, iż reskryptem *compensatio inducebatur*, a nie *introducenda est*. Aby zobaczyć, jak na reskrypt ten zareagowała jurysprudencja, musimy prześledzić jeszcze niektóre źródła pochodzące z okresu po wydaniu tego tajemniczego reskryptu.

9. Rozpocznijmy od wypowiedzi Venuleiusa, co do której nie mamy pewności, czy pisana była przed, czy też po wydaniu reskryptu. W księdze XV *stipulationum*⁶⁰ Venuleius pisze:

D.46,8,1: *Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satisdederit dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit, committi stipulationem: et, si procurator eandem pecuniam domino sine iudice solverit, condicturum. sed cum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptionem adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.*

Tekst ten przez niewielu tylko autorów jest podejrzewany⁶¹ i to w zasadzie tylko w części końcowej, a zwłaszcza co do wzmianki o zobowiązaniu naturalnym. Venuleius rozpatruje w nim przypadek pozwania dłuż-

w *iudicium stricti iuris* była w procesie formułowanym niedopuszczalna, a jego reskrypt miał zastosowanie tylko w procesie kognicyjnym.

⁵⁹ Obszerne wywody na ten temat zob. A. Pernice, o. c., s. 247 i n.

⁶⁰ Działalność Venuleiusa przypada bowiem również na okres panowania Marka Aureliusza, nie jest zatem wykluczone, iż w tym czasie powstały jego *stipulationes*.

⁶¹ Zob. *Index interpolationum*, nadto A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino 1955, s. 125; C. Longo, *Ricerche sull' „obligatio naturalis”*, Milano 1962, s. 28 n. 9.

nika z tytułu pożyczki nie przez wierzyciela, lecz przez prokuratora, który w związku z tym musiał ustanowić *cautio dominum rem ratam habiturum*. Proces ten prokurator wygrał, a pieniądze przekazał wierzycielowi. Dominus jednak wytoczył ponownie skargę przeciw dłużnikowi, ale ta, ze względów, o których Venuleius nie wspomina, okazała się nieskuteczna⁶², zobowiązanie zaś stało się naturalne. Jeśli dłużnik uczyni użytek z *cautio* i pozwie prokuratora, wierzyciel ma do wyboru, albo zwrócić to, co mu prokurator przekazał (pod rygorem *condictio*), albo przejąć procesową obronę prokuratora. W tym drugim przypadku wierzyciel przeciwstawi roszczeniu dłużnika *exceptio doli*, stawiając do potrącenia wzajemną wierzytelność naturalną⁶³.

10. Na dopuszczalność kompensacji w *iudicium stricti iuris* za czasów Scaevoli wskazuje wypowiedź tego prawnika zaczerpnięta z księgi II jego *quaestionum*:

D.16,2,22: *Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio huius debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.*

W opisanym stanie faktycznym powód winien jest alternatywnie, z prawem wyboru po stronie pozwanego, 10 albo niewolnika. Scaevola powiada, że taki dług (a zatem wierzytelność pozwanego) nadaje się do kompensacji, jeśli pozwany wyraźnie skonkretyzuje przedmiot świadczenia. Konkretyzacja polegać będzie chyba na wyborze pieniędzy⁶⁴. O tę sumę winien powód zmniejszyć swe żądanie wnosząc powództwo przeciw pozwanemu. Również i tę wypowiedź Scaevoli odnosi większość autorów do kompensacji bankiera⁶⁵, ale ponieważ w takiej sytuacji razi słowo *palam*⁶⁶, próbuje się tak zrekonstruować pierwotny tekst Scaevoli:

⁶² H. Dernburg (o. c., s. 194) przypuszcza, iż oddalenie *dominus* z jego powództwem nastąpiło z przyczyn formalnych, F. Eisele (o. c., s. 93) i E. Stampe (o. c., s. 91) natomiast utrzymują, że *dominus* przegrał proces z powodu przedawnienia. Ten punkt widzenia wydaje się być bardziej przekonujący chociażby w świetle podobnego stanu faktycznego opisanego przez Paulusa w D. 9, 2, 31, 1. Na temat naturalizacji zobowiązania skutkiem niesprawiedliwego wyroku oddalającego powoda zob. też. D. 12, 6, 28 i 60 pr. oraz wywody na ten temat u M. Kasera, RPR, I, s. 481.

⁶³ Por. D. 16, 2, 6: (Ulpianus): *Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.*

⁶⁴ W literaturze przeważa zdecydowanie pogląd, iż przedmiotem kompensacji w prawie rzymskim mogły być tylko wierzytelności opiewające na świadczenie rzeczy zamiennych. Wypowiedź Scaevoli nie stoi w kolizji z tym poglądem.

⁶⁵ C. Appleton, *Histoire...*, s. 157; C. Longo, o. c., s. 234; C. Ferrini, o. c., s. 493 n. 3; S. Solazzi, o. c., s. 6; 4 W. Osuchowski, o. c., s. 54 i n. Jedynie A. Pernice (o. c., s. 306 n. 1) twierdzi, iż tekst odnosił się do bonorum emptora.

⁶⁶ Pierwszym, który sugerował tę interpolację, był F. Eisele (o. c., s. 321 n. 48). Nie łączył on jednak wypowiedzi Scaevoli z kompensacją bankiera. Sugestię interpolacji podchwycili następnie: C. Appleton, *Histoire...*, s. 154; C. Longo, o. c., s. 234; S. Solazzi, o. c., s. 64 i W. Osuchowski, o. c., s. 55, jako że słowo

*Si argentarius debet decem aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio huius debiti admittitur, si adversarius dixisset pecuniam velle*⁶⁷.

W tej rekonstrukcji budzi zastrzeżenie wyraz *admittitur*. W przypadku kompensacji bankiera nie ma żadnej mowy o uprawnieniu (na co wskazuje słowo *admittitur*) do potrącenia, lecz zawsze o obowiązku⁶⁸. Ta skomplikowana rekonstrukcja tekstu okazałaby się całkiem zbędna, jeśli byśmy przyjęli, że Scaevola analizował przypadek potrącenia z pomocą *exceptio doli*⁶⁹. Tu każdy powód będąc dłużnikiem w zakresie wzajemnej wierzytelności alternatywnej, dokonuje redukcji swej wierzytelności, jeżeli pozwany wyraźnie oświadczył, że z dwóch przedmiotów świadczenia wybiera pieniądze. Jeśli bowiem pozwany nie skonkretyzuje przedmiotu świadczenia, pretor nie udzieli mu *exceptio doli* przeciw roszczeniu powoda opiewającemu na całość. Tylko w takim układzie stosunków w wypowiedzi Scaevoli nie razi ani słowo *palam*, ani też *admittitur*⁷⁰.

palam koliduje z domniemaną przez nich kompensacją bankiera, którego roszczenie określone jest w *intentio* formułki.

⁶⁷ W ten sposób S. Solazzi, o. c., s. 64.

⁶⁸ Por. wypowiedź Gaiusa 4, 64: *is (i. e. argentarius) cogitur cum compensatione agere*.

