

III. POLEMIKA

MARIA ZABŁOCKA (Warszawa)

Moment ustanowienia kognitora nadal dyskusyjny

W pracy na temat przelewu wierzytelności w prawie rzymskim (*Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969) Władysław Rozwadowski poruszył kwestię najwcześniejszego momentu ustanowienia kognitora, przy czym jak sam stwierdził¹, zajął się nią raczej marginesowo. W publikacji pt. *Ustanowienie kognitora w rzymskim procesie klasycznym* (CPH XXIV, z. 2, 1972, s. 1 - 18) starałam się ustalić najwcześniejszy moment ustanowienia kognitora. Na podstawie analizy źródeł doszłam do wniosków odmiennych od reprezentowanych przez W. Rozwadowskiego, ponieważ stwierdziłam, iż kognitor mógł być ustanowiony nie dla procesu mającego toczyć się w odległej przyszłości, przed powstaniem po stronie cesjonariusza roszczenia procesowego wobec dłużnika, a jedynie dla istniejącego już procesu, najwcześniej w momencie *in ius vocatio* — pierwszej czynności procesowej.

Rozważania moje nie przekonały Rozwadowskiego, który w polemice pt. *Jeszcze raz o ustanowieniu kognitora w rzymskim procesie klasycznym* (CPH XXVI, z. 1, 1974, s. 235 - 240) przeprowadza rewizję moich stwierdzeń. Jednak i mnie nie przekonują wszystkie twierdzenia polemiczne Autora, wobec czego pozwałam sobie jeszcze raz wrócić do tej, jak się okazało, ciekawej i skomplikowanej kwestii. Postaram się ograniczyć jedynie do zarzutów postawionych mi przez Rozwadowskiego, przed tym chcę uczynić jedną uwagę ogólną.

Instytucja kognitora powstała w okresie postępowania legislacyjnego, służyła tylko dla zastępstwa procesowego. Kognitora można było ustanowić jednak nie w każdym wypadku, a jedynie w wyjątkowych okolicznościach². Z biegiem czasu, w epoce postępowania formułkowego, można było ustanowić tego zastępcę procesowego dla wszystkich osób. Zdarza-

¹ W. Rozwadowski, CPH, t. XXVI, z. 1, 1974, s. 235.

² Gaius w IV, 82 mówi o *certis causis*. Chodziło tu o ustanowienie kognitora dla osób starych i chorych.

Od redakcji: na tej wypowiedzi zamykamy polemikę na temat ustanowienia kognitora.

ły się wtedy wypadki, że oprócz funkcji czysto procesowych starano się wykorzystać instytucję kognitora i dla innych celów, a mianowicie dla przelewu wierzytelności. Była to jednak „*Nachgeformte Institution*”³ w stosunku do właściwej roli kognitora i w takim razie nie rozszerzano uprawnień kognitora działającego tylko i jedynie w procesie.

Z powyższych względów błędna wydaje mi się hipoteza Rozwadowskiego, iż kognitora wykorzystywano dla celów cesji wierzytelności już od chwili powstania tej wierzytelności. Trudno sobie bowiem wyobrazić, by w każdym wypadku dłużnik nie wypełniał świadczenia i dopuszczał do wytoczenia mu procesu lub umawiał się z wierzycielem, że dług swój uiszcza dopiero po wytoczeniu mu procesu, kiedy to w normalnym trybie dług jest uiszczany w umówionym terminie i do procesu nie dochodzi. Również należy liczyć się z tym, że pewne skargi były infamujące⁴ i w tych wypadkach dłużnik starał się nie dopuścić do wytoczenia mu procesu, a przede wszystkim do wydania wyroku.

Rozwadowski suponuje, iż kognitor pełnił też funkcję pozaprocesową, a mianowicie mógł odebrać, może już od momentu powstania stosunku obligacyjnego, od dłużnika świadczenie ze skutkiem uwalniającym tego ostatniego wobec mocodawcy. Twierdzenie to opiera on na D. 46, 3, 86, a przede wszystkim na ostatnim zdaniu tego fragmentu. Zdanie to jednak, według dotychczasowej doktryny, jest interpolowane, a Rozwadowski nie przeprowadził krytyki poglądów Eisele’go⁵, który podaje argumenty mówiące o justyniańskim pochodzeniu ostatniego zdania powołanego fragmentu.

