

I. ROZPRAWY

WŁADYSŁAW ROZWADOWSKI (Poznań)

Reskrypt Marka Aureliusza o kompensacji w doktrynie romanistycznej i w źródłach

Cz. I. Przegląd krytyczny doktryny XIX i XX wieku

1. Potrącenie w prawie współczesnym; 2. Kompensacja w prawie justyniańskim; 3. Kompensacja w prawie przedjustyniańskim; 4. Reskrypt Marka Aureliusza; Przegląd doktryny; 5. *Replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit*; 6. *Exceptio doli* jako środek prowadzący do umniejszenia kondemnacji (Dernburg); 7. *Compensatio* = *retentio* (Brinz); 8. Scheurl; 9. Eisele; 10. *Exceptio doli* stosowana w skargach z *intentio incerta*; 11. Kretschmar; 12. Appleton; 13. Pernice; 14. Solazzi - Osuchowski; 15. Rezzonico; 16. Van Warmelo; 17. Próba rozwiązania problemu.

1. We wszystkich współczesnych systemach prawa cywilnego, wśród sposobów umarzania zobowiązań, niepoślednią rolę odgrywa potrącenie, czyli kompensacja. Następuje ono wówczas, gdy dłużnik zamiast spełnić swe świadczenie wierzycielowi, będąc zarazem jego wierzycielem, umarza zobowiązania, zaliczając wierzytelność strony przeciwnej na poczet swojego długu. Operacja taka ma ogromne znaczenie praktyczne w życiu gospodarczym: unika się dwukrotnego świadczenia należności, a przy wzajemnych zobowiązaniach pieniężnych ogranicza się zbędne zwiększanie obiegu środków płatniczych. To umorzenie w większości systemów prawnych następuje dzisiaj, przy potrąceniu ustawowym albo z mocy samego prawa, *ipso iure*, albo przez złożenie oświadczenia woli ze strony jednego z wierzycieli, i to niezależnie od tego, czy drugi wierzyciel wyrazi na to zgodę czy też nie.

2. Tak pojęta kompensacja znana była już w prawie rzymskim, ale dopiero w ostatniej fazie jego rozwoju, to jest w okresie justyniańskim. W roku 531 wydaje Justynian słynną w tej materii konstytucję umieszczoną w C. 4, 31, 14 rozpoczynającą się od słów *Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus*. Dalej określa Justynian warunki, jakim powinny odpowiadać wierzytelności przeciwstawione sobie wzajemnie do potrącenia. Takie uregulowanie instytucji było oczywiście de-

finitywnym zniszczeniem kompensacji w ujęciu prawa klasycznego, ale stało się zarazem podstawą współczesnego ukształtowania potrącenia w różnych systemach prawa cywilnego¹. Zanim jednak doszło do takiego ujęcia kompensacji w prawie justyniańskim, przeszła ta instytucja niezmiernie ciekawą ewolucję na przestrzeni kilkuset lat poprzedzających justyniańską reformę. W ewolucji tej wyodrębnia się pewne momenty przełomowe, w których do instytucji wprowadzone zostają jakieś innowacje. Takim momentem przełomowym jest niewątpliwie zastosowanie tu z mocy reskryptu Marka Aureliusza (zwanego dalej po prostu reskryptem) *exceptio doli* jako środka procesowego służącego do realizacji rzymskiego potrącenia. Aby jednak zrozumieć historyczną doniosłość reformy Marka Aureliusza trzeba rzucić okiem na czasy jeszcze bardziej odległe i cofnąć się do samych początków kompensacji.

3. W Rzymie historia kompensacji przymusowej związana jest integralnie z historią procesu cywilnego, jako że aż do czasów justyniańskich operacji tej dokonywały obie strony w zasadzie w toku procesu. Możliwości tej nie dawał najstarszy proces rzymski, czyli proces legislacyjny. Jeśli zatem znajdujemy w najstarszych źródłach wzmianki o kompensacji (np. w Komediach Plauta²), dotyczą one zapewne kompensacji umownej, a nie przymusowej. Realizowano ją wówczas na terenie procesu legisakcyjnego nie w drodze zarzutu, lecz przez negację. Najstarszy proces rzymski pozwalał bowiem pozwanemu albo wysokość dochodzonego roszczenia w postępowaniu *in iure* potwierdzić, albo zaprzeczyć. Jeśli poza procesem strony umownie ograniczyły swe wzajemne pretensje, a powód wbrew takiej umowie mimo to dochodził od pozwanego całego roszczenia, pozwany mógł się bronić przez negację, by w fazie *apud iudicem* wykazać, iż skutkiem pozaprosesowej kompensacji roszczenie powoda uległo stosunkowej redukcji³.

Może już i w okresie procesu legisakcyjnego, w pierwszej jego fazie (*in iure*) bankier procesując się ze swoim klientem pozywał go tylko o saldo, w obawie iż nie uwzględniając wzajemnej pretensji tegoż klienta, po jego negacji, dopuści się *plus petitio* i przegra cały proces. W źródłach niestety nie mamy na to żadnych dowodów, ale sposób realizacji kom-

¹ Zob. na ten temat B. Biondi, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, s. 3. O historycznym rozwoju kompensacji od Justyniana do najnowszych kodyfikacji zob. G. Astuti, *Compensazione. Premessa storica*, in: *Enciclopedia del Diritto*, t. VIII, s. 13 i n.

² Obszerne wywody na ten temat W. Osuchowski, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Warszawa—Kraków 1970, s. 19 i n.

³ R. Ihering, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, Leipzig 1865, s. 57 i n.; F. Leonhard, *Compensatio*, in: RE, IV, s. 22; U. Lübtow, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, in: *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, III, Vratislaviae—Varsaviae 1957, s. 380.

pensacji bankiera w procesie formułkowym mógłby w pewnym stopniu tego rodzaju hipotezę usprawiedliwiać⁴.

Właściwych początków kompensacji przymusowej szukać jednak należy dopiero w procesie formułkowym, czyli w ostatnich wiekach republiki. O najwcześniejszych formach jej realizacji najobszerniej informuje nas Gaius. U niego jednak kompensacja nie jest sposobem umorzenia zobowiązania, ale stanowi okoliczność wywierającą wpływ na treść formułki, która w procesie *per formalus* zawierać mogła różne dodatki.

Treść formułki reguluje zachowanie się sędziego w procesie i determinuje wydany przezeń wyrok. Dopiero ten jest podstawą wygaśnięcia wierzytelności przeciwstawionej przez pozwanego do „potrącenia” (*res iudicata*). Nie jest zatem rzeczą przypadku, że Gaius swego referatu o kompensacji nie umieścił w części omawiającej sposoby umorzenia zobowiązań (3, 168 - 180), lecz tam, gdzie traktuje o skargach, przez które powodowi przysądza się mniej niż mu się rzeczywiście należało (4, 61 - 68).

W pierwszej kolejności traktuje Gaius o kompensacji, w *iudicium bonae fidei*. Dokonanie jej wchodziło w zakres dyskrecyjnej władzy sędziego, *officium iudicis*, jeśli wzajemne należności pochodziły z tego samego kontraktu, *ex eadem causa*. Formułka procesowa nie precyzowała pod adresem sędziego nakazu przeprowadzenia wzajemnych rozliczeń między stronami. Kompensacja znajdowała swój wyraz dopiero w wyroku. Pozwany w toku postępowania *apud iudicem* powoływał się na wzajemną pretensję powstałą *ex eadem causa*, a sędzia albo ją uwzględnił, co znalazło swe odbicie w wyroku⁵, albo też zarzutu pozwanego nie uwzględnił. Wówczas jednak pozostawała pozwanemu możliwość realizacji wzajemnej do powoda pretensji w nowym procesie, w *iudicium contrarium*⁶.

W następnej kolejności omawia Gaius kompensację w *iudicium stricti iuris*. Tu jednak wymienia on dwa przypadki: kompensację bankiera i *deductio bonorum emptora*.

⁴ Z takiego chyba założenia wychodził W. Osuchowski (o. c., s. 13; 41 i n.) twierdząc, iż kompensacja bankiera jest najstarszą formą potrącenia w prawie rzymskim. Ten sam pogląd reprezentował A. Ascher, *Die Compensation im Civilprocess des classischen römischen Rechts*, Berlin 1863, s. XIII. Inaczej B. Biondi, o. c., s. 6; tenże, *Compensazione. Diritto romano*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino 1957, s. 719, który początki kompensacji przymusowej widzi w *iudicium bonae fidei*.

⁵ D. 27, 4, 1, 4 (Ulpianus): *si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiti possit? et utique potest*.

⁶ W. Osuchowski (o. c., s. 111) uważa jednak, że sędzia w *iudicium bonae fidei* „wedle swego officium musiał uwzględnić potrącenie”. Podobnie zresztą B. Biondi, *Compensazione*, s. 7, suponując, że powód posługiwał się formułą według schematu *quidquid alterum alteri praestare oportere*. Obszernie umotywowaną krytykę poglądu B. Biondiego przeprowadził S. Solazzi, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli 1950, s. 13 i n. Podobnie G. Astuti, o. c., s. 4.

Bankier, który pozywał swego klienta o należne mu świadczenie, powinien swą wierzytelność zredukować o dług, jaki miał u swojego klienta i pozywać go tylko o pozostałą różnicę (*agere cum compensatione*). Kompensacja bankiera, w odróżnieniu od kompensacji w *iudicium bonae fidei*, znajdowała swój wyraz w formułce procesowej, a ściślej mówiąc w jej *intentio*. Przedmiotem jej mogły być jednak tylko rzeczy tego samego rodzaju, wymagalne przez obie strony procesowe. Nieuwzględnienie wzajemnych pretensji pozwanego w skardze bankiera narażało tego ostatniego na *plus petitio*, a tym samym groziło oddaleniem jego pretensji w całości, nie zaś części odpowiadającej wierzytelności pozwanego.

Nieco inaczej wyglądała *deductio bonorum emptora*. Ten, jeśli pozywał dłużników upadłego dłużnika o należne świadczenie, powinien również uwzględnić pretensje, jakie mieli ci pierwsi wobec tego drugiego. Dedukcja znajdowała swój wyraz również i tu w treści formułki procesowej wnoszonej przez *bonorum emptora*, ale nie w *intentio* lecz w *condemnatio*, która opiewała na *incertum*. Nie było zatem niebezpieczeństwa popełnienia *plus petitio* z jego ujemnymi konsekwencjami dla całego procesu. Ponieważ zaś wyrok w procesie formułkowym opiewał zawsze na tę kwotę pieniężną, przeto do dedukcji nadawały się wierzytelności, których przedmiotem były świadczenia różnorodne, a nawet wierzytelności dłużnika głównego, jeszcze niewymagalne.