⁶⁹ F. Leonhard (o. c., s. 83) utrzymuje, że wypowiedź Scaevoli nie dotyczy kompensacji procesowej lecz pozaprocessowej. W konsekwencji sprowadza się to do tego samego efektu, jaki powodowała *exceptio doli* w fazie *in iure*, która była środkiem obrony pozwanego domagającego się bezskutecznie uwzględnienia przez powoda jego wzajemnej wierzytelności. Kompensacji pozaprocessowej, wywołującej skutki w sferze prawa podmiotowego obu stron w zobowiązaniu, dowodzą liczne źródła. Por. np.: D. 40, 7, 20, 2 (Paulus); D. 20, 4, 4 (Pomponius); C. 4, 31, 12, (Diocletianus et Maximianus) oraz wszystkie źródła (podejrzane również o interpolację — zob. W. Osuchowski, o. c., s. 257 i n. z dalszą literaturą) traktujące o *secum compensare*: D. 15, 1, 9, 8; D. 23, 3, 38; D. 35, 2, 82 (Ulpianus) lub o *secum pensare*: D. 24, 3, 33 (Africanus); D. 20, 1, 13, 2 (Marcianus); D. 13, 7, 18 (Paulus).

⁷⁰ Scaevola w D. 44, 4, 15 rozważa jeszcze jeden przypadek zastosowania *exceptio doli* przy regulowaniu wzajemnych pretensji dwóch stron procesowych. Tekst ten jest mocno podejrzany o interpolację (por. *I dex interpolationum*). Według wersji justyniańskiej *fideiussor* (według O. Lenela, *Palingenesia*...; Scaevola 30 *auctoris sponsor*) zasądzony na sumę pieniężną *evictionis nomine*, pragnie uwolnić się od egzekucji przez świadczenie kupionego gruntu oraz wszystkiego innego, co objęte było umową kupna-sprzedaży (E. Stampe, o. c., s. 82 błędnie, moim zdaniem, tłumaczy zwrot: *et omnia praestare paratus est* jako świadczenie pieniężne obejmujące pozostałe roszczenia kupującego. Przeczy temu zdanie następne: *quae iure empti continetur*). Wyłania się pytanie, czy przy takiej gotowości poręczyciela emptor pozostawiający go *ex causa iudicati* może być oddalony ze swym żądaniem skutkiem *exceptio doli*. Odpowiada Scaevola, że *exceptio doli* może być emptorowi przeciwstawiona, sędzia jednakże ma ocenić (*aestimaturum*), czy zrekompensowano szkodę kupującego z tytułu ewikcji. Największe trudności interpretacyjne rodzi zwrot *iudicem autem aestimaturum*. Z pewnością nie chodzi tu o wyrok częściowy, jak to sugeruje E. Stampe (o. c., s. 83). Przeczy temu zwrot *doli mali summovere potest*. Nie jest wykluczone, że sędzia w takich przypadkach zobowiązywał pozwanego do zabezpieczenia pozostałego roszczenia za pomocą *cautio* (w ten sposób A. Pernice, o. c.,

11. Kompensacją w zobowiązaniach *stricti iuris* zajmował się również Papinianus. Dowodzi tego fragment księgi III jego *quaestionum*:

D. 16, 2, 16 pr. *Cum militi castrensium bonorum alius, ceterorum alius heres exstitit et debitor alteri heredum obligatus vult compensare quod ab alio debetur, non audietur.*

Żołnierz przekazał spadek dwom dziedzicom: jednemu swe *bona castrensia*, drugim pozostały majątek. Dłużnik zobowiązany wobec jednego z tych dziedziców pragnie przeciwstawić mu do potrącenia wierzytelność przysługującą wobec drugiego dziedzica jako sukcesora w dług po zmarłym. Papinianus udziela tu odpowiedzi negatywnej, ale jedynie ze względu na przywilej spadków żołnierskich. Gdyby potrącenie roszczeń w zobowiązaniach *stricti iuris* było niedopuszczalne, postawiona przez Papinianusa *quaestio* byłaby po prostu bezsensowna.

Sugestie Solazziego⁷¹ i Osuchowskiego⁷² jakoby kompilatorzy justyniańscy wykreślili tu wzmiankę o zobowiązaniu *ex causis indicatis* celem nadania tekstowi charakteru ogólnego, nie znajdują przekonywającego potwierdzenia. Dowodem na to byłoby ewentualne wykazanie, że w innych analogicznych przypadkach kompilatorzy rugowali ślady kompensacji w postępowaniu z *actio iudicati*, a przecież tak nie było. Dowodzi tego § 1 tego samego fragmentu, jak również konstytucja Karakalli w C.4,31,2⁷³. Zresztą kompensacja w *actio iudicati* poprzez *exceptio doli*, której możliwość dopuszczają obaj cytowani autorzy również w okresie procesu formułkowego⁷⁴, nie jest niczym innym jak transponowaniem zasad kompensacji na podstawie *exceptio doli* stosowanych w procesie głównym. Nie widzę powodów, dla których Rzymianie mieliby odsyłać pozwanego do sądowego ustalenia jego wzajemnej wierzytelności, gdy nie budzi ona żadnych zastrzeżeń w momencie *litis contestatio*. Taka praktyka mogła istnieć tylko w okresie przewagi w procesie rzymskim formalizmu nad zasadami słuszności. Te ostatnie jednak stale torowały sobie drogę, a jednym z jej przejawów jest właśnie reskrypt Marka Aureliusza o kompensacji w *iudicium stricti iuris*.

Dowodu najbardziej przekonywającego dla naszej hipotezy co do mechanizmu kompensacji przy zastosowaniu *exceptio doli* dostarcza inna wypowiedź Papinianusa pochodząca z jego księgi III *responsorum*:

s. 305; C. Longo, o. c., s. 217), ale tego nie da się udowodnić na podstawie analizowanego przekazu. Przez *aestimaturum* rozumieć należy raczej przeprowadzoną przez sędziego w drugiej fazie postępowania ocenę, czy pozwany uczynił zadość roszczeniom powoda z tytułu strat poniesionych w związku z ewikcją. Jeśli nie — sędzia wyda wyrok opiewający na całe żądanie powoda, nie doszukawszy się, po przeprowadzeniu *aestimatio*, *dolus* w jego żądaniu.

⁷¹ S. Solazzi, o. c., s. 137 i n.

⁷² W. Osuchowski, o. c., s. 207 i n.

⁷³ W. Osuchowski, o. c., s. 205 i n. wywodzi nadto kompensację w *actio iudicati* z D. 42, 1, 61 oraz D. 49, 8, 1. 4. Zob. też wywody zawarte w przyp. 70.

⁷⁴ S. Solazzi, o. c., s. 133 i n.; s. 139; W. Osuchowski, o. c., s. 202 i n.

