

IV. POLEMIKA

WŁADYSŁAW ROZWADOWSKI (Poznań)

Jeszcze raz o ustanowieniu kognitora w rzymskim procesie klasycznym

Problem ustanowienia kognitora w procesie rzymskim interesował mnie w związku z publikacją na temat przelewu wierzytelności w prawie rzymskim (*Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969). Aby osiągnąć skutki dzisiejszego przelewu wierzytelności posługiwali się Rzymianie instytucją tzw. kognitora *in rem suam*, którego mianował cedent zawierając zarazem umowę, mocą której zatrzymywał kognitor dla siebie to, co wygzekwował od dłużnika. Faza w której cedent mógł mianować takiego kognitora miała pewne znaczenie praktyczne. Jeśli bowiem przyjmujemy, że możliwe to było dopiero w toku procesu, pojmowanego nawet jak najszerszej, czyli w momencie *in ius vocatio*, to uznać musimy, że do „przelewu” w drodze cesji kognitorskiej nadawały się jedynie wierzytelności wymagalne w momencie ustanowienia tego zastępcy procesowego. Przyjęcie natomiast tezy, że ustanowienie kognitora było możliwe dla procesu mającego toczyć się w przyszłości, prowadzi do wniosku, iż przedmiotem obrotu mogły być również wierzytelności wymagalne w przyszłości. Taki też pogląd reprezentowałem w wymienionej wyżej publikacji. Stał się on przedmiotem rewizji M. Zabłockiej w publikacji pt. *Ustanowienie kognitora w rzymskim procesie klasycznym*, która ukazała się w CPH XXIV, 2/1972, ss 1 - 18.

Przyznać muszę, iż był to dla mnie wówczas problem raczej marginesowy i nie starałem się go zbyt głęboko zgłębić. Obecnie jednak, skoro stał się on przedmiotem wyjątkowo wnikliwych badań młodej romanistki warszawskiej, w wyniku których dochodzi ona do wniosków diametralnie różniących się od moich, powróciłem ponownie do tego, jak się w końcu okazało, dość istotnego problemu z zakresu rzymskiego prawa procesowego. Wyniki tych ustaleń postanowiłem przedstawić w niniejszym głosie polemicznym.

*

Autorka badania swe przeprowadza głównie na kanwie egzegezy fundamentalnego w tej materii fragmentu Instytucji Gaiusa 4,83. Przytoczmy go wobec tego raz jeszcze *in extenso*:

Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. nam actor ita cognitorem dat QUOD EGO A TE verbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM L. TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius ita QUIA TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM TIBI P. MEVIUM COGNITOREM DO. potest ut actor ita dicat QOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO, adversarius ita QUIA TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO.

Przytoczone przez Zabłocką wyniki szczegółowej analizy tego tekstu Gaiusa, które doprowadziły ją do konkluzji, jakoby kognitora ustanowić można było dopiero w momencie *in ius vocatio*, oparte zostały na następujących przesłankach:

a) Gaius powiada, że kognitora powoływano *in litem*. Ponieważ *lis* zaczyna się od momentu *in ius vocatio*, przeto przed tym aktem kognitora ustanowić nie było można;

b) Dalej Gaius mówi, że formułę ustanawiającą kognitora wypowiadał *actor*. Aktorem określano według autorki stronę procesową dopiero wówczas, gdy miała miejsce *in ius vocatio*. Gdyby więc Gaius widział możliwość ustanowienia kognitora wcześniej, nie użyłby terminu określającego stronę toczącego się już procesu;

c) Przeciwnika procesowego nazwał Gaius mianem *adversarius*, a ten termin zdaniem autorki miał również znaczenie techniczne i służył do określenia strony w toczącym się już procesie. Także i to popierać ma powyższą tezę, że ustanowienie kognitora możliwe było najwcześniej z początkiem procesu;

d) Autorka podejmuje następnie próbę dowodu, że *editio actionis* w procesie rzymskim mogła mieć miejsce dopiero w momencie *in ius vocatio*, zatem pozaprocessowa *editio actionis* nie jest w źródłach znana. Argument ten ma być jeszcze jednym dowodem przeciwko mej tezie, iż ustanowienie kognitora przy okazji tej pozaprocessowej czynności nie było również możliwe;

e) Wreszcie ustanowienie kognitora należy do kategorii czynności określanych jako *actus legitimus*, które, jak wiadomo, nie dopuszczały ani warunku, ani terminu. Ustanowienie natomiast kognitora dla przyszłego procesu jest zdaniem autorki dołączeniem warunku. Aż do *in ius vocatio* nie wiadomo bowiem, czy proces w ogóle dojdzie do skutku, skoro istnieje możliwość zaspokojenia powoda przed wszczęciem postępowania. Wyznaczenie takiego zastępcy, który pełni wyłącznie funkcje procesowe dla procesu, co do którego nie wiadomo jeszcze czy się odbędzie nie wydaje się autorce celowe.