4. Tak w najogólniejszych zarysach przedstawia się kompensacja w świetle Instytucji Gaiusa. Widzimy więc, że w tym czasie potrącenie nie jest jeszcze tworem jednolitym, ani też samoistną instytucją. Należałoby raczej dla tego okresu mówić — jak trafnie zauważa Biondi⁷ — nie o kompensacji, lecz o kompensacjach. Nawet w prawie justyniańskim, mimo że tam instytucja nasza uległa pewnej modyfikacji, stary punkt widzenia na nią zdecydował zapewne, że obydwie tytuły tak w Digestach (16,2) jak i w Kodeksie (4,31), obejmujące źródła odnoszące się do potrącenia, noszą miano nie *de compensatione*, ale *de compensationibus*. Nadto, mimo że Justynian wprowadził powszechnie kompensację *ipso iure*, w Instytucjach nie traktuje o niej w tytule o wygaśnięciu wierzytelności (3,29), lecz w tytule o skargach (4,6). Jest to z całą pewnością relikwyt prawa klasycznego.

Czy za Gaiusa nieznanne były prawu rzymskiemu, poza przypadkami przezeń opisanymi, potrącenia w innych przypadkach wzajemnych wierzytelności, zwłaszcza w ramach *obligationes stricti iuris*, a więc pochodzących *ex diversa causa*? Na to pytanie trudno jest udzielić jednoznacznej odpowiedzi⁸, zwłaszcza w świetle źródłowej wzmianki o reformie wprowadzonej na tym odcinku przez reskrypt Marka Aureliusza⁹. O re-

⁷ *Compensazione*, s. 5; Nov. Dig. It. III, s. 717.

⁸ Na ten temat mowa będzie w części II niniejszej publikacji.

⁹ Przekazy źródłowe odnoszące się do kompensacji, zawarte w kompilacji jus-

skrypcie tym w źródłach justyniańskich mamy jedną tylko bezpośrednią wzmiankę: *sed et in strictis iudiciis ex rescritto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur* (I. 4, 6,30). Wspomina o nim jeszcze w swej parafrazie do Instytucji Justyniańskich Theophilus (w tłumaczeniu łacińskim Ferriniego): *In strictis autem iudiciis, quoniam ibi ipsa iuris subtilitas versatur, si quis a me X aureos forte petat cum ipse mihi V invicem debeat, nihilominus in X aureos sum condemnandus. Haec quidem quod ad meram subtilitatem. Constitutio autem prodiit divi Marci, qua cavetur, ut si stricto iudicio X aureos a me quis petat, cum ipse invicem V debeat, doli mali exceptionem ei opponere possim. Tali vero exceptione opposita, potestas datur iudici compensationem recipiendi et me in V tantummodo aureos condemnadi. Id vero ex antiquioribus constitutionibus.*

Te skąpe informacje o interesującym nas reskrypcie nie dają dostatecznych podstaw do jednoznacznej odpowiedzi na temat mechanizmu, przez który w drodze *exceptio doli* realizowano kompensację w *iudicium stricti iuris*. Stąd ogromna ilość różnych na ten temat hipotez. To ogromne zainteresowanie reskryptem jest w pełni uzasadnione jego przełomowym znaczeniem w historii rozwoju instytucji. Po raz pierwszy w szerokim zakresie otwarto możliwość dokonywania potrąceń wierzytelności pochodzących z różnych tytułów prawnych i to nie tylko w *iudicium stricti iuris*, ale prawdopodobnie, *per analogiam*, również w *iudicium bonae fidei*¹⁰. Otworzył on również drogę do oderwania się kompensacji od prawa formalnego i umożliwił jej przejście na teren prawa materialnego, czyli do tzw. kompensacji *ipso iure*.

Próby rozwikłania tajemnicy naszego reskryptu zaczęto mnożyć po odkryciu manuskryptu Instytucji Gaiusa, czyli w połowie ubiegłego stulecia. Wnikliwe badania zapoczątkował tu D e r n b u r g którego dzieło¹¹, zwłaszcza dzięki zebraniu i egzegezie rozproszonych źródeł, stanowi do dnia dzisiejszego punkt wyjścia dla wszelkich nowych podejmowanych na tym odcinku badań. Najnowszą publikacją z tej dziedziny jest obszerna monografia O s u c h o w s k i e g o¹².

tyniańskiej, z wielu względów utrudniają badanie tej instytucji: przede wszystkim jest ich stosunkowo mało; nadto, pochodząc po większej części z okresu klasycznego, ulegały często przeróbce w kierunku dostosowania ich do justyniańskiego tworu kompensacji *ipso iure*; wreszcie trudno nieraz ustalić, czy dane źródło dotyczyło pierwotnie procesu formułkowego, czy też od początku odnosiło się do procesu kognicyjnego, a ponieważ potrącenie w okresie klasycznym rozwijało się w procesie, odpowiedź na to pytanie ma znaczenie istotne.

¹⁰ J. P o k r o w s k i j, *Historia prawa rzymskiego* (w tłum. z j. rosyjskiego H. Insadowskiego), II, Lublin 1928, s. 191 i n.; M. K a s e r, *Das römische Privatrecht*², München 1971 (RPR), s. 646 i n.

¹¹ H. D e r n b u r g, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*², Heidelberg 1868.

¹² Zob. przyp. 2.

W całej historii badań nad kompensacją rzymską dwa są problemy, które najbardziej intrygują romanistów: 1) na czym polegał wkład Marka Aureliusza w rozwój instytucji¹³, oraz 2) co oznacza przypisywane Justynianowi przekształcenie kompensacji dokonywanej *ope exceptionis* na kompensację *ipso iure*¹⁴.

W monografii Osuchowskiego pierwszy z tych problemów potraktowany został, moim zdaniem, zbyt pobieżnie. Chciałbym zatem uzupełnić w tej części wywody tegoż autora.

5. Wspomniałem już, iż w źródłach justyniańskich o reskrypcie Marka Aureliusza wzmiankuje się tylko jeden raz. Przekaz ten miał już wtedy tylko znaczenie informacji historycznej. Nie wiadomo jednak, czym kierowali się glosatorzy, którzy w komentarzu do tego fragmentu Instytucji Justyniańskich pisali: *sed in actionibus stricti iuris non potest habere locum compensatio nisi opposita doli mali exceptione, et hoc erat introductum ex constitutione D. Pii*¹⁵. Dlaczego glosatorzy cofają moment wprowadzenia *exceptio doli* w kompensacji od Marka Aureliusza do Antoninusa Piusa? Czynią to prawdopodobnie pod wpływem treści fragmentu z księgi 90 Digestów Juliana (D. 16, 2, 2), a ta ostatnia księga Digestów znakomitego jurysty powstała właśnie za panowania Antoninusa Piusa¹⁶.

¹³ Uważa się powszechnie, że pytanie to stanowi jedną z największych tajemnic w historii rozwoju obligacji rzymskich. Oto niektóre wypowiedzi na ten temat: Z. Brinz (*Zur Geschichte der Kompensation*, rec. F. Eisele, *Die Compensation*, in: Krit. Vierteljahrschrift f. Gesetzgeb. u. Rechtswissenschaft, XIX/1877, s. 332) *Eine Weiterung gegenüber dem Systeme des Gaius ist in st. j. iudiciis durch sein Reskript von Mark Aurel eingetreten. Von welcher Art aber dieselbe gewesen sei, und wie sie sich zu den bisherigen und zu den nachher auftretenden Kompensationen verhalte ist vielleicht die schwierigste Frage der Kompensationsrechte; wie das ipso iure compensari das Rätsel der Dogmatik, so jenes Reskript das Geheimnis der Geschichte*. Na ten sam temat E. Stampe, *Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iudicium*, Leipzig 1886: *Es ist dies eine der schwierigsten Materien in der römischen Rechtsgeschichte* (s. 1). C. Longo, *La compensazione in diritto romano. A proposito della Histoire de la Compensation en droit romain*, in: Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche, XXII/1896, s. 105: „Col secondo periodo della storia della compensazione negli stricti iuris iudicia ci incontriamo in uno degli enigmi più noti della storia del diritto romano: la spiegazione del contenuto, della importanza del rescritto di Marco Aurelio [...] e la ricerca della forma procedurale, mediante la quale nei detti giudizi si compiava ordinariamente la compensazione. B. Biondi (*Compensazione*, s. 43) stwierdza, iż Informacja o reskrypcie stała się istnym krzyżem dla badaczy tego tajemnic.

¹⁴ Odpowiedź na pierwsze pytanie stanowi też klucz do rozszyfrowania zagadki zawartej w pytaniu drugim.

¹⁵ Por. F. Eisele, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin 1876, s. 57.

¹⁶ Por. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889, s. 1240; T. Mommsen, *Über Julians Digesten*, in: *Juristische Schriften*, II, Berlin 1905, s. 13. W parafrazie Instytucji Theophilusa czytamy, że *exceptio doli* w kompensacji wy-

Pogląd glosatorów znalazł w minionym stuleciu wielu zwolenników¹⁷ i do czasów Appletona¹⁸, który poddał go ostrej krytyce, znajdował niewielu przeciwników¹⁹. Rozwiązanie tego problemu łączy się ściśle z odpowiedzią na inne pytanie, a mianowicie czy reskryptem mógł cesarz wprowadzić zmianę instytucji o charakterze generalnym, czy też reskrypt miał tylko zastosowanie do konkretnego przypadku, którego bezpośrednio dotyczył²⁰, a nadto na czym polegała nowość wprowadzona przez Marka Aureliusza, jeśli już przed nim *exceptio doli* znajdowała zastosowanie dla celów kompensacji w *iudicium stricti iuris*²¹.