Autor polemiki pominął też inny fragment D. 3, 3, 73, z którego mimo zmian interpolacyjnych⁶ wynika, iż kognitor nie mógł przyjąć od dłużnika świadczenia ze skutkiem uwalniającym go przed momentem *litis contestatio*. Powyższy pogląd co do niemożliwości odebrania świadczenia przez kognitora przed *litis contestatio* jest ogólnie przyjęty w doktrynie.

Ostatnio Gehrich podjął próbę udowodnienia, iż *cognitor in rem suam* mógł odebrać świadczenie przed *litis contestatio*, ale i on stwierdza, iż mogło to nastąpić dopiero w procesie, gdyż tylko w procesie można było kognitora ustanowić⁷.

³ Por. fundamentalną pracę E. Rabla, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurrezession und vom Pfandrecht*, Weimar 1906, ZSS 27, s. 290 - 335.

⁴ Por. rozważania Paulusa w D. 3,3,73.

⁵ Por. F. Eisele, *Cognitur und Prokuratur*, Freiburg u. Tübingen 1881, s. 92.

⁶ Por. dokładną analizę fragmentu i rozważania na temat interpolacji M. Nitschke, *Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung im römischen Recht*, SDHI XXIV, 1958, s. 179 i n. oraz W. Gehrich, *Cognitur und Prokuratur in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Göttingen 1963, s. 14 i n.

⁷ Por. W. Gehrich, o.c., s. 16 i n.

Powołana przez Rozwadowskiego wypowiedź Paulusa (D. 3, 3, 69), gdzie mowa jest o kognitorze *ad litem suscipiendam*, nie jest według mnie tautologią, a jedynie najszerszym określeniem pełnomocnictwa do podejmowania wszystkich czynności w procesie. Spotykamy bowiem także inne określenia kognitora, np.: *cognitor ad litem petendam* (np. D. 3, 3, 78, 1; D. h. t. 56), *cognitor ad defendendum* (D. 46, 7, 10), *cognitor in litem movendam* (D. 3, 3, 55)⁸, gdzie pełnomocnictwo tego zastępcy w procesie było bliżej sformułowane i ograniczone.

Prawdopodobnie ze względu na ograniczony charakter uprawnień kognitora działającego tylko w procesie, instytucja ta z biegiem czasu znikła i została zastąpiona przez bardziej elastyczną i dogodną instytucję prokuratora.

1) Pierwszą kwestią sporną — podniesioną przez Rozwadowskiego — jest ustalenie terminu *lis*. Termin ten ma w źródłach rzymskich bądź znaczenie nietechniczne, oznaczające wszelką kontrowersję, spór (por. Varro, de lingua lat. VII, 93), bądź też znaczenie techniczne, oznaczające proces⁹ — jak starałam się ustalić — od momentu *in ius vocatio*.

Rozwadowski pomijając moje początkowe stwierdzenie, iż termin *lis* miał również znaczenie nietechniczne stwierdza, iż był on używany również „w znaczeniu procesu w ogóle, a raczej w sensie roszczenia”¹⁰, powołując na poparcie tego D. 50, 16, 36: „*Litis*” *nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit*, oraz G. IV, 122. Wypada za-uważyć, że przykłady są przez Rozwadowskiego źle dobrane. W D. 50, 16, 36 Ulpian używa terminu *lis* jak najbardziej technicznie. Należy bowiem wziąć pod uwagę również użyty tu termin *actio*. Celsus w D. 44, 7, 51 (= I. 4, 6 pr) powiada: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi de-beatur, iudicio persequendi. Agere* — jak uczy Schulz¹¹ — „means to act in a lawsuit, *in iure* as well as *apud iudicem*; — — *actio* comprehends accordingly all acts of parties *in iure* as well as *apud iudicem*, and primarily the plaintiff's acts”. Ulpian stwierdza więc, że nazwą *lis* oznaczano, oczywiście *in abstracto*, każdą *actio* czy to *in rem*, czy to *in personam*.

Co się tyczy G. IV. 122, odsyłam czytelnika do Levy'ego¹², Palermo¹³,

⁸ Por. też M. Wlassak, *Zur Geschichte der Cognitur*, Breslau 1893, s. 28 na temat kognitora *ad agendum* i *ad litem suscipiendam*, a także Ch. Wirbel, *Le cognitor*, Paris 1911, s. 103, n. 15 i 16.