D.16,2,18 *In rem suam procurator*⁷⁵ *datus post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur. § 1 Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.*

Według sugestii przede wszystkim⁷⁶ zwolenników teorii, iż w czasach Papinianusa nadal znane były tylko dwa przypadki kompensacji w *iudicium stricti iuris*, wypowiedź Papinianusa miała w swej wersji pierwotnej dotyczyć kompensacji bankiera⁷⁷. Dowiadujemy się z niej, że zastępca procesowy, pozwany o własny dług przez powoda, może na podstawie zasad słuszności przedstawić do potrącenia (*aequitate compensationis utetur*)⁷⁸ wierzytelność cudzą, jeśli w innym procesie co do tej wierzytelności jako zastępca procesowy *in rem suam* doprowadził z powodem postępowanie do *litis contestatio*. Tu, jak słusznie zauważa Eisele⁷⁹, Papinianus kładzie szczególny nacisk nie na moment *litis contestatio*, ale na fakt, iż pozwany w pierwszym procesie występował jako zastępca ustanowiony *in rem suam*. Tylko przy takiej interpretacji zachowana zostaje w pełni sekwencja myślowa obydwu zdań cytowanego fragmentu. Odpada wówczas całkowicie konieczność monstrualnej przeróbki sugerowanej przez Solazziego w odniesieniu do paragrafu pierwszego⁸⁰. W nim bowiem odwraca

⁷⁵ W miejscu prokuratora wielu autorów (por. *Index interpolationum*) widzi w tekście Papinianusa raczej kognitora. Sugestia ta jest dla naszych rozważań jednak obojętna. Na jej temat wypowiedziałem już swój pogląd w pracy pt. *Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969, s. 90 i n.

⁷⁶ Pierwszym, który w § 1 sugerował pierwotną obecność bankiera, był H. Dernburg (o. c., s. 32), ale, jak trafnie zauważył F. Eisele (o. c., s. 129), zmuszony on był do tego skutkiem przyjętej hipotezy co do skutków kompensacji w sferze prawa materialnego.

⁷⁷ C. Appleton, *Histoire...*, s. 195 i n.; C. Longo, o. c., s. 234; C. Ferrini, o. c., s. 491 n. 3; S. Solazzi, o. c., s. 60 i n.; W. Osuchowski, o. c., s. 56 i n.; M. Kaser, *RPR*, I, s. 646, n. 20. Por. też zastrzeżenia pod adresem tej sugestii u L. Lombardiego, o. c., s. 50 i n. 26. W tym samym duchu wypowiadał się również B. Biondi (o. c., s. 286 i 358 n. 5), ale autor ten wychodził z założenia, że zastępca procesowy został ustanowiony po *litis contestatio*, co wykluczałoby kompensację bankiera. Koniekturze tej przeczy jednak treść § 1, który wraz z *principium* stanowi jedną całość tematyczną.

⁷⁸ Ponieważ zwrot ten nie pasuje zupełnie do kompensacji bankiera, dlatego stał się on w literaturze przedmiotem szczególnie ostrych podejrzeń (por. W. Osuchowski, o. c., s. 57 i n. oraz autorów przezeń cytowanych w n. 14 i 19). Sądzę, że fakt, iż w Digestach użyty on został trzykrotnie i tylko w tekstach pochodzących do Papinianusa, nie jest żadnym dowodem przemawiającym na rzecz jego interpolacji (w ten sposób W. Osuchowski, l. c.); wręcz przeciwnie — stanowi to dowód specyficznego sposobu wyrażania się Papinianusa co do zasadności przeprowadzania kompensacji. Jest wręcz nieprawdopodobne, by kompilatorzy wprowadzający ten passus do tekstów klasycznych upatrzili sobie tylko Papinianusa jako jego potencjalnego propagatora. Por. też na ten temat notę 83.

⁷⁹ F. Eisele, o. c., s. 290.

⁸⁰ S. Solazzi (o. c., s. 62) rekonstruuje go w sposób następujący: *argentarius*

Papinianus stan faktyczny i analizuje przypadek, gdy żądaniu powoda przeciwstawia pozwany do potrącenia roszczenie osoby trzeciej. Ten „trzeci” nie ustanowił pozwanego zastępcą procesowym *in rem suam*, lecz tylko wyraża gotowość (*velit compensare*) na postawienie jego wzajemnej wobec powoda pretensji do potrącenia z długiem pozwanego⁸¹. Co wobec tego oznacza zwrot *creditor compensare non cogitur*? Pozwany mógł powoda zmusić do uwzględnienia przez kompensację tego, co miał prawo dochodzić od niego w innym procesie, w którym doprowadzono do *litis contestatio*, nawet wtedy, jeśli było to roszczenie cudze, pod warunkiem jednak, że w *litis contestatio* występował on w charakterze zastępcy procesowego *in rem suam*. Środkiem tego przymusu była najprawdopodobniej *exceptio doli*. Wspomina o niej Papinianus we fragmencie, który w zasadzie w literaturze nie budzi zastrzeżeń⁸². *Qui aequitate defensionis*⁸³ *infringere actionem potest, doli exceptione tutus est* (1. III quaestionum, D. 44.4.12). Przy stanie faktycznym opisanym w § 1 Papinianus stwierdza, że taki przymus wobec powoda nie może być stosowany, zatem *exceptio doli* okaże się nieskuteczna nawet wówczas, gdy osoba trzecia, jako wierzyciel powoda, wyraża gotowość do potrącenia jego wierzytelności z długiem pozwanego. Takie potrącenie będzie jednak w pełni skuteczne, jeśli powód w sposób nie przymuszony dokona tego rodzaju operacji finansowej z własnej inicjatywy⁸⁴.

12. Bardzo cenny dla naszych badań jest fragment pochodzący z Sentencji Paulusa II, 5,3:

Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur, velut, si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis.

Także co do tego fragmentu istnieją liczne podejrzenia, iż uległ on przeróbce, albo też, że pierwotnie zastosowanie miał do kompensacji bankiera⁸⁵. Gdybyśmy przyjęli, że tekst Sentencji pochodzi w całości od

compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis cognitor eius creditum proprium velit compensare. Obowiązek kompensacji bankiera nie zależał przecież od woli dłużnika, tym bardziej więc nie mógł zależeć od woli osoby trzeciej.

⁸¹ Z tych względów w omawianym (na s. 38 i n.) fragmencie D. 46, 8, 8, 1 Venuleius uważa za konieczne wystąpienie *dominus* jako defensora w procesie dłużnika przeciw prokuratorowi. Obrona prokuratora, polegająca na przedstawieniu do potrącenia wierzytelności osoby trzeciej (*dominus*), nie odnosiła skutku wobec żądania dłużnika robiącego użytek z *cautio rem ratam habiturum*.

⁸² Por. *Index interpolationum*.

⁸³ Zbieżność jeszcze jednej *aequitas*, tym razem *defensionis* z analizowaną w n. 78 *aequitas compensationis* jest u Papinianusa nie przypadkowa, ale wręcz znamienna i dlatego traktowana powinna być jako cecha specyficzna jego słownictwa.

⁸⁴ Por. na ten temat mój wywód w *Przelewie...*, s. 92.