Do połowy ubiegłego stulecia treść reskryptu Marka Aureliusza łączono w literaturze przeważnie z treścią fragmentu Papiniana w D. 39, 6, 42 pr., a zwłaszcza konstytucji Karakalli C. 8, 35, 3: *replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit*. Uznawano zatem, że podniesienie *exceptio doli* w *iudicium stricti iuris* zamieniało ów proces w *iudicium bonae fidei*, w którym sędzia, jak to wiemy od Gaiusa, miał zupełną swobodę w przeprowadzaniu potrącenia²². Pogląd ten jest dzisiaj nie do przyjęcia z uwagi na to, iż zasada *exceptio doli bonae fidei iudicium facit* jest tworem justyniańskim²³. Nadto podniesione w takim procesie roszczenie do potrącenia nie pochodzi *ex eadem causa*, a to stanowiło również wymóg kompensacji w *iudicium bonae fidei*.

6. Wielu autorów łączy informację o reskrypcie z parafrazą Theophilusa: *Tali vero (i.e. doli) exceptione opposita, potestas datur iudici compensationem recipiendi*. Oznacza to, że sędzia uwzględniając wmontowaną w treść formułki *exceptio doli* dokonywał w toku procesu, *apud iudicem*, operacji potrącenia i mimo że powód wnosił o zasądzenie pozwanego na

wodzi się *ex antiquioribus constitutionibus*, co sugerowałoby, że konstytucji w tej mierze musiało być więcej.

¹⁷ Z. Brinz, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig 1849, s. 83; A. Scheurl, *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. VII Compensation*, Erlangen 1853, s. 161; G. Ascher, o. c. s. XII; H. Dernburg, o. c. s. 161; E. Gandolfo, *La efficacia della eccezione parziale nella procedura civile romana classica*, in: Arch. Giur. XXXIX/1887, s. 183.

¹⁸ A. Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895.

¹⁹ A. Ubbelohde, *Über den Satz ipso iure compensatur*, Göttingen 1858; M. Bethmann-Hollweg, *Beitrag zur Lehre von der Compensation*, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, I/1827, s. 257.

²⁰ Zob. na temat dalej, s. 14 i przyp. 54.

²¹ O tym, że w *iudicium stricti iuris* już przed Markiem Aureliuszem w drodze *exceptio* stosowano kompensację, możemy wnioskować na podstawie niektórych przekazów źródłowych. Czy zarzutem tym była *exceptio doli* czy też *exceptio in factum*, na to pytanie jednoznacznej odpowiedzi udzielić nie można. Obszerniej na ten temat mowa będzie w części II niniejszej publikacji.

²² W ten sposób jeszcze V. Anragio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*⁹, Napoli 1947.

²³ Zob. liczne sugestie co do interpolacji D. 39, 6, 42, pr. w Index Interpolationum, ad leg. cit. (III, s. 111).

większą sumę, sędzia, uwzględniając wzajemną pretensję dłużnika albo powoda w całości z roszczeniem oddalał (jeśli pretensja pozwanego przewyższała roszczenie powoda), albo też dokonywał redukcji i zasądzał pozwanego jedynie na saldo (jeśli pretensja powoda przewyższała wzajemne roszczenie pozwanego). U podstaw tego poglądu leży przeto założenie, że *exceptio* w procesie formułkowym umieszczona w treści formułki, a następnie uwzględniona przez sędziego w wyroku prowadziła nie do całkowitego oddalenia powoda, ale mogła również spowodować częściowe ograniczenie powództwa. Teoria ta sprecyzowana po raz pierwszy przez Dernburga²⁴ znalazła wielu zwolenników²⁵. Ostatnio za możliwością redukcji świadczenia poprzez *exceptio doli* w fazie *apud iudicem* wypowiedzieli się Wenger²⁶ i Arangio Ruiz²⁷. Skoro powiada np. Arangio Ruiz, *omnia iudicia absolutoria esse*²⁸, to nic nie stało na przeszkodzie, by kwota zasądzenia uległa tylko redukcji. Zasada ta nie mówi jednak nic o zmniejszeniu kwoty dochodzonej w *intentio*, a stanowi jedynie wymóg, by podstawa zasądzenia istniała również w momencie wydania wyroku²⁹. Najpoważniejszym argumentem przemawiającym za ograniczeniem kondemnacji poprzez *exceptio* jest wypowiedź Paulusa w jego monografii *de variis lectionibus* (D. 44, 1, 22, pr): *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem*. Wypowiedź ta stoi w pewnej kolizji z referatem Gaiusa o funkcji zarzutu w procesie formułkowym³⁰ oraz wypowiedzią Ulpiana w księdze 74 *ad edictum* (D. 44, 1, 2, pr i 2) na ten sam temat: *Exceptio dicta est quasi quaedam excusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum*

²⁴ O. c. s. 199 i n. Autor ten przytacza też liczne źródła, z których miałyby wynikać, iż sędzia w procesie formułkowym mógł uwzględnić zarzut pozwanego i zredukować w wyroku wysokość dochodzonego świadczenia. Prawie wszystkie przytoczone przez Dernburga źródła, jak to wykazały badania późniejsze, uległy przeróbce ze strony kompilatorów justyniańskich. Por. na ten temat obszerne wywody u C. Longo, *Commentario alle Pandette di Federico Glück*, trad. italiana, lib. XVI, Milano, Appendice del Traduttore, s. 209 i n; C. Appleton, o. c., s. 357 i n; a ostatnio: R. Rezzonico, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel 1958, s. 70 nt. 4.

²⁵ A. Ubbelohde, o. c., s. 121 i n; G. Ascher, o. c., s. 26 i n; E. Stampe, o. c., s. 79 i n; G. May, *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*², Paris 1892, s. 506; C. Accarias, *Précis de droit romain*³, I, Paris 1882, s. 1234; E. Gandolfo, o. c., s. 184. Ten ostatni uważa nawet (s. 183), że umniejszenie kondemnacji poprzez *exceptio doli* stosowano już przed Markiem Aureliuszem. Wniosek ten opiera on na D. 16, 1, 17 (Africanus).

²⁶ L. Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz 1901, s. 51; tenże, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, s. 148.

²⁷ V. Arangio-Ruiz, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, in: *Atti del IIo Congresso Nazionale di Studi Romani*, III, Roma 1931, s. 9 i n.

²⁸ Gaius, 4, 114.

²⁹ G. Solazzi, *Sull'exceptio in diminuzione della condanna*, *Bullet. dell'Istituto di Diritto Romano*, XLII/1935, s. 269 i n; R. Rezzonico, o. c., s. 71 nt. 4.

³⁰ Gaius, 4, 119.

id, quod in intentionem condemnationemve dedectum est. § 2: Illud tenendum est omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum.

Według Gaiusa i Ulpiana ekscepcja precyzuje dla sędziego alternatywę: albo zasądzenie pozwanego (na całość), albo jego uwolnienie (w całości). W tym też sensie sformułowane jest pierwsze zdanie wypowiedzi Paulusa i dlatego przeważa w literaturze pogląd, że zdanie końcowe *modo minuit damnationem* jest dodatkiem justyniańskim ³¹.

7. Z. Brinz, zastanawiając się nad treścią reskryptu Marka Aureliusza, dochodzi do wniosku, że nie ma on nic wspólnego z kompensacją. Jego zdaniem w rzymskim procesie klasycznym brak było możliwości przeprowadzenia potrącenia w drodze zarzutu procesowego. Zawarta na ten temat relacja w Instytucjach Justyniańskich nie dotyczy w ogóle potrącenia, lecz odnosi się po prostu do prawa zatrzymania, czyli retencji. Jak zatem doszło do połączenia w Instytucjach takich terminów jak *exceptio doli* i *compensatio*, gdzie pierwsza w *iudicium stricti iuris* służyć ma celom tej drugiej? Zdaniem Brinza ³² nastąpiło to w sposób stosunkowo prosty. Autorzy Instytucji Justyniańskich dysponowali treścią konstytucji Justyniana o tzw. kompensacji *ipso iure* i to również w *actiones in rem*. Tam więc nastąpiło zlanie się dwóch instytucji prawa klasycznego: retencji i kompensacji. Pierwsza z nich realizowana była w prawie klasycznym przy zastosowaniu *exceptio doli*. Stąd krok tylko, by transponować ten zarzut również na potrącenie, mimo że dla prawa i procesu klasycznego konstrukcja taka jest jego zdaniem nie do przyjęcia. *Plus petito re* nie jest tam rezultatem ekscepcji. Jeśli powód żąda zbyt wiele, a pozwany wykaże to *in iudicio*, powód, jeśli było to *iudicium stricti iuris*, zostanie oddalony ze swym roszczeniem bez konieczności posługiwania się przez pozwanego *exceptio doli*. Trudno bowiem nazwać nadmiernym żądaniem domaganie się przez powoda tego, co mu się od pozwanego z mocy prawa należy. *Plus petitio* popełnia jedynie powód, gdy z mocy prawa ma *in iure* uwzględnić wzajemne żądanie pozwanego, a nie czyni tego lecz wnosi powództwo o całość. Taki obowiązek, zdaniem Brinza, ciążył w prawie klasycznym tylko na bankierze. Ale aby ustalić *plus petitio* bankiera, niepotrzebne było wtłaczanie do formułki *exceptio doli*. Używane w źródłach słowo *compensatio* ma tylko uzasadnienie wtedy, gdy chodzi o operacje przeprowadzane przez bankierów. Reskrypt Marka Aurelego, zdaniem Brinza, nie wprowadził kompensacji lecz *deductio*.

Błędny jest pogląd Brinza, że w powództwach rzeczowych brak miejsca na potrącenie. Przecież i tam dochodzić może do rozmaitych rozliczeń wzajemnych powoda i pozwanego odnoszących się do tego samego przed-

³¹ B. Biondi, *Compensazione*, s. 141; C. Longo, *Appendice al Glück*, s. 211; G. Astuti, s. 8. Na ten temat zob. dalej wywody na s. 21 i n.