⁹ CPH, XXIV, z. 2, 1972, s. 2 i n.

¹⁰ CPH, XXVI, z. 1, 1974, s. 237.

¹¹ Por. F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 24.

¹² Por. E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Berlin 1919, s. 117, n. 2.

¹³ Por. A. Palermo, *Studi sulla „exceptio” nel diritto classico*, Milano 1956, s. 147.

Provery¹⁴, Kasera¹⁵, gdzie znajduje się analiza tego fragmentu. Dla mego celu wystarczy stwierdzić, że *exceptio rei residuae* była dawana przeciwko powodowi, który mogąc swych pretensji dochodzić w jednym procesie, wytaczał ich kilka. Była ona remedium, jak formułuje Levy — gegen Prozessersplitterung. Nie może być wątpliwości, że Gaius użył tu terminu *lis* w znaczeniu technicznym.

2) Podobne wątpliwości wzbudził u Rozwadowskiego inny, analizowany przeze mnie termin — *actor*, któremu przypisuję znaczenie techniczne i stwierdzam, iż był on używany w procesie na oznaczenie powoda od momentu *in ius vocatio*. Rozwadowski kwestionując ten pogląd zauważa, iż terminem tym określali Rzymianie również tę osobę, która nosi się dopiero z zamiarem wszczęcia postępowania sądowego, a nawet pozaprocesowego. Przyznając rację, iż z wielu źródeł nie daje się odczytać czy proces już się toczy, czy dopiero ma być wszczęty, nie mogę zgodzić się z twierdzeniem, iż „niektóre z nich nie budzą jednak żadnej wątpliwości, że chodzi tu o osobę, która nie wszczęła jeszcze postępowania sądowego, i to nawet poprzez *in ius vocatio*”¹⁶ — na poparcie czego powołano D. 4, 6, 22 pr oraz D. 44, 1, 1.

Według mnie w D. 4, 6, 22 pr mamy do czynienia ze sporem prawnym w fazie *in iure*, przed *litis contestatio*, o czym świadczą ostatnie słowa tego fragmentu: *eaque testatione complecti oportet*.

W drugim z powołanych fragmentów D. 44, 1, 1 (*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*) również mowa jest o procesie w fazie *in iure*, kiedy to pozwany przeciwstawia powodowi ekscepcje, przez co stawia się w roli powoda ze względu na udowodnienie przedstawionych zarzutów. Bez wątplenia mowa tu o procesie *in abstracto*, a nie o procesie faktycznie toczącym się. Nie zmienia to jednak faktu, że również rozważania *in abstracto* odnoszą się do różnych, określonych faz procesu i nie można stwierdzić w takim wypadku, iż ponieważ proces *in concreto* będzie toczył się dopiero w przyszłości, całe rozważania dotyczą fazy przed *in ius vocatio*¹⁷.

W rozważaniach Gaiusa w IV, 165 mamy do czynienia ze stypulacjami pretorskimi, ale zawieranymi nie poza procesem, lecz w trakcie procesu o posiadanie, wytoczonego na skutek niezastosowania się do interdyktu. A więc i w tym wypadku termin *actor* jest terminem technicznym, używanym na oznaczenie powoda w procesie.

Jedyny wyjątek użycia terminu *actor* poza procesem znajduje się w

¹⁴ Por. G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano*, I, *La procedura formulare*, Torino 1958, s. 146, n. 13.

¹⁵ Por. M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, s. 248.

¹⁶ CPH, t. XXVI, z. 1, 1974, s. 237.

¹⁷ Podobne rozważania odnoszące się do procesu *in abstracto* znajdujemy np. w G. IV, 119; 126; 130.

rozważaniach Gaiusa dotyczących postępowania interdyktalnego, gdy mowa jest o interdyktach: G. IV, 157; 159; 160.

3) Zgadzam się natomiast z uwagą, iż termin *adversarius* nie był używany przez Rzymian w sensie technicznym. Nie czynię tego jednak na skutek argumentów, jakimi posłużył się Rozwadowski¹⁸, lecz na skutek dokładniejszej analizy tekstów klasycznych.