⁸⁵ M. Bethmann-Hollweg, *Beitrag zur Lehre von der Compensation*, in: *Rheinischen Museum für Jurisprudenz*, I/1827, s. 285; E. Stämpel, o. c., s. 93 (twier-

Paulusa, natrafilibyśmy na liczne trudności w jego interpretacji⁸⁶. Nie wydaje się jednak możliwe, by interpolacji dokonali kompilatorzy wizygocy, przekształcając klasyczny tekst odnoszący się do procesu formułkowego w celu zaspokojenia potrzeb procesu opartego na zupełnie innych zasadach. W owym czasie rygor przegrania procesu skutkiem nieuwzględnienia przez powoda kompensacji należał już do zamierzchłej przeszłości⁸⁷. Imputowane kompilatorom wizygockim zmiany tekstu nie mogły przecież dotyczyć jego części, z pominięciem największego na owe czasy absurdu, to jest archaicznego skutku prowadzącego do oddalenia powoda z całym rozszczeniem. Jeśli rzeczywiście dokonano retuszu paulusowego tekstu, to nie uczynili tego kompilatorzy wizygocy, ale jak trafnie zauważa Solazzi⁸⁸, zrobił to już przed nimi albo kompilator Sentencji, albo jakiś glosator. Trudno nam dzisiaj ustalić, w jakim kierunku zmiany te poszły. W każdym razie za jej pierwotnym zastosowaniem do kompensacji bankiera przemawia tak samo wiele, jak za jej zastosowaniem do każdego przypadku kompensacji *ex dispari causa*⁸⁹. Przeciw tej pierwszej hipotezie przemawia w tekście brak jakiejkolwiek wzmianki o bankierze. Terminy: *debeas*, *petas*, *cadis* dowodzą czegoś wręcz przeciwnego. To samo dotyczy zwrotu: *licet ex diverso contractu*. Jest wręcz nieprawdopodobne, by bankier miał obowiązek każdego przeciwnika procesowego pozywać *cum*

dząc, że kompilatorzy wizygocy wstawili owe *plus petendo causa cadis* w miejsce *exceptione doli summo veris*; C. Appleton, *Histoire...*, s. 309 i n. (z obszerną argumentacją); C. Longo, o. c., s. 230 i n.; H. Siber, *Compensation und Aufrechnung*, Leipzig 1899, s. 8 n. 1. (z dalszą literaturą); S. Solazzi, o. c., s. 34; G. Astuti, o. c., s. 5; G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano*, Torino 1958, s. 90 n. 98; W. Osuchowski, o. c., s. 63 i n.

⁸⁶ S. Solazzi (o. c., s. 104) ujmuje je w czterech punktach.

⁸⁷ Przyjrzyjmy się chociażby, znanej w doktrynie kompensacji, konstytucji Gordiana C. 4, 31, 8: *Si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est, cum id, quo a matre tua legatum est, a te petere coeperit, mutuo debita quantitate apud eum qui super ea re iudicaturus est compensationem non immerito obicies*. Przeważa pogląd (wyj. zob. H. Dernburg, o. c., s. 244 i uwagi krytyczne pod jego adresem u F. Eisele, o. c., s. 100 i n. oraz W. Osuchowskiego, o. c., s. 211 n. 21), iż konstytucja ta traktuje o kompensacji w *cognitio extra ordinem*. Dowodzi ona, iż w tym postępowaniu przed sędzią (*qui super ea re iudicaturus est*) roszczeniu z legatu, a więc *stricti iuris*, można było przeciwstawić wzajemne roszczenie z *constitutum debiti* (chyba niesłusznie przyjmuje W. Osuchowski, o. c., s. 210 i n., iż przez *debitor tibi constitutus est* rozumieć należy wyrok określający wysokość kwoty pieniężnej z tytułu zużytych owoców. Zob. też na ten temat Z. Brinz, o. c., s. 114 i F. Eisele, o. c., s. 100. To ostatnie rodzi również zobowiązanie *stricti iuris*. Wyrok w procesie kognityjnym, przy uwzględnieniu tej kompensacji, nie powodował oddalenia powoda z całym roszczeniem, lecz tylko redukcję żądania powoda do kwoty przewyższającej wzajemną wierzytelność pozwanego. Zob. też na ten temat A. Pernice, o. c., s. 280.

⁸⁸ S. Solazzi, o. c., s. 105 n. 23.

⁸⁹ A. Krug, o. c., s. 51 n. 109; A. Ubbelohde, o. c., s. 232; F. Eisele, o. c., s. 104 i n.; F. Leonhard, o. c., s. 38 i n.

compensatione, a zatem i wówczas, gdy wchodził w stosunki cywilnoprawne jako osoba prywatna⁹⁰. Wreszcie w tekście obok *compensare* występuje również *deducere*. Tego drugiego terminu Rzymianie nie używali w znaczeniu technicznym dla określenia kompensacji bankiera.

Większość tych wewnętrznych sprzeczności odpada, gdy przyjmiemy, że tekst Paulusa traktował o kompensacji zwykłego wierzyciela, dokonywanej w obawie przed umieszczeniem przez pretora w formułce, na żądanie pozwanego, *exceptio doli* przewidzianej reskryptem Marka Aureliusza. Wówczas bowiem powód taki przegrywał cały spór, ale nie w wyniku *plus petitio* w technicznym znaczeniu tego wyrazu. Ta bowiem powstawała skutkiem redakcji *intentio* formułki, a nie skutkiem *exceptio doli*⁹¹. Dlatego też uważam, że Paulus użył tu terminu *plus petitio* nie w znaczeniu technicznym, ale w rozumieniu zwykłego żądania więcej niż się powodowi należało. Tylko wtedy bowiem spełnione zostały przesłanki co do zasadności *exceptio doli*. Nie jest też rezultatem błędu stwierdzenie: *si totum petas — — causa cadis*⁹². Byłoby ono błędne w odniesieniu do kompensacji bankiera, który przekraczając nawet w minimalny sposób saldo, przegrywał cały proces. Przy kompensacji przez *exceptio doli* tego niebezpieczeństwa nie było, jeśli pomyłka w obliczeniu salda powstała nie z winy powoda. Żądanie natomiast całości (*totum*), przy istnieniu roszczenia wzajemnego, wyklucza zawsze wszelką pomyłkę obrachunkową i stanowi niejako domniemanie złego zamiaru (*dolus*) po stronie wnoszącego skargę.

Wyjaśnienia wymaga jeszcze tylko zestawienie obok siebie terminów *compensare* i *deducere*⁹³. Wydaje mi się, iż w czasach Paulusa jedynie w odniesieniu do bankiera i bonorum emptora przestrzegano terminologii, jaką posługuje się w swych Instytucjach Gaius. We wszystkich innych przypadkach kompensacji obu terminów używano obok siebie, i to nawet już za czasów Gaiusa, a od Ulpianusa nawet zamiennie⁹⁴. Mógł zatem Paulus pisać: *compensare vel deducere*, mając na uwadze jedną i tę samą czynność, a to tym bardziej, że powód wnosząc przeciw pozwanemu skargę mógł (choć nie musiał) zredukować roszczenie o wzajemną pretensję pozwanego, która nie była jeszcze wymagalna. Takiej operacji uprzednio dokonywał jedynie bonorum emptor.