³² Z. Brinz, *Die Lehre*, op. cit., s. 45 i n.; s. 83 i n.

miotu sporu, a nawet do innych wzajemnych rozliczeń. Te zaś mogą być wzajemnie przez sąd potrącane przed wydaniem ostatecznej decyzji o przedmiocie sporu i takie chyba operacje miał na myśli Justynian pisząc: *compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda* (C. 4, 31, 14 pr.). Wiemy nadto, że *exceptio doli* dla celów retencji stosowana była już na wiele lat przed Markiem Aureliuszem³³. Nie wiadomo zatem, na czym polegać by miała innowacja tego cesarza na tym odcinku, gdyby miał wprowadzić *exceptio doli* dla celów retencji. Prawdziwe wydaje się twierdzenie Brinza, że *exceptio doli* nie była potrzebna, by sędzia mógł uznać, iż powód dopuszcza się *plus petito re*. Sytuacja zmieniła się, gdy nałożono na każdego powoda wnoszącego *actio stricti iuris* obowiązek uwzględniania wzajemnych pretensji pozwanego. Obowiązek ten nałożyć mógł właśnie Marek Aureliusz w swym reskrypcie uznając, że jego niedopełnienie ma być przez sędziego traktowane jako *dolus*. Ponieważ *dolus* w *iudicium stricti iuris* może być uwzględniony przez sędziego tylko wówczas, jeśli jest przedmiotem ekscpepcji, powstała konieczność podniesienia go w formie zarzutu już w pierwszej fazie procesu. I tak reskrypt nie musiał dotyczyć wyłącznie retencji, ale mógł odnosić się właśnie do kompensacji.

8. Z tego też założenia wychodził A. Scheurl, przedstawiając swą ciekawą propozycję rozwiązania zagadki naszego reskryptu³⁴. Jego zdaniem *exceptio doli*, o której wspominają Instytucje justyniańskie, nie należy pojmować w sensie formalnym jako nadzwyczajną część formułki, ale w znaczeniu materialnym. Pozwany dysponujący wzajemną pretensją do powoda zarzuca powodowi *dolus* już w pierwszej fazie procesu, *in iure*, przed skonstruowaniem formułki procesowej. Pretor zarzutu pozwanego nie czyni przedmiotem *exceptio doli* w znaczeniu formalnym, lecz opierając się na nim zmusza powoda do wystąpienia *cum compensatione* na wzór skargi bankiera, albo *cum deductione* na wzór skargi *bonorum emptora* i to pod rygorem *denegatio actionis*. Jest to zdaniem Scheurla kompensacja *ipso iure*, która po raz pierwszy wprowadzona została właśnie przez autora reskryptu³⁵. *Cum compensatione* wystąpić miał powód, którego roszczenie opiewało na *certum*, zaś *cum deductione* powód, którego roszczenie opiewało na *incertum*³⁶. Podstawę tezy Scheurla stanowi

³³ D. 30, 6 (Iulianus); D. 33, 6, 8 (Pomponius).

³⁴ A. Scheurl, o. c., s. 161 i n.

³⁵ Ibidem, s. 168. Tu autor ten powołuje się na wypowiedź Paulusa w D. 16, 2, 4. Fragment ten zdaje się jednak przeczyć jego twierdzeniu. W nim bowiem Paulus powołuje się na autorytet Neratiusa i Pomponiusa, a przecież ten pierwszy tworzył tylko za panowania Trajana i Hadriana. Nie mógł więc znać reskryptu Marka Aureliusza.

³⁶ A. Scheurl, o. c., s. 163.

sentencja Paulusa (2, 5, 3): *Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur, veluti, si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huius modi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis*³⁷.

W świetle opinii tego autora nie wiadomo, jak dla procesu formułkowego pominięcie przez powoda dedukcji mogło powodować *plus petitio*, skoro od Gaiusa³⁸ dowiadujemy się, że *bonorum emptor* przeprowadzający dedukcję nigdy nie narażał się na konsekwencję nadmiernego żądania. Scheurl usiłuje tę słabą stronę swej hipotezy wyjaśnić w ten sposób, że *deductio* w Sentencjach Paulusa tłumaczy nie jako termin techniczny określający operację procesową *bonorum emptora*, ale jako zwykłą operację rachunkową powoda zmniejszającego w fazie *in iure* swe żądanie o wzajemną pretensję pozwanego, aby pozwać już tylko o saldo.

Koncepcja Scheurla jest niewątpliwie oryginalna i ciekawa³⁹, chociaż nie jest do przyjęcia bez zastrzeżeń. Po pierwsze, gdyby, reskrypt miał rozciągnąć dotychczasową procedurę kompensacji bankiera także na przypadki zobowiązań *stricti iuris* innych osób, to nie wiadomo jaką funkcję w takiej kompensacji miałyby odgrywać *exceptio doli*, która przecież przy kompensacji bankiera nie wchodziła w ogóle w rachubę. Po drugie, jeśli chodzi o zobowiązania opiewające na *incertum*, co do których miałyby się odbywać *deductio*, to i tu nie widzę możliwości zastosowania *exceptio doli*. Jeśli *dolus* polegać ma na żądaniu tego co podlega zwrotowi, to powód nie określając, ile mu się należy (*intentio incerta*), nie może dopuścić się *dolus*. Wiemy już, że np. w odniesieniu do *deductio bonorum emptora* Gaius stwierdzał wyraźnie, że tam, z uwagi na kondemnację opiewającą na *incertum*, emptor nie popełniał nigdy *plus petitio*⁴⁰.

9. Pogląd Scheurla przyjął z pewną modyfikacją Eisele⁴¹. Także i on uważał, że powód *in iure* powinien na podstawie *exceptio doli* pozwanego, *agere cum compensatione vel cum deductione*. Jeśli tego nie uczynił, pretor przyznawał mu mimo to *formula pura*, a nie, jak twier-

³⁷ Na temat tego fragmentu zob. wywody w cz. II. W sposób bardzo zbliżony do A. Scheurla fragment ten interpretuje E. Huschke, *Iurisprudentiae anteiustiniani quae supersunt*³, Lipsiae 1874, ad Pauli Sent. 2, 5, 3, nt. 8: *Rescriptum D. Marci petitori ad evitandam doli exceptionem optionem dedisse videtur vel in intentione cum compensationem vel in condemnationem cum deductione agendi*. Zdanie Paulusa *si totum petas, plus petendo causa cadis* Huschke uzupełnia *aut ipso iure aut per doli exceptionem* (tamże, nt. 9).

³⁸ G. 4, 68.

³⁹ Zob. dalsze wywody na jej temat na s. 20 i n.

⁴⁰ Zob. też na ten temat M. Kaser, *Das romische Zivilprozessrecht*, München 1966 (ZPR), s. 311 i nt. 38.

⁴¹ *Die Compensation*, s. 101 i n.

dził Scheurl, odmawiał udzielenia skargi. Jednakże sędziemu nadał reskrypt władzę zasądzenia pozwanego na podstawie *exceptio doli* tak, jak gdyby (fikcja) powód wnosił skargę *cum compensatione*. Eisele nawet próbuje zrekonstruować treść reskryptu w ten sposób: *si is, cui pecuniam a te petit, tibi invicem pecuniam debet, potes opponere exceptio-nem doli mali: qua opposita nisi petitor quod invicem debet aut compensaverit aut deduxerit, iudex compensationis rationem perinde habebit, ac si ille cum compensatione agisset* ⁴².

Opinia Eiselego musi budzić pewne zastrzeżenia. Nie daje ona odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób sędzia miał się dowiedzieć o sugerowanej przezeń fikcji, jeśli nie było o niej żadnej wzmianki w formułce ułożonej przez pretora. Na jakiej więc podstawie sędzia ma ustalić, że powód żąda więcej, niż mu się faktycznie należy? Ponadto, gdyby reskrypt nakazywał rzeczywiście traktować każdego powoda jak bankiera, *exceptio doli* w formułce musiałaby być zbędna. Wiemy bowiem, że *plus petitio* bankiera nie powstawała z *exceptio doli* pozwanego ale wynikała z brzmienia *intentio* formułki, którą ten wierzyciel się posługiwał ⁴³.

Pogląd Eiselego spotkał się od samego początku z ostrą krytyką ⁴⁴ i w literaturze nie odegrał większego znaczenia.

10. Według następnego z kolei poglądu wprowadzona reskryptem *exceptio doli* w *iudicium stricti iuris* miała pierwotnie zastosowanie jedynie w takich przypadkach, gdy roszczenia powoda, a tym samym i *intentio* formułki, opiewała na *incertum* ⁴⁵. Zwolennicy tego poglądu uznają, że jeśli *intentio* opiewała na *certum*, dodana do formułki i uzasadniona *exceptio doli* powodowała całkowite oddalenie powoda skutkiem *plus petito*. Natomiast formułka opiewająca na *incertum* dawać miała sędziemu, na podstawie *exceptio doli*, możliwość traktowania pretensji powoda sformułowanej jako *quidquid* tak samo jak w *iudicium bonae fidei*. Zwolennicy tej koncepcji nie wyjaśniają, na czym ma polegać *dolus* będący przedmiotem excepcji pozwanego przeciwstawiającego wzajemną pretensję powodowi. Moim zdaniem sytuacja jest tutaj taka sama jak przy powództwie opiewającym na *certum*, czyli że *dolus* powoda polegał na żądaniu tego, co objęte było obowiązkiem zwrotu. Przeto, jeżeli w *intentio* powód nie określa czego od pozwanego się domaga, trudno zarzucić

⁴² Ibidem, s. 112.

⁴³ Zob. na ten temat wywody Z. Brinza omówione pod pkt 9 oraz przyp. 91.

⁴⁴ Krytykę tę zapoczątkował Z. Brinz, *Zur Geschichte der Kompensation*, s. 333 i n. Podobnie G. Longo, *Appendice alle Pandette di Glück*, s. 232 i n.; S. Solazzi, *La compensatione...*, op. cit., s. 103 i n.; R. Rezonico, o. c., s. 84.

⁴⁵ Ten punkt widzenia reprezentuje np. C. Salkowski, *Institutionen*⁹, Leipzig 1905; R. Sohm, *Iustitutionem*¹⁷, München—Leipzig 1923, s. 493; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne*, wyd. II w opr. H. Kupiszewskiego, Warszawa 1969, s. 225.

mu *dolus* polegający na nieuwzględnieniu pretensji pozwanego⁴⁶. Wyżej opisany pogląd sprowadza się w konsekwencji do przyznania *exceptio doli* roli umniejszającej kondemnację, z tym tylko ograniczeniem, że nie dotyczy ono przypadków skarg z *intentio certa*⁴⁷. Ponieważ jednak *exceptio* w procesie formułkowym zawsze miała skutek wykluczający⁴⁸, nie można zgodzić się z poglądem tej treści, że przy *intentio certa* sędzia w *iudicium stricti iuris* miał prawo w drugiej fazie procesu dokonać kompensacji, tak jak to uczynił w *iudicium bonae fidei*. Nasz reskrypt, jeżeli poprzez *dolus* prowadzić miał do kompensacji w *iudicium stricti iuris*, mógł mieć zastosowanie wyłącznie w procesie, którego przedmiotem było *certum*.