Przedstawiając własny punkt widzenia na poruszone przez Zabłocką kwestie trzymać się będę przyjętego przez nią porządku.

Ad a) Termin *lis* występuje w źródłach rzymskich w podwójnym znaczeniu: raz w technicznym, raz w nietechnicznym. Ustalenie tego pierwszego znaczenia ma doniosłe skutki również w sferze prawa materialnego.

Wystarczy chociażby przyjrzeć się bliżej zdolności do tzw. transmisji skargi *querella inofficiosi testamenti*. Była ona możliwa np. po *preparatio litis*. W źródłach przez *lis* w tym kontekście rozumie się wyłącznie spór, co do którego nastąpiła już *litis contestatio*¹. To samo dotyczy zastosowania terminu *lis*, gdy mowa jest o *litis institutio*². Ale mamy też drugie znaczenie tego słowa, w którym *lis* występują jako proces w ogóle, nie tylko ten, który już zawisł (*lis pendens*), lecz mający toczyć się przyszłości. Odwołuję się w tym względzie do Gaiusa (4, 122):

Dilatoriae sunt exceptiones quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi — cui similis exceptio est litis dividuae et residuae — item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his quas distulerit, agat, per hanc exceptionem quae appellatur rei residuae summovetur.

W tym tekście słowo *lis* użyte jest w znaczeniu procesu w ogóle, a raczej w sensie roszczenia, a więc takim samym, jakie nadano mu ekscerpując z kontekstu księgi XXIII Ulpiana fragment 33 w D. 50, 16³. W drodze *exceptio rei residuae* pozwany może zmusić powoda, by w obecności pretora wystąpił z wszystkimi roszczeniami, jakich dochodzić może wobec pozwanego. Gdyby uznać, że tu słowo *lis* oznacza toczący się proces po *in ius vocatio*, wywód Gaiusa pozbawiony by był wszelkiego sensu. Zatem przesłanka Zabłockiej w pkt. a) wydaje mi się błędna.

Ad b) To, co powiedziałem wyżej o znaczeniu terminu *lis*, odnosi się również do słowa *actor*. Rzymianie nie określali bynajmniej powodem kogoś, kto proces już wytoczył, ale również i tego, kto nosił się dopiero z zamiarem wszczęcia postępowania sądowego, a nawet pozaprocessowego⁴. Trudno jest znaleźć wiele przykładów takiego posługiwania się terminem *actor*, bowiem w odniesieniu do niezliczonej ilości źródeł, w których termin ten występuje, nie jesteśmy w stanie powiedzieć, czy proces już się toczy, czy ma być dopiero wszczęty. 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*. Pozwolę sobie tu powołać się na rozważania Paulusa zawarte w D. 4, 6, 22, bądź też na takie ogólne stwierdzenia jak *actor rei forum* — *sequitur* (C. 3, 19, 3), lub *reus in exceptione actor est* (D. 44, 1, 1). Nie może więc termin *actor*

¹ Por. D. 5, 2, 8, 2; D. 5, 2, 7; D. 5, 2, 8, pr. w związku z D. 5, 2, 15, 1; C. 3, 28, 5; C. 3, 28, 34, pr.; C. 3, 28, 36, 2b. Zob. też obszerne wywody na ten temat u P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963, s. 703 i n.

² D. 5, 1, 10; D. 5, 2, 15, 1.

³ Według Cujacjusa użyty tu termin *lis* dotyczył *iusiurandum in litem*, zaś według Lenela — skargi *si iudex litem suam fecit*.

⁴ Co do postępowania interdyktalnego zob. Gaius 4.150, stypulacji protektorskich natomiast dotyczy Gaius 4.165.

mieć, jak to sugeruje Zabłocka, znaczenia technicznego i odnosić się wyłącznie do kogoś, kto już proces rozpoczął.

Ad c) *Adversarius* też nie jest dla Rzymian terminem technicznym oznaczającym przeciwnika procesowego, który *in ius vocat* albo którego *in ius vocabatur*. W ogromnej ilości reskryptów — cesarze określają tym terminem przeciwnika suplikanta, który dopiero zmierza do ustalenia przysługującego mu uprawnienia⁵. U Gaiusa natomiast w takim znaczeniu użyto terminu *adversarius* w 4,84: *procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario consuitur*. Nie ma wątpliwości, że *adversarius*, o którym mówi Gaius ani nie został *in ius vocatus*, ani sam tego aktu nie przedsięwziął.