Istnieje też inne prawdopodobieństwo, iż pierwotnie w tekście w ogóle nie było wzmianki o *compensatio*, zaś kompilator Sentencji, lub też późniejszy glosator, wprowadzili ten termin jako atrybut występującej w tek-

⁹⁰ G. Astuti, o. c., s. 5.

⁹¹ Por. też na ten temat S. Solazzi, o. c., s. 55 oraz R. Rezzonico, o. c., s. 39.

⁹² Co do znaczenia zwrotu *causa cadere* por. G. Provera, o. c., s. 26 n. 10.

⁹³ Próby rozwiązania tego problemu przedstawia F. Leonhard, o. c., s. 40 i n.

⁹⁴ Por. np. Gaius, D. 16, 2, 6: *in compensationem etiam id deducitur*; Iavolenus, D. 16, 2, 15: *in compensationem rem deduci oportet*; Ulpianus, D. 44, 4, 2, 7: *nisi — — deduxerit, exceptione summovendus erit*.

ście, *plus petitio*, którą oczywiście pojmował w znaczeniu technicznym. Cokolwiek zresztą byśmy na ten temat nie zaproponowali, nie jesteśmy w stanie wyjść z kręgu hipotez.

Inny bardzo ciekawy fragment dotyczący kompensacji roszczeń w *iudicium stricti iuris* pochodzi od Paulusa z jego księgi IX *responsorum*:

D. 16, 2, 23: *Id quod pupilorum nomine debetur si tutor petat, non posse compensationem obici eius pecuniae, quam ipse tutor suo nomine adversario debet.*

Chodzi tu o przypadek, gdy opiekun pozywa dłużnika pupila o kwotę pieniężną, a pozwany ma wzajemną osobistą wierzytelność do opiekuna. Paulus powiada, że nie może być ona przedstawiona do kompensacji. Jaka myśl przewodnia przyświecała prawnikowi, gdy formułował tę zasadę? Nie chciał on chyba wskazywać na brak podmiotowej wzajemności obu wierzytelności⁹⁵, a chodziło mu raczej o przypadek szczególny⁹⁶, w którym, gdyby udzielono odpowiedzi pozytywnej, na szwank byłby wystawiony interes pupilów. Dla nas jednak najistotniejszy jest fakt, iż Paulus w tym fragmencie traktuje o kompensacji wierzytelności *ex dispari causa*, a więc prawdopodobnie *stricti iuris*, jako o czymś jak najbardziej oczywistym. Nic też nie wskazuje na to, by rozważał on przypadek kompensacji bankiera czy bonorum emptora, albo też kompensację w *cognitio extra ordinem*. Nie spotkałem tu w literaturze sugestii, by tekst Paulusa zawierał jakieś interpolacje.

Trzecią cenną informacją na temat kompensacji w *iudicium stricti iuris* przekazał nam Paulus w księdze I *quaestionum*:

D. 16, 2, 21: *Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debet de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.*

Przytoczony fragment jest w literaturze chyba najbardziej kontrowersyjny ze wszystkich źródeł, które dotychczas przeanalizowaliśmy. Zapisano na jego temat liczne strony, zgłaszając też najrozmaitsze zastrzeżenia⁹⁷. Głównie jednak zarzuty skoncentrowane są wokół zdania pierw-

⁹⁵ W okresie procesu formułkowego prawo rzymskie nie zawsze przestrzegało tego wymogu (zob. na ten temat E. Stampe, o. c., s. 91). Wystarczy tu również powołać się na rozstrzygnięcie Venuleiusa w D. 46, 8, 8, 1 (analizowane na s. 38); Gaiusa w D. 16, 2, 5 (analizowane na s. 33 i n.); Papinianusa w D. 16, 2, 18 (analizowane na s. 42 i n.); Paulusa w D. 16, 2, 21 (analizowane na s. 46 i n.) oraz w D. 16, 2, 9, 1. Kompensacja była prawdopodobnie skuteczna wobec takiej osoby, która była uprawniona do przyjęcia świadczenia ze skutkiem uwalniającym dłużnika z zobowiązania, bez potrzeby *ratihabitio* ze strony wierzyciela. Zob. też na ten temat wywody u F. Eiselego, o. c., s. 284 i n.

⁹⁶ W ten sposób C. Longo, o. c., s. 221.

⁹⁷ Stosunkowo niewielu autorów kwestionuje autentyczność całego fragmentu. Wymienić tu można: E. Stampe, o. c., s. 22 i n., s. 71, T. Kipp, *Über dilatorische und peremptorische Exceptionen*, in: ZSS XLII/1921, s. 351 n. 2; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Torino 1946, s. 413, n. 1; B. Biondi, o. c., s. 23

szego; zdecydowana większość autorów opowiada się za justyniańskim pochodzeniem całego zwrotu *postequam* — — *compensari*⁹⁸. Za bizantyńskim pochodzeniem tego zdania przemawiać ma justyniańska reforma potrącenia w duchu kompensacji *ipso iure*. Cały fragment Paulusa prawdopodobnie ekscerpowany został przez kompilatorów z jakiegoś obszerniejszego tekstu i dzisiaj trudno nam stwierdzić z całą pewnością, czy jurysta nasz mógł użyć określenia *compensatio ipso iure*. Nie we wszystkich przypadkach — jak to zresztą widzieliśmy na przykładzie fragmentu pochodzącego od tego samego jurysty⁹⁹ — zwrot *ipso iure* pochodzić musiał od kompilatorów justyniańskich. Dla naszych rozważań zdanie pierwsze nie ma jednak większego znaczenia. Interesuje nas natomiast zdanie drugie, co do którego autentyczności istnieje w literaturze stosunkowo zgodna opinia¹⁰⁰.

W zdaniu tym Paulus powiada, że jeśli pozwanym jest *procurator absentis*, nie potrzebuje on ustanawiać *cautio de rato*, gdyż niczego nie kompensuje, lecz od samego początku żąda się od niego mniej (niżby się należało bez uwzględnienia kompensacji ze strony powoda). Ogromna większość autorów stoi na stanowisku, iż w tej części fragment *quaestio-num* Paulusa traktował pierwotnie o kompensacji bankiera¹⁰¹. Na poparcie swej tezy posługują się oni na ogół dwoma argumentami. Jednym z nich to stwierdzenie, iż „powodem znanym prawu klasycznemu który był obowiązany pozywać *cum compensatione* był tylko bankier, a *gentarius*”¹⁰². Argument ten — moim zdaniem — nie dowodzi niczego, ponieważ jest po prostu apriorystyczny.