11. Hipotezę podobną do powyższej, ale z pewną modyfikacją postawił K r e t s c h m a r⁴⁹. Prowadząc egzegezę fragmentu księgi 63 Ulpiana *ad edictum* (D. 16, 2, 10, 3), autor ten doszedł do wniosku, że możliwa była również kompensacja sądowa przez *exceptio doli*, gdy przeciwstawne roszczenia opiewały na *certum*. W tym jednak przypadku pretor zmuszał uprzednio strony do zawarcia stypulacji nowacyjnej, skutkiem której pierwotne roszczenia o *certum* uległy zamianie na *incertum* i opiewały obecnie na *quidquid*. Po takiej zamianie obu roszczeń i umieszczeniu w formułce *exceptio doli* dalsza procedura odbywać się miała według zasad przyjętych w teorii poprzedzającej, opisanej pod punktem 10.

Tekst Ulpiana, na którym Kretschmar buduje swoją teorię, nie daje podstaw do takiego wniosku, do jakiego doszedł ów autor. Zamiana roszczeń z *certum* na *incertum* prowadziłaby właśnie do skutku wręcz przeciwnego niż zamierzony przez strony, gdyż — jak już wspominałem — *exceptio doli* jedynie przy *intentio certa* prowadzić mogła do kompensacji.

Chociaż hipoteza Kretschmara znalazła swoich zwolenników⁵⁰, wobec braku podstawy źródłowej została uznana za zwykłą fantazję⁵¹ i spotkała się w literaturze z uzasadnioną krytyką⁵².

⁴⁶ H. Siber, *Compensation und Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig 1889, s. 11 i n. Autor ten na podstawie szczegółowej analizy fragmentu Instytucji Gaiusa 4,54 wykazał, że brak zupełnie możliwości dopuszczenia się *plus petitio*, gdy *intentio* opiewała na *incertum*.

⁴⁷ Zwolennicy tego poglądu przyjmują z tego powodu jako autentyczną wypowiedź Paulusa w D. 44,1,22, pr. Zob. np. R. Sohm, o. c., s. 493 nt. 22.

⁴⁸ Zob. na ten temat wyżej, na s. 9.

⁴⁹ P. Kretschmar, *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, Leipzig 1907, s. 21 i n.

⁵⁰ R. Sohm, o. c., s. 494 i nt. 23; T. Kipp, *Über dilatorische und peremptorische Exceptionen*, in: ZSS XLII/1921, s. 351; H. Siber, *Römisches Recht*, II, Berlin 1928, s. 276; R. Taubenschlag, o. c., s. 225; P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1948, s. 294.

⁵¹ B. Biondi, *Compensazione*, cit., s. 350.

⁵² P. Koschaker, *Rec. P. Kretschmar, Über die Entwicklung*, in: ZSS XXX/1909, s. 459 i n.; B. Biondi, *Compensazione*, s. 350; S. Solazzi, *Compen-*

12. Przełomowe znaczenie dla poglądów na istotę reskryptu Marka Aureliusza miały publikacje Appletona⁵³. Według tego autora reskrypt nie miał w ogóle charakteru normy ogólnie obowiązującej, lecz dotyczył tylko jakiegoś przypadku szczególnego⁵⁴. Zdaniem Appletona istniała jednak pewna możliwość kompensacji w *iudicium stricti iuris* i możliwość tę wywodzi on z treści fragmentu księgi drugiej *de appellationibus* Macera (D. 49, 8, 1, 4):

*Si apud eundem iudicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit et iudex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas: non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, prisquam de mea quoque petitione iudicetur. [Sed magis est, ut appellatio interponatur]*⁵⁵.

Na podstawie powyższego tekstu, łącząc go z kilkoma innymi przekazami źródłowymi⁵⁶, dochodzi on do wniosku, że pozwany, jeśli chciał, aby powód uwzględnił w rozliczeniu jego wzajemną pretensję, wnosił przed tym samym sędzią skargę o to roszczenie. Ta wzajemna skarga tzw. *mutua petitio* pozwanego była podstawą zawieszenia wykonania wyroku wierzyciela głównego aż do czasu jej rozstrzygnięcia. Gdy obie wierzytelności skutkiem wyroków stały się płynne, można je było wzajemnie skompensować. Odbywało się to jednak dopiero po wdrożeniu *actio iudicati*. Do przeprowadzenia kompensacji służyć tu miała *exceptio doli* pozwanego przewidziana w reskrypcie Marka Aureliusza tudzież dyspozycje *secundum sacras constitutiones* co do pierwszego roszczenia. W rezultacie tak skonstruowanej hipotezy co do reformy Marka Aureliusza, Appleton sformułował następnie tezę, że za czasów tego cesarza znane były wyłącznie przypadki kompensacji, które omawia w swych Instytucjach Gaius. W konsekwencji tego wszelkie teksty źródłowe, które mogłyby ewentualnie wskazywać na zastosowanie zarzutu procesowego dla celów kompensacji, uległy jego zdaniem odpowiedniej przeróbce kom-

sazione, s. 105 i n.; W. Osuchowski, o. c., s. 80 (z obszerną i przekonującą argumentacją).

⁵³ C. Appleton, *Compensation*, s. 219 i n.; tenże, *Le rescrit de Marc Aurèle*, in: *Rev. gén. dr.*, XIX/1895, s. 323 (artykuł ten niestety nie był mi dostępny). Monografia C. Appletona o kompensacji stanowi jedno z pierwszych opracowań tej instytucji w prawie rzymskim oglądanym przez pryzmat krytycznego podejścia do źródeł. Romanista ten pisał jednak swe dzieło, kiedy badania nad interpolacjami były zaledwie w zarodku. Znacznie większe możliwości pod tym względem miał już B. Biondi. Również ostatnie badania Osuchowskiego idą w tym samym kierunku.

⁵⁴ C. Appleton, *Compensation*, s. 264 i n. Opiera się on tutaj na wywodach Krügera (*Geschichte der Quellen*, s. 79 i n.) o znaczeniu reskryptów cesarskich w okresie klasycznym. Pogląd C. Appletona znalazł też zwolenników. Por. np. C. Ferrini, *Manuale di pandette*⁴, Milano 1953, s. 492.

⁵⁵ Na interpolację wskazuje C. Appleton, *Compensation*, cit., s. 190.

⁵⁶ D. 16, 2, 26, 1, 17; 18 pr; C. 4, 31, 2.

pilatorów justyniańskich, a w swej wersji oryginalnej odnosiły się albo do kompensacji bankiera albo do dedukcji *bonorum emptora*.

Pogląd Appletona, niewątpliwie wysoce oryginalny, wywarł ogromny wpływ na autorów zajmujących się w obecnym stuleciu historią rzymskiego potrącenia, znajdując wśród nich wielu zwolenników⁵⁷. Dokonano też jego modyfikacji, a to pod wpływem zarzutów co do niektórych wywodów jego twórcy. Krytyce nie mogło ostać się twierdzenie Appletona, że *mutuae petitiones* są rozpatrywane przed tym samym sędzią⁵⁸. Każde postępowanie w systemie procesu formułkowego toczyło się na podstawie jednej formułki i vice versa, każda formułka wymagała odrębnego procesu. Nie było przeto praktycznie możliwe, aby przed tym samym sędzią, którego strony wybierały dla każdego procesu oddzielnie, mogły toczyć się odrębne postępowania sądowe⁵⁹. Ponadto inskrypcja głównego fragmentu, na podstawie której Appleton konstruuje swoją hipotezę, wskazuje niedwuznacznie na to, iż odnosił się on nie do *ordo iudiciorum*, ale do *cognitio extra ordinem*. Z tych względów dzisiaj powszechnie koryguje się wywody Appletona, uzupełniając je wywodami Pernicego.

13. Ten ostatni, wychodząc też z założenia, że reskrypt Marka Aureliusza dotyczył tylko pojedynczego przypadku, uważał, że nie miał on żadnego zastosowania w *ordo iudiciorum*, a tylko w *cognitio extra ordinem*⁶⁰.

14. Integrując wywody Appletona i Pernicego stawia się obecnie hipotezę, że na podstawie reskryptu *exceptio doli* stosowana była w procesie formułkowym wyłącznie w *actio iudicati*, gdzie wzajemne pretensje uznane wyrokami sądowymi, a tym samym płynne, podlegały kompensacji w toku tego postępowania⁶¹. Celowi temu służyć miała właśnie *exceptio doli*. Jej skutkiem miało być zawieszenie egzekucji pierwszego wyroku aż do definitywnego rozstrzygnięcia pretensji pozwanego, by potem, znowu na podstawie *exceptio doli*, pretensja wyższa mogła ulec redukcji do wysokości wierzytelności niższej. Wszystko to jednak w procesie

⁵⁷ S. Solazzi (*Compensazione*, cit., s. 106) w ten sposób go charakteryzuje: „*Ingeniosa è la teoria dell'Appleton, e certamente più verosimile che non le altre opinioni sopra esposte*”. G. Longo (*Appendice alle Pandette di Glück*, s. 242) określa go jako „*contributo importantissimo*”. Por. też E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*², Paris 1928, s. 630; R. Rezzonico, o. c., s. 84.

⁵⁸ Zarzut ten podniósł już G. Longo (*Appendice alle Pandette di Glück*, cit., s. 237) a rozwinął go B. Biondi, *Compensazione*, cit., s. 48. Z tym ostatnim polemizuje Kreller, Rec. B. Biondiego, *La compensazione*, cit., in: ZSS XLIX/1928, s. 513, ale w sposób mało przekonujący. Por. na ten temat S. Solazzi, *Compensazione*, o. c., s. 100³³.

⁵⁹ Zob. na ten temat również S. Solazzi, *Compensazione*, cit., s. 110.

⁶⁰ A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II, 1, Halle 1895, s. 307 i n.

⁶¹ Hipotezę tę wzbogaca dodatkowymi argumentami L. Lombardi, *Après sur la compensation chez les juristes classiques*, BIDR LXVI/1963, s. 86 i n. Zob. też F. Cuq, op. cit., s. 630; M. Kaser, RPR, s. 646.

formułkowym nie dzieje się w jednym postępowaniu sądowym. Trudno więc mówić o zastosowaniu tam *exceptio doli* dla celów kompensacji. Właściwe zastosowanie reskryptu dla celów potrącenia miało według tej teorii mieć miejsce w procesie kognicyjnym, kiedy zniknął definitywnie podział na fazę *in iure* i *apud iudicem*, a *exceptio doli* straciła swój charakter wykluczający zasądzenie. Powstał na tej drodze stosunkowo rozpowszechniony pogląd, że reskrypt wprowadził kompensację po raz pierwszy w zobowiązaniach *stricti iuris* w *cognitio extra ordinem* ⁶².