Natomiast u Gaiusa termin *adversarius*, również w powołanym przez Rozwadowskiego G. IV, 84, użyty jest w sensie technicznym. We fragmencie tym mówi bowiem Gaius o prokuratorze *ad litem*¹⁹, a więc użycie terminu *adversarius* w sensie technicznym jest tu jak najbardziej uzasadnione.

Niewątpliwie mogły się zdarzyć wypadki, kiedy juryści rzymscy używali terminów *lis*, *actor*, *adversarius* w sensie nietechnicznym. Znamienne jest jednak to, że Gaius używa tych terminów zawsze w sensie technicznym. Terminy *lis*, *actor*, *adversarius* występują w przeważającej liczbie w IV księdze Instytucji²⁰, księdze dotyczącej procesu. Podobnie, gdy terminy te użyte są w innych księgach, zawsze odnoszą się one do procesu.

Termin *lis*, który ma podstawowe znaczenie w moich rozważaniach nigdy nie jest używany przez prawników rzymskich, nawet w najszerszym, nietechnicznym sensie, jako wszelkie roszczenie, a jedynie jako roszczenie sporne, będące *in controversia*, czyli w wypadku wierzytelności nie od chwili jej powstania, a dopiero od chwili nieuiszczenia długu.

4) Moje rozważania na temat *editio actionis* i wnioszek, iż prawnie ważna *editio* mogła mieć najwcześniej miejsce w momencie *in ius vocatio* (przy poprzedzającym tę hipotezę stwierdzeniu, iż mogły się zdarzyć wypadki, kiedy wierzyciel już wcześniej informował dłużnika, o co zamierza go pozwać) również nie przekonują Rozwadowskiego. Autor niestety stwierdza tylko, iż pogląd mój jest sprzeczny z *communis opinio doctorum*²¹.

Jedynym przytoczonym przez Autora przykładem jest jedna z formuł ustanowienia kognitora, przekazana przez Gaiusa: *QUOD EGO TECUM AGERE VOLO*. Z formuły tej — według Rozwadowskiego — wynika, iż wymawiający te słowa nie wytoczył jeszcze skargi przeciwnikowi, a jedynie nosi się z takim zamiarem, a więc, że formułę tę wypowiedziano przed *in ius vocatio*. Według mnie natomiast zacytowana formuła wcale nie suponuje, iż proces nie został jeszcze wszczęty. Wszak

¹⁸ Odesłanie do *Vocabularium Codicis Iustiniani* Mayra s. v. *adversarius* nie-
wiele daje bez analizy zestawionych tam tekstów.

¹⁹ Por. M. Kaser, op. cit., s. 156, a także P. Angelini, *Il „procurator”*, Milano 1971, przede wszystkim s. 178 i n.

²⁰ Por. P. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, 1910 — ristampa Torino 1961, s. v. *actor*, *adversarius*, *lis*.

²¹ CPH, t. XXVI, z. 1, 1974, s. 238.

cytowana formuła była recytowana — jak na wstępie fragmentu IV, 83 informuje Gaius — *in litem*.

5) Całkowicie błędne — według Rozwadowskiego — jest moje stwierdzenie, iż wyznaczenie kognitora dla przyszłego procesu równoznaczne było z ustanowieniem go *sub condicione*, skoro w momencie nominacji nie było jeszcze wiadomo czy dojdzie w ogóle do procesu. Autor zarzuca mi nierozróżnianie *condicio facti* (niedopuszczalne przecież — zgodnie z twierdzeniem Papiniana w Fr. Vat. 329 — przy *datio cognitoris*), od *condicio iuris* (którego powołany fragment Papiniana nie dotyczy). Na poparcie swej tezy Rozwadowski stwierdza, iż „niemal każde ustanowienie kognitora obwarowane było tym drugim warunkiem, co także niedwuznacznie wynika ze słów Gaiusa (IV, 83): *sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et suscepit officium cognitoris*”²², ponieważ przyjęcie *officium cognitoris* jest właśnie takim *condicio iuris* jego substytucji procesowej.