Drugiego argumentu dostarczać ma zestawienie sformułowania Paulusa: *ab initio compensatio facta minus ab eo petitur* z wypowiedzią Gaiu-

i 127. Z nowszych autorów utrzymujących jego autentyczność wymienić można jedynie P. Kretschmara, o. c., 46, o którym S. Solazzi (o. c., s. 52 n. 50) pisze: *noi gli perdoniamo il capriccio*.

⁹⁸ Zob. *Idez interpolationum*, a nadto S. Solazzi, o. c., s. 52; R. Rezzonico, o. c., s. 31; W. Osuchowski, o. c., s. 59.

⁹⁹ D. 16, 2, 2 (analizowany obszernie na s. 32 i n.).

¹⁰⁰ Propozycja H. Sibera (o. c., s. 73), by prokuratora zastąpić kognitorem, spotkała się z uzasadnioną krytyką P. Koschakera, Rec. P. Kretschmara, *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Recht*, in: ZSS XXX/1909, s. 459 n. 1. Przyłącza się do niej także S. Solazzi, o. c., s. 52 n. 50. Gdyby w tekście figurować miał kognitor, wszelkie rozważania o *cautio de rato* nie miały sensu, gdyż taki zastępca od obowiązku ustanowienia *cautio* był zupełnie zwolniony.

¹⁰¹ W ten sposób już H. Bethmann-Hollweg, o. c., s. 284, a następnie: Z. Brinz, o. c., s. 107; C. Appleton, *Histoire...*, s. 124 i n.; A. Pernice, o. c., s. 279; O. Geib, *Theorie der gerichtlichen Compensation*, Tübingen 1897, s. 20; C. Longo, o. c., s. 229; O. Lenel, *Palingenesia...*, I, s. 1181 n. 6; P. Bonfante, o. c., s. 428 n. 1; S. Solazzi, o. c., s. 52; R. Rezzonico, o. c., s. 31; W. Osuchowski, o. c., s. 59 i n.

¹⁰² C. Appleton, *Histoire*, cit., s. 124; C. Longo, o. c., s. 229; W. Osuchowski, o. c., s. 59.

sa odnoszącą się do kompensacji bankiera (4,64): *ab initio minus intendat*¹⁰³. W drugiej części fragmentu wypowiedź Paulusa jest bardzo tajemnicza, ale nie sądzę, by brak było możliwości wykrycia tej tajemnicy. Klucz do rozwikłania tej zagadki prowadzi z jednej strony przez ustalenie celu *cautio de rato*, z drugiej zaś przez ustalenie funkcji *exceptio pensatae pecuniae*.

Paulus zastanawia się nad obowiązkiem prokuratora do ustanowienia *cautio de rato*. Prokurator, jak wiadomo, występujący w roli pozwanego, w zasadzie takiej *cautio* nie ustanawiał, a to z powodu braku niebezpieczeństwa ponownego procesu o idem. Powód w każdym przypadku konsumował swą skargę, niezależnie od tego, czy po stronie pozwanego występował sam dłużnik, czy też jego prokurator, bądź kognitor. Jeśli istniało jakieś niebezpieczeństwo, to tylko to, czy pozwany prokurator dawał należyte gwarancje wykonania wyroku zasądzającego. Te jednak wzmacniać miała jedynie *cautio iudicatum solvi* i taką na ogół ustanawiał pozwany — prokurator. Ale *cautio iudicatum solvi*, w przypadku gdy powód pozyskiwał *cum compensatione*, dawała mu gwarancję spełnienia przez prokuratora świadczenia tylko w części przewyższającej wzajemne roszczenie dłużnika. Nie dawała mu natomiast żadnego zabezpieczenia przed ponowną skargą dłużnika o zwrot tego, co było przedmiotem kompensacji w sporze z prokuratorem. Takie zabezpieczenie dać mu mogła tylko *cautio de rato*. Dlatego tenże sam Paulus, w okolicznościach bardzo podobnych do analizowanych w przytoczonym fragmencie, w innym miejscu domaga się od zastępcy ustanowienia takiej *cautio*¹⁰⁴. Czyżby więc między tymi sformułowaniami istniała sprzeczność?

Moim zdaniem sprzeczności tej nie likwiduje przyjęcie, że w pierwszym przypadku Paulus analizował kompensację bankiera. Czyżby dla bankiera było rzeczą obojętną, czy prokurator ustanowił *cautio de rato*? Odpowiedź na to pytanie zależy od rozwiązania innego zagadnienia, a mianowicie, czy bankier wnosząc skargę *cum compensatione* konsumował również roszczenie swego klienta? Wszystko przemawia za tym, że poprzez skargę bankiera konsumpcji procesowej ulegało skompensowane przezeń roszczenie klienta¹⁰⁵. Przemawia za tym przede wszystkim brzmienie formuлки

¹⁰³ S. Solazzi, o. c., s. 52; W. Osuchowski, o. c., s. 57 i n.

¹⁰⁴ D. 16, 2, 9, 1: *Sed si cum filio familias agatur, an quae patri debeantur filius compensare possit, quaeritur: et magis est admittendum, quia unus contractus est, sed cum conditione, ut caveat patrem suum ratum habiturum* — —.

¹⁰⁵ Opinię tę wyrażają tacy autorzy jak: F. Eisele, o. c., s. 32; B. Biondi, o. c., s. 184; R. Rezzonico, o. c., s. 38 i n., s. 46; W. Osuchowski, o. c., s. 61 (z obszerną i doskonale uzasadnioną argumentacją). Konsumpcję wywołaną innymi przyczynami aniżeli wyrok, przewidują: E. Stampe, o. c., s. 56 i n.; oraz C. Longo, o. c., s. 195 i n. Uwagi krytyczne pod ich adresem zob. u B. Biondiego, o. c., s. 184; R. Rezzonico, o. c., s. 39 i n. oraz W. Osuchowskiego, o. c., s. 62 n. 27. Przeciw konsumpcji wypowiada się C. Appleton, *Histoire...*, s. 118 i n. i S. Solazzi, o. c., s. 55.

procesowej, którą posługiwał się bankier. Trafnie zauważa Osuchowski¹⁰⁶, że jej sformułowanie nakłada na sędziego obowiązek dokładnego rozpatrzenia obu wierzytelności i dlatego niesłusznym byłoby przyznanie klientowi prawa ponownego wnoszenia wzajemnego powództwa z tytułu skompensowanej wierzytelności. Odmienne w tej mierze zdanie Solazziego¹⁰⁷ oparte jest, jak to przekonywająco wykazuje Rezzonico¹⁰⁸ i Osuchowski¹⁰⁹, na błędnej wykładni naszej wypowiedzi Paulusa.

W konkluzji możemy więc stwierdzić, że dla bankiera nie było rzeczą obojętną, czy w roli pozwanego wystąpił sam dłużnik, czy też jego prokurator. W tym drugim bowiem przypadku dla bankiera pozostawało nawet po procesie niebezpieczeństwo, że klient osobiście pozwie go o skompensowanie roszczenie¹¹⁰. Jest przeto mało prawdopodobne, by bankier nie domagał się od prokuratora zabezpieczenia w postaci *cautio rem ratam dominum habiturum*. Wskazuje na to zarówno tekst Paulusa w D. 16, 2, 9, 1, jak i w D. 46, 8, 15¹¹¹.