Pogląd ten wymaga moim zdaniem rewizji. Jej przedmiotem pragnę uczynić wywody Solazziego i Osuchowskiego jako głównych rzeczników tej nowej hipotezy. Obaj autorzy stwierdzają, że *exceptio doli* w procesie formułkowym, stanowiąc wykluczający warunek zasądzenia pozwanego, nie nadawała się do kompensacji sądowej, jako że sędzia stwierdziwszy zasadność ekscpcji, nie miał możliwości zredukowania kondemnacji o kwotę odpowiadającą wzajemnej pretensji pozwanego, lecz zmuszony być oddalić powoda z całym roszczeniem ⁶³.

Sądzę, że użyty w Instytucjach Justyniańskich termin „*compensatio*” w zdaniu „*doli mali exceptione compensatio inducebatur*” nie może być pojmowany w znaczeniu, jakie dzisiaj mu przypisujemy. Przeszedł on wyjątkowo ciekawą ewolucję. W prawie klasycznym, jak już wspomniałem, instytucja potrącenia nie miała charakteru jednolitego — znane były tam raczej kompensacje, a nie kompensacja. W źródłach używano tego terminu nie tylko na określenie operacji sędziego polegającej na zmniejszeniu zasądzonej kwoty w stosunku do sumy żądanej, jak to miało miejsce w *iudicium bonae fidei*. Kompensacją jest również operacja bankiera dokonana przeciwko poza procesem, a polegająca na obliczeniu salda z potrącenia wzajemnych wierzytelności klienta. Widzimy zatem, że przejście do nomenklatury współczesnej rzymskiego terminu *compensatio*, nie oznacza bynajmniej percepcji istoty samej instytucji z wszystkimi jej właściwościami. Dlatego, gdy Justynian stwierdza, że przez *exceptio doli* mocą reskryptu Marka Aureliusza wprowadzona została kompensacja w *iudicium stricti iuris*, nie musi to koniecznie oznaczać, że sędzia w tym procesie otrzymał władzę zasądzenia pozwanego na mniej, aniżeli opiewała *intentio* formułki. Nie ma również potrzeby szukania zastosowania naszego reskryptu w postępowaniu *extra ordinem*, jak to czynią Solazzi i Osuchowski.

Dalej autorzy ci ⁶⁴ transponując zastosowanie reskryptu do procesu

⁶² Twórcą tego poglądu jest chyba S. Solazzi (*Compensazione*, cit., s. 97 i n.). Podzielają go G. Astuti, o. c., s. 5 i n.; G. Longo, *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, I, Roma 1954, c. 88; a ostatnio, wzbogacając o dodatkową argumentację W. Osuchowski, o. c., s. 141 i n.

⁶³ S. Solazzi, *Compensazione*, s. 139; W. Osuchowski, o. c., s. 149 i n. Podobnie zresztą i B. Biondi, *Compensazione*, s. 44 i 46; G. Thielmann, *Die römische Privatauktion*, Berlin 1961, s. 152; Rezzonico, o. c., s. 70 i n.

⁶⁴ S. Solazzi, *Compensazione*, s. 97; W. Osuchowski, o. c., s. 155.

kognicyjnego widzą jedyną możliwość zharmonizowania obydwu przekazów źródłowych zawierających o nim wzmiankę, to jest Instytucji Justyniańskich i ich parafrazy Theophilusa. Nie mamy żadnego dowodu na to, że Theophilus miał w ręku komplet materiałów historycznych odnoszących się do tej kwestii⁶⁵. O reskrypcie czerpał on prawdopodobnie swe wieści ze źródeł pośrednich, a jeśli chciał wyjaśnić przykładem jego praktyczne zastosowanie w procesie, to jest rzeczą oczywistą, że mechanizm ten wykazywał w odniesieniu do procesu kognicyjnego a nie formułkowego. Ten ostatni należał za czasów Theophilusa do zamierzchłej przeszłości, a całą swoją relację toczy nasz scholiasta w czasie teraźniejszym a nie przeszłym, umieszczając nawet swoją osobę jako potencjalnego pozwanego⁶⁶. Jest natomiast całkiem pewne, że w procesie justyniańskim *exceptio doli* rzeczywiście prowadziła nie do zupełnego wykluczenia powoda w przypadku wygórowanego żądania, ale do wydania wyroku opiewającego na saldo obu wierzytelności⁶⁷.

Ostatnim wreszcie poważnym kontrargumentem podważającym trafność hipotezy Solazziego i Osuchowskiego jest to, że w świetle ich teorii nie wiadomo właściwie, na czym polegać miała innowacja wprowadzona reskryptem. Czyżby przed jego ukazaniem się nie można było w procesie kognicyjnym kompensować? W *extraordinaria cognitio* podział na *iudicium stricti iuris* i *iudicium bonae fidei* nie ma tego praktycznego znaczenia, jakie miał w *ordo iudicorum*. Wprawdzie instytucja *pluris petitio* przeżyła proces formułkowy, ale jej konsekwencje są w procesie kognicyjnym znacznie łagodniejsze⁶⁸. Potrącenie mogły tu strony przeprowadzić w toku postępowania sądowego i to nie mocą *exceptio doli* jako części składowej formułki procesowej, ale przez zwyczajne wykazanie ze strony pozwanego, że dysponuje on w stosunku do powoda wierzytelnością wzajemną, nadającą się do potrącenia. Jest więc mało prawdopodobne, że autorzy Instytucji justyniańskich, umieszczając w nich informację o reskrypcie Marka Aureliusza, wykreślili z niej wzmiankę o pierwotnym jego zastosowaniu w procesie *extra ordinem*⁶⁹. Należy więc szukać możliwości wykorzystania tej excepcji dla celów kompensacji przede wszystkim w procesie formułkowym⁷⁰.

⁶⁵ Inaczej A. Scheurl, o. c., s. 161; F. Eisele, o. c., s. 102.

⁶⁶ *Tali vero exceptione opposita, potestas datur iudici compensationem recipiendi et me in V tantum condemnandi.*

⁶⁷ Por. też na ten temat F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 54.

⁶⁸ G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano*, II, Torino 1960, s. 7 i n.

⁶⁹ Tak sugeruje S. Solazzi, *Compensazione*, s. 114, nie widząc jednak możliwości udowodnienia tego. Podobnie nie do przyjęcia jest twierdzenie Thielmanna (o. c., s. 152), że w wersji justyniańskiej *exceptio doli* zastąpiła występującą tam pierwotnie *exceptio pensatae pecuniae*. Co do tej sugestii interpolacji por. M. Kaser, RPP, s. 646 nt. 17.

⁷⁰ M. Kaser, RPR, s. 647.

15. Wspomniałem już ⁷¹, że i Rezzonico pojmuje termin *compensatio* w znaczeniu modernistycznym i dlatego szuka sposobu zlikwidowania wewnętrznej sprzeczności w justyniańskim sformułowaniu *opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*. Autor ten, wychodząc w swych rozważaniach od słynnej paremii sabiniańsko-kasjańskiej *omnia iudicia absolutoria esse*, dochodzi do wniosku, że zamieszczona w formułce *exceptio doli*, jeśli przesłanki jej udowodniono *apud iudicem*, nie zawsze zmuszała sędziego do całkowitego oddalenia powództwa. Rezzonico uważa, że pozwany, dysponując wobec powoda wierzytelnością nie płynną i pragnąc postawić ją do potrącenia wobec roszczenia ze skargi o *certum*, prosi o umieszczenie w formułce *exceptio doli*. Jeśli w toku postępowania sądowego zostanie wykazane samo istnienie tudzież wysokość jego wzajemnej wierzytelności, powód, aby uniknąć całkowitego uwolnienia pozwanego, redukuje swe żądanie o kwotę odpowiadającą wysokości wierzytelności przeciwniej ⁷². Pozwany natomiast, by uniknąć zasądzenia na całość, powinien zaofiarować powodowi pozostałą po potrąceniu kwotę, czyli saldo.

Uważam, że postępowanie opisane przez Rezzonico mogło w rzymskim procesie formułkowym mieć miejsce, ale przypomina ono bardziej postępowanie prowadzące do ugody, aniżeli do wyroku odpowiadającego treści formułki. Wspominałem już ⁷³, że cytowana zasada sabiniańsko-kasjańska określała tylko wymóg, by okoliczności uzasadniające zasądzenie istniały w momencie ferowania wyroku. Jakakolwiek inna jej interpretacja podważa zasadę o eksciepcji jako negatywnej przesłance zasądzenia. Gdyby nawet przyjąć jako prawdziwe ⁷⁴ założenie (w koncepcji Rezzonico jest ono nieodzowne), że *dolus praesens* dla skuteczności *exceptio doli* wymagany był nie w momencie *litis contestatio*, lecz w momencie wyroku, to nie wiadomo, na czym miałby ów *dolus* powoda polegać. Przecież ten w momencie *litis contestatio* mógł być gotowy potrącić również przed wydaniem wyroku ze swego roszczenia wierzytelność wzajemną pozwanego, ale nie może tego uczynić, gdy ta druga np. jako *incertum* do potrącenia się nie nadaje. Taki powód nie może więc uchodzić za tego *qui petit quod redditurus est* ⁷⁵. W źródłach nie znajdujemy nigdzie śladów sposobu kompensacji przedstawionego nam przez

⁷¹ Zob. przypis 63.

⁷² W tej części wywody R. Rezzonico pokrywają się z teorią Kellera (Jahrbücher d. gem. d. Rechts, IV/1861, s. 520).

⁷³ Zob. str. 9 i nt. 29.

⁷⁴ Przytoczone na tę okoliczność argumenty R. Rezzonico są mało przekonujące. Por. na ten temat U. Von Lübtow, s. 386: *Das fiat der exceptio bezog sich nur auf Zeitpunkt der litis contestatio*.