Ad d) W literaturze spotkać można pogląd, że ustanowienie kognitora możliwe było przy okazji pozaprosesowej *editio actionis*⁶. Nie wiemy jednak, jak dalece *editio* taka poprzedzać mogła moment wdrożenia procesu. Zabłocka natomiast usiłuje przeprowadzić dowód, że *editio actionis* miała miejsce najwcześniej przy okazji *in ius vocatio*. Nie przekonują mnie wywody autorki dotyczące tego problemu, a abstrahując nawet od faktu, że są one sprzeczne z *communis opinio doctorum*, nie mają one moim zdaniem żadnego wpływu na konkluzję, do której autorka dochodzi. Pogląd, że ustanowienie kognitora mogło mieć miejsce przy okazji pozaprosesowej *editio actionis* jest hipotezą bez przekonujących dowodów. Przytoczona przez Gaiusa jedna z formuł służących do ustanowienia kognitora brzmi: *QUOD EGO TECUM AGERE VOLO*. Wynika z niej, że wymawiający te słowa nie wytoczył jeszcze skargi przeciwnikowi, a jedynie nosi się z takim zamiarem. Nie ulega zatem wątpliwości, że tę formułę wypowiadano przed *in ius vocatio*, która to czynność rozpoczyna wszelkie postępowanie procesowe.

Ad e) Całkowicie błędny jest również pogląd Zabłockiej, jakoby 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. Warunek przy powoływaniu kognitora był rzeczywiście niedopuszczalny, co wynika *expressis verbis* z twierdzenia Papiniana (Fr. Var. 329): *Sub condicione cognitor non recte datur* — —. Zabłocka w swych wywodach myli dwie rzeczy: warunek jako klauzulę czynności prawnej, z warunkiem określanym w teorii prawa jako *condicio iuris*. Tego ostatniego fragment Papiniana absolutnie nie dotyczy. Niemal każde ustanowienie kognitora obwarowane było tym drugim warunkiem, co także niedwuznacznie wynika ze słów Gaiusa (4,83):

⁵ Por. konstytucje wymienione w *Vocabularium Codicis Iustiniani* Mayra s.v. *adversarius*.

⁶ M. Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, Stuttgart 1892, s. 293; Ch. Wirbel, *Le cognitor*, Paris 1911, s. 102 i n.l.; M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, s. 153 i n. 11.

sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et suscepit officium cognitoris. Przyjęcie *officium cognitoris* jest właśnie takim *condicio iuris* jego substytucji procesowej.

Nie wydaje mi się również trafne twierdzenie Zabłockiej jakoby „cognitor pełnił zawsze tylko i wyłącznie funkcję zastępcy procesowego”. Uwagi jej uszedł fragment Paulusa z jego księgi III Responsów (D. 3, 3, 69): *Paulus respondit etiam eum, qui ad litem suscipiendam [procuratorem] (cognitorem) ⁷ dedit, causae suae adesse non prohiberi.* Gdyby kognitor pełnił wyłącznie funkcje procesowe, dodatek *ad litem suscipiendam* byłby zwykłą tautologią. Jaką wobec tego inną funkcję pozaprocesową mógł pełnić kognitor? Odpowiedzi na to pytanie udziela nam chyba Paulus w D. 46, 3, 86: *Hoc iure utimur ut [litis procuratori] (cognitori) ⁸ non recte solvatur: nam et absurdum est, cui iudicati actio non datur, ei ante rem iudicatem solvi posse. [si tamen ad hoc datus sit, ut et solvi possit, solvendo eo liberabitur] ⁹?*

Kognitor zgodnie z tą ostatnią wypowiedzią Paulusa mógł być zatem powołany również z prawem odebrania świadczenia od dłużnika ze skutkiem uwalniającym tego ostatniego wobec mocodawcy kognitora. Tu zastępca spełniał rolę, jaka w drodze stypulacji mogła być narzucana *solutioni causa adiectus*. Gdyby hipoteza ta okazała się prawdziwa, nie ulegało by wątpliwości, że ustanowienie takiego kognitora musiało nastąpić przed wszczęciem procesu, może już w momencie zawiązania się stosunku obligacyjnego.

Do powyższych uwag dotyczących ustanawiania kognitora chciałbym dorzucić jeszcze dalsze dwa argumenty.