Spróbujmy jeszcze na moment odwrócić sytuację zastępstwa opisaną przez Paulusa w D. 16, 2, 21 i wyobraźmy sobie, że prokurator występuje nie po stronie pozwanego, lecz zastępuje bankiera. Przez działanie takiego prokuratora, jeśli brak mu umocowania, nie nastąpi konsumpcja roszczenia bankiera, nastąpi natomiast konsumpcja roszczenia klienta. Czy w tego rodzaju sytuacji jakikolwiek klient wda się w spór z takim prokuratorem bez żądania odeń ustanowienia *cautio rem ratam habiturum*? Chyba nie.

W świetle powyższych rozważań sądzę, że w analizowanym fragmencie Paulus nie mógł mieć na uwadze bankiera jako powoda, ale kogoś

¹⁰⁶ W. Osuchowski, o. c., s. 61.

¹⁰⁷ S. Solazzi, o. c., s. 55.

¹⁰⁸ R. Rezzonico, o. c., s. 38 n. 46.

¹⁰⁹ W. Osuchowski, o. c., s. 60 n. 25.

¹¹⁰ Według C. Appletona (*Histoire...*, s. 118 i n.) w tym przypadku miała zastosowanie *exceptio pensatae pecuniae*. Dlatego też autor ten nie widzi konieczności ustanowienia *cautio de rato* ze strony prokuratora-pozwanego. Pogląd ten uznać należy za błędny, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż roszczenie klienta przez skargę bankiera ulegało konsumpcji. Co do *exceptio pensatae pecuniae* zob. s. 50 i nota 112.

¹¹¹ Na wewnętrzny związek tych dwóch fragmentów z D. 16, 2, 21 wskazywał już J. Naber, o. c., s. 28 i n. Trudno mi zgodzić się z argumentacją W. Osuchowskiego (o. c., s. 62 n. 28) przytoczoną w polemice z Nabere. Prawdą jest, jak pisze Osuchowski, że prokurator pozwanego *cum compensatione* „nie dokonuje żadnego aktu dyspozycji wierzytelnościami klienta, a wyłącznie ogranicza się do przyjęcia formuły wprowadzonej przez pretora”. Dlatego właśnie musi on ustanowić *cautio de ratio*. Najbardziej trafnie problem ten ujmuje S. Solazzi, o. c., s. 54: „Se con l'accipere iudicium sulla base della formula 'cum compensatione' si fosse estinto anche il credito dedotto in compensazione, l'agentario non avrebbe avuto nè interesse nè ragione di desiderare la 'cautio de rato'”. Dlatego jednak Solazzi konsekwentnie przyjmuje, że bankier skargą swą nie konsumował skompensowanego roszczenia klienta. Zob. na ten temat notę 105.

innego, kto rzeczywiście dokonując potrącenia nie konsumował roszczenia skompensowanego. Tylko w takim bowiem przypadku prokurator pozwanego rzeczywiście nie potrzebował ustanowić *cautio de rato*, bowiem zastąpionemu w każdej sytuacji przysługiwało nadal prawo dochodzenia wzajemnej pretensji i to mimo dokonanej kompensacji. Taką osobą jest w moim przekonaniu zwykły wierzyciel, który w obawie przed *exceptio doli* przewidzianą reskryptem Marka Aureliusza, od początku (*ab initio*) pozywa swego dłużnika o saldo, uwzględniając jego wzajemną pretensję. Sam dłużnik, a tym bardziej zastępujący dłużnika prokurator, może nawet wcale nie wiedzieć, że powód z własnej inicjatywy dokonał rozliczenia wzajemnych pretensji. W tych okolicznościach pozwany musi zachować prawo do dochodzenia jego skompensowanej wierzytelności. Prawo to będzie miał i wówczas, kiedy dłużnik sam występuje w roli pozwanego, a tym bardziej jeśli w tej roli zastąpi go prokurator. Tu dla domagania się *cautio de rato* brak jakiegokolwiek uzasadnienia.

Wyłania się tylko jeszcze jedno pytanie, jakie środki ochrony stawiło prawo rzymskie do dyspozycji powoda, który pozwany zostanie przez swego dłużnika o zwrot tego, co przed pierwszym procesem skompensował on we własnym zakresie ze swą wierzytelnością? Moim zdaniem środkiem tym jest właśnie wspomniana tajemnicza *exceptio pensatae pecuniae* ¹¹².

13. Powyższe rozważania upoważniają, jak sądzę, do wysnucia pewnych wniosków ogólnych, które ująć możemy w następujących punktach:

1. Pojęcie tego, co w epoce procesu formułkowego określali Rzymianie mianem *compensatio*, było znacznie szersze aniżeli dzisiejsza instytucja potrącenia. Terminem tym posługiwali się oni również dla określenia wzajemnych rozliczeń wierzytelności, dokonywanych przez powoda już przed procesem, nawet wtedy jeśli powód to czynił z własnej inicjatywy, bez żądania pozwanego. Temu ostatniemu zresztą, jeśli nie skorzysta z *exceptio*, przysługiwała nadal skarga o zwrot należnego mu świadczenia. Myśl tę dobitnie sformułował Ulpianus w D. 16, 2, 1, 1: *Si quis igitur compensare potens solverit, condicere potest quasi indebito soluto* ¹¹⁴.

¹¹² Rozwinięcie tej tezy przekracza ramy niniejszej publikacji.

¹¹³ Ulpianus nie nazywa takiego świadczenia wprost *solutio indebit*, ale określa je jako *quasi solutio indebiti*.

¹¹⁴ Większość autorów (por. *Index interpolationum*) uważa, iż tekst traktował pierwotnie o *deductio bonorum emptora*. Stąd próba zastąpienia *compensare* przez *deducere*. Koniektura taka jest zbędna, jeśli przyjmiemy, że tekst dotyczył kompensacji roszczenia na podstawie *exceptio doli*. Sprzeczność tej wypowiedzi Ulpianusa z innym jego fragmentem w D. 12, 6, 30 jest tylko pozorna, jeśli przyjmiemy że ten ostatni traktował o kompensacji w *iudicium bonae fidei*. Powiada tam Ulpianus: *Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet conductionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem*.

Praktyka taka rozwinęła się oczywiście w odniesieniu do roszczeń pochodzących z *negotium stricti iuris*. Ponieważ w *iudicium* opartym na tego rodzaju powództwach sędzia nie miał możliwości zasądzenia pozwanego tylko na saldo powstałe z rozliczenia wzajemnych wierzytelności obu stron, przeto prawo pośrednio zmuszało tu powoda do dokonania tego rozliczenia z własnej inicjatywy. Tym szerokim pojęciem rzymskiej kompensacji tłumaczyć też należy „ogólnikowość”¹¹⁵ definicji potrącenia, pozostawionej nam przez Modestynusa w D. 16,2,1: *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*.