⁷⁵ Pogląd R. Rezzonico jako jeden ze sposobów umorzenia zobowiązań poprzez *exceptio doli* zaakceptowany został jedynie przez M. Kasera (zob. jego RPR, s. 646). Biondi go nie przyjął (zob. jego rec. R. Rezzonico, *Il procedimento*, cit., IURA X/1959, s. 312).

Rezzonico. Wręcz przeciwnie, istnieje wiele przekazów wskazujących, że udowodnienie *dolus* powoda pociągało za sobą nie umniejszenie jego pretensji, lecz całkowite uwolnienie pozwanego. Następowало to jednak tylko wówczas, gdy powód z premedytacją dochodził więcej, niż by mu się należało po potrąceniu wzajemnej wierzytelności przeciwnika procesowego, co do której istnienia ani wysokości nie było wątpliwości w momencie *litis contestatio*. Sędzia z pewnością nie oddalał powoda, gdy jego wygórowane żądanie było rezultatem na przykład błędu. W takim przypadku sędzia przysadzając powodowi całą pretensję kierował pozwanego na drogę drugiego procesu o jego roszczenie wzajemne⁷⁶, a sama kompensacja realizowana była następnie w postępowaniu z *actio iudicati*⁷⁷. W takich okolicznościach również chyba nic nie stało na przeszkodzie, by strony w drodze ugody ograniczyły wzajemne świadczenia i zgodnie z zasadą ekonomii procesowej uniknęły drugiego postępowania sądowego. Sądzę jednak, że Marek Aureliusz, wprowadzając *exceptio doli* jako sposób kompensacji w *iudicium stricti iuris*, nie wyobrażał sobie jej zastosowania w takiej procedurze jak ją opisał Rezzonico.

16. Jedną z ostatnich możliwości rozwikłania tajemnicy reskryptu zaprezentował Van Warmelo⁷⁸. Również i ten autor szuka sposobu takiego rozwiązania, które byłoby zgodne z przekazem Theophilusa na temat reskryptu, a zwłaszcza ze sformułowaniem *doli mali exceptione opposita, potestas datur iudici compensationem recipiendi*. Zatem kompensacji w oparciu o *exceptio doli* dokonać ma sędzia. Nasz autor wykorzystuje tu informację Gaiusa⁷⁹, że powód nie popełnia *plus petitio* ani *minus petitio*, gdy kondemnacja opiewa na więcej lub mniej niż *intentio*. W tym drugim jednak przypadku ryzyko utraty reszty ponosi powód. Z tej okoliczności, zdaniem Van Warmelo prawdopodobnie zrobiono użytek przy kompensacji poprzez *exceptio doli* konstruując np. taką formułę:

*Si paret N^mN^m A^oA^o X dare oportere et in ea re nihil dolo malo AⁱAⁱ factum sit neque fiat iudex, NumNum A^oA^o V condemnato. S.n.p.a.*⁸⁰.
Widzimy więc, że tu kondemnacja została zmniejszona do kwoty należnej po potrąceniu.

Przy takim brzmieniu formuлки nie widzę roli sędziego dokonującego potrącenia. Zrobili to strony w pierwszej fazie procesu. Nie widzę tu także właściwej roli dla *exceptio doli* jako środka technicznego prowadzą-

⁷⁶ Możliwości wyrokowania co do jednego tylko roszczenia mimo istnienia roszczenia wzajemnego dowodzi chociażby D. 16, 2, 16, 1.

⁷⁷ Na taką możliwość wskazują badania S. Solazziego, *Compensazione*, cit., s. 132 i n.

⁷⁸ P. Van Warmelo, *Le rescrit de Marc-Aurèle à propos de la compensation*, in: *Mélanges Henri Lévy Bruhl*, Paris 1959, s. 335 i n.

⁷⁹ G. 4, 57.

⁸⁰ P. Van Warmelo, o. c., s. 341.

cego do potrącenia. Przecież ta sama kompensacja również i wtedy miałaby miejsce, gdyby strony posłużyły się zaproponowaną formułą pozbawioną zarzutu procesowego. Wreszcie, jeżeli sędzia ustalił, że wzajemne roszczenie pozwanego nie jest uzasadnione i w związku z tym nie powinno być przedmiotem kompensacji, to przy takim brzmieniu formuły i tak mógłby pozwanego zasądzić wyłącznie na kwotę wymienioną w kondemnacji, czyli na mniej niż się rzeczywiście powodowi należało. Hipoteza Van Warmelo jest przeto moim zdaniem również nie do przyjęcia⁸¹.

17. Powstaje zatem pytanie zasadnicze, a mianowicie, w jaki sposób realizowano kompensację przez *exceptio doli*, o której mówił reskrypt Marka Aureliusza.

Z dotąd zaprezentowanych hipotez najbardziej przekonujące są sugestie Scheurla i Eiselego, wymagają jednak pewnej korekty⁸².

Scheurl trafnie zauważył, że kiedy reskrypt mówi o *exceptio doli*, nie ma na uwadze *exceptio* jako część składową formuły. Zwrot *opposita doli mali exceptione* nie musi bynajmniej oznaczać, że zarzut ten stał się elementem składowym formuły. Przez *exceptio* rozumieł Rzymianie zarówno część formuły jak i okoliczności stanowiące podstawę samego zarzutu. I tu trafne jest spostrzeżenie Eiselego⁸³, że *exceptio opposita* w nomenklaturze jurystów rzymskich oznacza również samo podniesienie twierdzenia, które może zmienić treść formuły. Jakiegokolwiek inne tłumaczenie tego terminu pozostaje w sprzeczności z wywodami Gaiusa na temat ekscepcji dylatoryjnych⁸⁴:

Observandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit.

Słowo *obicitur* ma to samo znaczenie co *oppositur*. W zdaniu pierwszym oznacza ono jedynie podniesienie okoliczności stanowiących treść zarzutu, a tylko w zdaniu drugim okoliczności te znalazły swój wyraz w treści części składowej formuły. Scheurl nie popełnia więc błędu, gdy twierdzi, że *dolus* może być czasem rozumiany w sensie materialnym, jako negatywna przesłanka procesu. Ale dalej twierdzi on, że pretor nie

⁸¹ Autor ten widzi również możliwość kompensacji przez *exceptio doli*, gdy żądanie powoda opiewa na *quidquid* (o. c., s. 340). Na ten temat zob. wywody na str. 13 i nt. 46, a nadto U. von Lübtow, o. c., s. 385 i n. oraz nt. 92.

⁸² Inaczej S. Solazzi, *Compensazione*, cit., s. 103: *Non é „exceptio” una difesa che non entri mai a far parte della formula*. W ten sam sposób R. Rezzonico, o. c., s. 83 i n.

⁸³ Ibidem, s. 107.

⁸⁴ G. 4, 123. Gaius wprowadzie zalicza *exceptio doli* do ekscepcji peremptoryjnych (4, 121), ale miał on na myśli zapewne *exceptio doli specialis*. Wskazuje na to fakt, że wymienia ją po *exceptio quod metus causa*. *Exceptio doli generalis* mieści się w całości w jego wywodach co do ekscepcji dylatoryjnych. Z tych też powodów do takich zaliczył ją T. Kipp (o. c., s. 351 i n.) i S. Solazzi (Sirotti V, s. 148).

umieszczał go w formułce, a jedynie opierając się na nim odmawiał udzielania skargi (*denegatio actionis*). W tym miejscu odstępuję od wywodów tego autora, uważam bowiem za trafną sugestię Eiselego, iż pretor udzielał skargi powodowi i to na całość (*formula pura*), zaopatrując ją jednak w *exceptio doli*. Według Eiselego jednak sędzia miał traktować takiego powoda jak gdyby on działał *cum compensatione*. W tym miejscu odstępuję również od wywodów tego autora. Uważam bowiem, że powodowi zarzucić można *dolus* tylko dlatego, że *petit quod redditurus est*⁸⁵. Czym jest to *quod redditurus est*? Jest to wzajemna pretensja pozwanego, płynna, opiewająca na *certum*, tego samego rodzaju⁸⁶, wymagalna w momencie *litis contestatio* obu wierzycieli. Ponieważ roszczenie powoda ma charakter *stricti iuris* to roszczenie pozwanego musi pochodzić *ex alia causa*.

Powód mając do pozwanego roszczenie np. na 10, a będąc zarazem jego dłużnikiem na 5, jeżeli domaga się 10, to pretor oczywiście udzieli mu formułki procesowej na 10, ale dołączy do niej *exceptio doli*. Formułka taka będzie miała brzmienie następujące:

Si paret N^mN^m A°A° X dare oportere et in ea re nihil dolo malo AⁱAⁱ factum sit neque fiat iudex, N^mN^m A°A° X condemnato. S.N.P.A.

Przy tak skonstruowanej formułce, jeżeli zarzut okaże się zasadny, powód zostanie oczywiście oddalony z całym roszczeniem. Zarzut okaże się uzasadniony, gdy powód mógł *in iure* pretensję pozwanego uwzględnić i od początku pozwać go tylko na 5. Aby temu skutkowi zapobiec, kiedy stanie się oczywiste już w fazie *in iure*, że pretor chce umieścić w formułce *exceptio doli*, a powód wie, że wzajemne roszczenie pozwanego jest uzasadnione, po prostu wycofa się ze skargą opiewającą na 10, jak powiada Gaius *differat actionem*. Następnie po dokonaniu we własnym zakresie kompensacji może pozwać pozwanego, ale już tylko o saldo, czyli o pozostałe 5.

Grożba umieszczenia w formułce *exceptio doli* wywiera na powoda pośrednią presję w kierunku dokonania przezeń potrącenia przed *litis contestatio* z pozwanym. W konsekwencji prowadzi więc ona do umniejszenia kondemnacji, bo gdyby przecież wygórowane żądanie nie było przez pretora traktowane jako *dolus*, nie mógł by on udzielić pozwanemu w *iudicium stricti iuris* zarzutu i mimo dysponowania przez pozwanego roszczeniem wzajemnym zostałby on zasądzony na całą kwotę, jakiej domaga się powód. Tak właśnie z reguły przedstawiała się w takich przypadkach sytuacja pozwanego przed wydaniem przez Marka Aureliusza jego reskryptu. Zmieniło się to po reskrypcie i dlatego autorzy Instytucji Justyniańskich mogli pisać: *ex rescripto divi Marcci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*. Nawet Paulus mając na uwadze

⁸⁵ D. 44, 4, 8; D. 50, 17, 173, 3 (Paulus). Podobnie D. 16, 2, 3, (Pomponius).