Czy jednak nie mamy tu do czynienia z dwoma różnymi zjawiskami: z *datio cognitoris* i z objęciem przez tego zastępcę swych funkcji? Przecież przyjęcie *officium cognitoris* w wypadku nieobecności kognitora przy wypowiedaniu formuły *datio* jest właśnie *condicio iuris* podjęcia przez niego obowiązków. Nie znaczy to jednak, iż sama *datio cognitoris* była połączona z takim warunkiem. Gaius w IV, 83 wyrażnie bowiem stwierdza, iż *cognitor ita erit*, a nie *datio ita erit*.

6) Rozważania moje oparłam rzeczywiście przede wszystkim na przykładowo podanych przez Gaiusa (IV, 83) formułach *datio cognitoris*. Konstrukcja samych formuł mogła mieć również inne brzmienie, zawierając *quasi sollemnia verba* (G. IV, 97), dopuszczać pewne dodatki (Fr. Vat. 318). Jednak podstawowa struktura formuł była zawsze taka sama: *Quod (quia) — in eam rem (L. Titium) tibi cognitorem do*²³. Pewne modyfikacje formuł nie zmieniają jednak faktu, iż okoliczności towarzyszące *datio cognitoris* były zawsze takie same. *Datio cognitoris* następowała zawsze *certis verbis in litem*. A właśnie moje rozważania co do najwcześniejszego momentu, w którym *datio* mogła nastąpić, oparłam nie na treści samych formuł, a na okolicznościach towarzyszących *datio cognitoris*.

7) Podane przez Gaiusa formuły *datio cognitoris* określają sposób substytucji kognitora w procesie. Rozwadowski stwierdza, iż przed tą substytucją mogła nastąpić instytucja kognitora, zwłaszcza przy pomocy drugiej z podanych przez Gaiusa formuł. Ale — moim zdaniem — taka *institutio* nie miała żadnego znaczenia prawnego, ponieważ dla jej skuteczności w procesie wymagane było powtórzenie jej w czasie procesu. Dlatego według mnie, formuły wypowiedane w procesie były jedyną formą

²² CPH, t. XXVI, z. 1, 1974, s. 238.

²³ Por. Ch. Wirbel, o. c., s. 103.

prawnie skutecznej *institutio*, połączonej równocześnie z *substitutio*²⁴. Te dwa akty: *institutio* i *substitutio* zlewały się w jedną całość i nie można ich w wypadku prawnie ważnego ustanowienia kognitora oddzielić od siebie.

Z powyższych powodów argumenty Rozwadowskiego nie przekonały mnie. Nie wydaje mi się również słuszne przeciwstawianie mych wniosków całej dotychczasowej literaturze. Bowiem przeważająca większość autorów twierdzi, iż kognitora można było ustanowić w fazie *in iure*²⁵. Wirbel²⁶ i Kaser²⁷ dodają natomiast, iż *datio cognitoris* mogła mieć miejsce już wcześniej, przy okazji *editio actionis*, która ich zdaniem poprzedzała proces. Ale nawet pozaprocesowa, nieformalna *editio actionis* mogła mieć najwcześniej miejsce w chwili nieuiszczenia świadczenia, kiedy sprawa stawała się sporna, a nie w chwili powstania wierzytelności. Dlatego odosobnione zdaje się być stanowisko Rozwadowskiego, który twierdzi, iż kognitora można było ustanowić już w chwili powstania wierzytelności.

Nie twierdzę, że hipotezy przeze mnie wysunięte są na pewno słuszne. Podjęta przez Rozwadowskiego rewizja moich poglądów może przekonać mnie jednak dopiero wtedy, gdy autor poprze swe zarzuty szerszą i wnikliwszą analizą źródłową.

²⁴ Podobny wypadek spotykamy w G. II, 174, gdzie podana jest formuła ustanowienia substytutu dla dziedzica. I w tym fragmencie *institutio* połączona jest z *substitutio* i nie może być od tej drugiej oddzielona.

²⁵ Stwierdzenie to spotykamy także u Gehricha — co wynika ze s. 14 i n. cytowanej pracy — któremu niesłusznie zarówno Rozwadowski (*Przelew wierzytelności*, s. 40), jak również ja (CPH, t. XXIV, z. 2. 1972, s. 1) przypisaliśmy inny pogląd — możliwość ustanowienie kognitora dopiero po *litis contestatio*.

²⁶ Ch. Wirbel, o. c., s. 108.

²⁷ M. Kaser, o. c., s. 153, n. 11.