2. Konsekwencje uchylenia się powoda od dokonania takiej kompensacji, która winna mieć miejsce najpóźniej w momencie *litis contestatio*, są różne. Jeśli zaniecha jej *argentarius*, przegrywa proces w całości, dopuszczając się *plus petitio*. Pominięcie jej przez bonorum emptora prowadzi, na podstawie skonstruowanej formułki procesowej, do zasądzenia pozwanego na saldo powstałe z rozliczenia wszystkich wzajemnych wierzytelności. W tym przypadku prawo rzymskie było najłagodniejsze, ale tylko dlatego, że rozliczenia te były na ogół bardzo skomplikowane. We wszystkich pozostałych przypadkach rozliczeń wzajemnych wierzytelności *stricti iuris*, jeśli były one wymagalne i niewątpliwe, powód winien skompensować je we własnym zakresie, bądź też na żądanie pozwanego. W tym drugim przypadku pośrednim środkiem przymusu wobec powoda jest groźba ewentualnego umieszczenia w formułce *exceptio*.

3. Początkowo zarzutem służącym temu celowi była *exceptio in factum*, zastąpiona prawdopodobnie za czasów Julianusa przez *exceptio doli*. Zarzut ten ma to do siebie, iż powód nie uwzględniający w swej skardze wzajemnej pretensji pozwanego, zostanie oddalony z całym swym roszczeniem (*summovetur*), ale tylko wówczas, gdy owo nieuwzględnienie zostanie uznane przez sędziego za *dolus*.

4. Reskrypt Marka Aureliusza o stosowaniu *exceptio doli* dla celów tego rodzaju kompensacji dał praktyce sądowej tudzież prawnikom rzymskim podstawę do szerokiego stosowania tego zarzutu procesowego. Przedtem bowiem jego umieszczenie w formułce zależało wyłącznie od dyskrecyjnej władzy pretora, a skuteczność zarzutu nadto od tego, czy sędzia rzeczywiście jako *dolus* powoda potraktował żądanie przezeń tego, *quod redditurs est*.

5. Takiej praktyki dowodzą liczne źródła (i to nie tylko prawnicze), z których większość wtłoczona została do Digestów, do tytułu *de compensationibus* (16,2). W związku z justyniańskim zrównaniem kompensacji w zobowiązaniach *stricti iuris* i *bonae fidei*, niektóre z tych źródeł uległy przeredagowaniu, ale zmiany te nie były aż tak istotne, jakby to się na pozór mogło wydawać¹¹⁶.

¹¹⁵ Por. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1973, s. 431.

¹¹⁶ Znamiennym przykładem tego może być pozostawione w wielu tekstach słowo

6. W świetle szczegółowo przeprowadzonej analizy tych źródeł nie wytrzymuje krytyki rozpowszechniony pogląd, jakoby większość z nich traktowała w wersji pierwotnej nie o zwykłej kompensacji dokonywanej przez powoda w obawie przed *exceptio doli*, lecz o kompensacji bankiera. Hipoteza ta oparta jest po większej części na wymyślonych interpolacjach. Co do nich, nie tylko że nie da się ich udowodnić, ale wręcz przeciwnie, przeciw interpolacjom przemawia wiele ważkich argumentów. Nasza hipoteza, iż mianem kompensacji określano w rzymskim prawie klasycznym również potrącenie dokonywane przez powoda z własnej inicjatywy, oparta jest na interpretacji źródeł przy założeniu ich autentyczności. Sądzę przeto, że jest ona wystarczająco silnie ugruntowana.

Władysław Rozwadowski (Poznań)

LE RESCRIPT DE MARC-AURÈLE SUR LA COMPENSATION — DANS LA DOCTRINE ET DANS LES SOURCES

Deuxième partie: Les sources.

Résumé

L'article constitue la continuation de l'étude sur le rescrit de Marc-Aurèle relatif à la compensation, dont la première partie a été déjà publiée dans cette même revue (Tome XXVI, c. 2).

Tout d'abord, l'auteur s'occupe d'une exégèse détaillée des sources suivantes: D. 44, 4, 4, 8; 16, 2, 4; Seneca, de benef. VI, 4; D. 16, 2, 15; 44, 4, 2, 7; 13, 1, 14, 2; 16, 2, 2; 16, 2, 5; 16, 2, 8; 46, 8, 8, 1; 16, 2, 22; 16; 18; Paul. Sent. II, 5, 3; D. 16, 2, 23 et 21. Il en tire la conclusion que, dans la version primitive, toutes ces sources n'ont pas rapport à la compensation du banquier ou du *bonorum emptor*, ni à la compensation dans la *cognitio extra ordinem*, mais, tout simplement, elles concernent la compensation des prétentions *stricti iuris* faite par le demandeur avant la *litis contestatio* — pour ne pas s'exposer à une exception. Une telle exception introduisait le Préteur dans la formule sur la demande du défendeur à condition qu'il soutenait d'avoir une créance réciproque, pouvant être aussi *stricti iuris*.

Originellement, c'était l'exception *in factum*, qui, probablement, à l'époque de Julien a été remplacée par l'exception de dol. Pourtant, avant le rescrit de Marc-Aurèle, celle-ci n'était appliquée que de cas en cas et chaque fois à discrétion du Préteur. En effet, cette exception était efficace à condition que la réclamation du demandeur ce *quod redditurus est* fut vraiment traitée par le juge comme dol.

summovere jako skutek *exceptio doli*. Dla procesu formułkowego oznaczał on całkowite oddalenie powoda z jego roszczeniem, co nie miało już miejsca w procesie kognicyjnym. Tu kompilatorzy widocznie uznali, że termin *summovere* może dla nowego procesu być tłumaczony jako oddalenie powoda w części odpowiadającej wzajemnemu roszczeniu pozwanego i dlatego wyraz ten uchował się w tytułach pochodzenia klasycznego.

En conclusion, l'auteur exprime l'opinion que l'exception de dol comme moyen de la compensation n'était pas introduite par le rescrit de Marc-Aurèle. Cette constitution donna seulement à la pratique judiciaire et aux juristes romains le fondement pour une large application de cette exception. D'où la thèse justinienne „*in strictis iudiciis ex rescriptio divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*” (I. 4, 6, 30).

L'égalisation justinienne de la compensation des obligations *bonae fidei et stricti iuris* entraîna en effet une nouvelle rédaction des textes examinés par l'auteur. Mais cette innovation ne semble pas avoir eu une valeur essentielle. Donc, l'opinion commune, que, primitivement, la plupart de ces sources ne concerne pas la compensation ordinaire résultante d'une crainte de l'exception de dol (ou *in factum*), mais qu'elles sont relatives à la compensation du banquier ou à la compensation dans le procès cognitif, provoque une forte critique. Dans la plupart de cas, cette hypothèse est fondée sur les sources accusées d'être interpolées. L'auteur soutient la thèse que le droit romain classique traitait comme compensation aussi une compensation spontanée du demandeur. Cette thèse dérive d'une interprétation des sources reconnues par l'auteur comme authentiques.