⁸⁶ W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from August to Justinian*², Cambridge 1932, s. 704 i n.

taki skutek zarzutu mógł o *exceptio* pisać: *modo eximit damnationem, modo minuit damnationem*⁸⁷. Przez słowo *minuit* miał on tylko na myśli pośredni wpływ ekscpcji na umniejszenie zasądzenia, nie zaś prawo sędziego do dokonania kompensacji⁸⁸.

Czy operację polegającą na potrąceniu roszczeń przez powoda w obawie przed przegraniem procesu można nazwać kompensacją? Posługując się dzisiejszym znaczeniem tego terminu powinniśmy odpowiedzieć negatywnie. Ale musimy przecież pamiętać, że w rzymskim prawie klasycznym termin ten miał zgoła inne znaczenie. Rachunkową operację bankiera, dokonaną również poza sądem, nazywano tam także kompensacją. Między tymi sposobami istniała oczywiście pewna różnica: bankier nie dokonywał swego potrącenia obawiając się zawartej w formułce *exceptio doli*. Obawiał się popełnić *plus petitio*, które było rezultatem sformułowania *intentio (amplius quam ipse Titio debet*⁸⁹)⁹⁰. W przypadku natomiast wierzyciela nie-bankiera, jego skarga była oddalona na podstawie *dolus*. Ten, z mocy reskryptu, powstawał skutkiem żądania tego, co się powodowi nie należało. Mamy tu do czynienia z wygórowanym żądaniem, ale nie w technicznym znaczeniu tego słowa, określanym w źródłach jako *plus petitio*. To ostatnie bowiem powstaje z mocy samego prawa, a nie z mocy zarzutu procesowego⁹¹. Jeżeli więc powód żądał zbyt wiele, ale u podstaw tego wygórowanego żądania brak było złego zamiaru, sędzia zasądzał pozwanego na całość. Bankier natomiast popełniając *plus petitio* przegra proces także wówczas, gdy taka *petitio* była rezultatem zwykłej pomyłki.

Przeciwnicy takiego sposobu rozwiązania uważają, że dokonania kompensacji pozaprocessowej mogło prawo domagać się od bankiera prowadzącego księgi bankowe. Byłoby natomiast sprzeczne z rzymską zasadą *aequitas*, gdyby tego samego domagać się miano od zwykłego wierzyciela⁹². Z jednej strony, jak wykazałem, istniała różnica w traktowaniu bankiera i klienta, gdy każdy z nich żądał w procesie zbyt wiele, różnica oczywiście na korzyść tego ostatniego; z drugiej zaś strony były to zwykłe zasady w *iudicium stricti iuris*, że każdy powód, niezależnie od

⁸⁷ D. 44, 1, 22, pr.

⁸⁸ W ten sposób również H. Siber, *Compensation*, cit., s. 12.

⁸⁹ Gaius, 4, 64.

⁹⁰ Z tych też powodów błędna jest koncepcja A. Scheurla i F. Eiselego, którzy przy zastosowaniu *exceptio doli* widzą konieczność pozywania *cum compensatione*, na wzór bankiera.

⁹¹ Zob. wyżej, na str. 9. Słusznie zauważa W. Buckland (o. c., s. 705) pisząc: *The ground on which the action was lost was not plus petitio, otherwise there would have been no need of exceptio doli; the mere failure to allow for the counterclaim would destroy the action, ipso iure.*

⁹² C. Appleton, *Compensation*, cit., s. 108; G. Longo, *Appendice alle Pandette del Glück*, o. c., s. 226; S. Solazzi, *Compensazione*, cit., s. 43; W. Osuchowski, o. c. s. 51.

swego zawodu, przegrywał cały proces; jeżeli popełnił *plus petitio* albo udowodniono mu *dolus*. Zasada ta obowiązywała przez cały czas istnienia procesu formułkowego, mimo że Rzymianie szczyłi się wówczas, iż prawo ich przepojone jest zasadami słuszności i sprawiedliwości.

Uważam, że opisana wyżej hipoteza o odstraszającym działaniu *exceptio doli*, której groźba umieszczenia w formułce zmuszała powoda do kompensacji w fazie *in iure*, jest najbliższa prawdy⁹³. Czy znajduje ona potwierdzenie w źródłach? Twierdzenie Ferriniego⁹⁴, że w źródłach klasycznych o reskrypcie Marka Aureliusza nie ma niestety żadnej bezpośredniej wzmianki, jest oczywiście prawdziwe. Te same źródła zawierają jednak szereg informacji, które pośrednio wskazują na mechanizm procesowy wprowadzony właśnie skutkiem praktyki ukształtowanej na podstawie reskryptu. W literaturze podejrzewa się obecnie, że większość z tych źródeł dotyczyła wówczas potrącenia bankiera lub *bonorum emptora*. Opinia ta oparta jest na przeświadczeniu, że kompilatorzy justyniańscy, nie dysponując źródłami traktującymi o wprowadzonej przez Justyniana kompetencji *ipso iure*, wykorzystali po prostu teksty klasyczne traktujące o kompensacji szczególnej, jaką było potrącenie bankiera i *bonorum emptora*, nadając tym źródłom charakter ogólny.

Pogląd ten wymaga moim zdaniem rewizji i tym uzasadniam konieczność nowej, szczegółowej egzegezy związanych z naszym problemem źródeł. Zagadnieniem tym zajmiemy się jednak w drugiej części niniejszej publikacji.

Władysław Rozwadowski (Poznań)

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

Première Partie. Revue critique de la doctrine aux XIX^e et XX^e siècles

Résumé

L'article présent constitue la première partie de l'étude sur le rescript de Marc-Aurèle sur la compensation et il contient surtout la revue des hypothèses des romanistes du XIX^e et XX^e s. concernant l'application de l'exception de dol comme moyen pour réaliser une compensation.

⁹³ O możliwości odstraszającego działania *exceptio doli* pisał po raz pierwszy chyba A. Pernice, o. c., s. 282. Pogląd ten znalazł też swoich zwolenników: P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*⁷, Paris 1924, s. 748 i n; J. Pokrowskij, o. c., s. 191; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*⁴, II, Paris 1948, s. 279 i n; U. von Lübtow, o. c., s. 384 nt. 87; B. Biondi, rec. R. Rezzonico, cit., s. 312; G. Provera, o. c., s. 40, A. Wiliński, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, II, Lublin 1969, s. 154.

⁹⁴ Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano, in: *BIDR* XII/1901, s. 194.

L'auteur, ayant tout d'abord démontré que la notion moderne de la compensation provient du droit justinien, poursuit attentivement l'évolution de la compensation avant Marc-Aurèle pour constater qu'une compensation extrajudiciaire était possible, même à l'époque des actions de la loi. Il brosse aussi une image succincte de la compensation sous le régime de la procédure formulaire — dans le *iudicium bonae fidei* et dans le *iudicium stricti iuris* (*argentarius, bonorum emptor*).

Après avoir examiné en détail la doctrine, l'auteur soulève des objections à l'égard de certaines hypothèses en question. Il s'occupe successivement de la „*replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit*” (p. 5); de l'exception de dol comme moyen visant à diminuer la condamnation — Dernburg (p. 6); de la compensation identifiée avec la *retentio* — Brinz (p. 7); de la conception de Scheurl (p. 8); et d'Eisele (p. 9); de l'exception de dol dans les actions à *intentio incerta* (p. 10); des idées de Kretschmer (p. 11); d'Appleton (p. 12); de Pernice (p. 13); de Solazzi et de Osuchowski (p. 14); aussi que des avis de Rezzonico (p. 15); et de Van Warmelo (p. 16). Il s'occupe plus largement de la conception de W. Osuchowski, qui dans sa nouvelle grande monographie concernant l'évolution de la compensation en droit romain (1970) a accepté et développé les idées de Solazzi sur le rescrit de Marc Aurèle, ce qui soulève des doutes chez l'auteur. Dans le dernier chapitre (p. 17) l'auteur présente ses propres vues. Il considère les conceptions de Scheurl et d'Eisele, comme les plus proches de la vérité, mais elles exigent encore des corrections.

Scheurl a bien reconnu, que l'exception de dol dont Marc-Aurèle a parlé dans son rescrit, a un sens plus étendu: elle est non seulement une clause insérée dans la formule, mais aussi, tout simplement, ce sont tous les circonstances étant le fondement du reproche. Par contre, Eisele a, bien à propos, supposé que le prêteur ne refuse pas une action au demandeur lorsqu'une exception de dol a été opposée par le défendeur: même tout au contraire, il l'accorde en y insérant l'exception de dol. Dans ce cas, le dol consiste à réclamer ce, quod *redditurus est*. Donc, si la prétention réciproque du défendeur est liquide, certaine, de la même nature et exigible au moment de la *litis contestatio*, le demandeur qui continue à réclamer sa créance tout entière commet un dol, ce qu'entraîne, malgré que les deux prétentions dérivent ex alia causa, la perte du procès, ne résultant pas pourtant de la *plus petito*, mais du dol. Et justement, cela constitue une différence essentielle entre la compensation du banquier et la compensation d'un autre créancier in *iudicium stricti iuris*. Or, si la demande bien fondée du demandeur réclamant la créance tout entière, malgré qu'il existe une prétention réciproque, n'a pas été reconnue par le juge comme dol, c'est le demandeur qui gagne son procès. Cependant, la possibilité d'insérer dans la formule une exception de dol, et de même, de s'exposer à perdre le procès, force indirectement le demandeur à déduire sa prétention avant la *litis contestatio*, comme le banquier faisant une compensation sous peine de perdre sa créance pour *plus petitio*. Or, l'exception de dol a pour effet de „diminuer” la condamnation; comme dit Paul „*minuit damnationem*” (D. 44, 1, 22 pr.).

Le risque de perdre le procès à l'appui d'une formule réclamante un certum avec une exception de dol en insérée, porte comme le dit Gaius relativement aux exceptions dilatoires — sur une situation où le demandeur *differat actionem* (G. 4, 123). Le demandeur qui succombe n'a que la ressource de recommencer le procès: il peut renouveler la poursuite sous condition qu'il va réduire sa prétention à ce qu'il doit au défendeur.

A l'époque de la procédure formulaire, la fonction rebutante de l'exception de dol a été bien reconnue dans bon nombre des sources classiques, souvent suspectes d'être interpolées.