1. Cały wywód M. Zabłockiej oparty jest na szczegółowej analizie dwóch formuł Gaiusa służących do ustanowienia kognitora, przy milczącym założeniu, że tylko takimi formułami mogła się posłużyć strona pro-

⁷ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig 1899, Paulus 1457; E. Krüger, ad D. 3, 3.; L. Wenger, *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, Leipzig 1906, s. 123; Ch. Wirbel, o. c., s. 166 i n. 1.

⁸ F. Keller, *Über Litis Contestation und Urteil nach classischem römischem Recht*, Zürich 1827, s. 327; E. Mühlenthal, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte* 3, Greiswald 1836, s. 70 i n. 145; F. Eisele, *Cognitur und Prokura-tur*, Freiburg u. Tübingen 1881, s. 92; O. Lenel, *Palingenesia*, cit., Paulus 168; tenże, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig 1927, s. 78; Ch. Wirbel, o. c., s. 164 i n. 3; B. Frese, *Prokura-tur und negotiorum gestio im römischen Recht*, in: *Mélanges Cornil*, I, Gand-Paris, 1926, s. 339 i n. 6; M. Kaser, *Restituere als Prozessgegenstand*, München 1932, s. 113 i n. 4.

⁹ Ostatnie zdanie uznają niektórzy autorzy F. Eisele, o. c.; O. Lenel, *Palingenesia*, ed. cit., I, s. 978 i n. 6; M. Kaser, *Restituere*, cit., I, c. za wtórę kompilatorów justyniańskich. Ich argumenty są jednak mało przekonujące. Kwestionowane zdanie w odniesieniu do prokuratora byłoby zupełnie zbędne, gdyż pozwany zawsze uwalniał się od zobowiązania jeśli świadczył do rąk każdego prokuratora cui mandatum est (por. na ten temat mój *Przelew*, s. 137 i n.), a nie tylko takiego, któremu udzielono specjalnego upoważnienia do pobierania świadczenia.

cesowa. A przecież Gaius podając wzór drugiej formuły mówi: *potest, ut actor ita dicat — — adversarius ita — —*. Jest to zatem wyliczenie przykładowe, a nie wyczerpujące. Konstrukcja formuły mogła mieć również inne brzmienie. Sam Gaius mówi, że wyrażają ją nie *solemnia verba* ale *quasi solemnia verba* (4,97), dopuszczające pewne dodatki (Fr. Var. 318), o których gausowe wzory milczą. Wysnuwanie przeto wniosków z przykładowo podanych wzorów, bez uwzględnienia innej możliwości brzmienia formuły, musi budzić zastrzeżenia.

2. Mówiąc o formułach wypowiedzianych przy powoływaniu kognitora stwierdza Gaius, że są one podstawą substytucji tego zastępcy w procesie (arg. z 4,84; 4,97), a nie jego ustanowienia. Fakt ten również uszedł uwagi Zabłockiej. Gaius traktuje zatem wymienione formuły jedynie jako podstawę wejścia kognitora w proces, (które określa też jako substytucję), nie zaś jako podstawę ustanowienia tego zastępcy. Tym ostatnim problemem zajmuje się tylko w odniesieniu do prokuratora i akt ten określa nie jako *substitutio*, ale jako *institutio*. Dystynkcji między tymi dwoma terminami prawnik ten przestrzega konsekwentnie. Ustanowienie kognitora, czyli jego *institutio*, zwłaszcza przy użyciu drugiego wzorca formuły Gaiusa, nastąpić już mogło przed procesem. Natomiast wejście kognitora w proces (*substitutio*) dokonywało się w oparciu o te formuły, które przykładowo podał Gaius w swych Instytucjach.

Problem, którym zajęła się M. Zabłocka, nie należy do łatwych. Dowodzą tego liczne kontrowersje, które na ten temat spotkać można w bogatej literaturze romanistycznej. Dobrze się chyba stało, że autorka podjęła ten trudny temat. Szkoda tylko, że mimo ogromnego nakładu pracy związanej z przesledzeniem i przeanalizowaniem bogatej literatury wykorzystanej w swej publikacji doszła do mało przekonującej konkluzji. Nie chcę przez to powiedzieć, że hipoteza Gide'a¹⁰, Debraya¹¹, Voigta¹², Wirbela¹³, Kasera¹⁴ i moja — jakoby kognitora w procesie rzymskim ustanowić można było przed wdrożeniem postępowania sądowego — jest w całości udowodniona. Polemizując z Zabłocką chciałem tylko wykazać, że atakowanej przez nią hipotezy nie można obalić przy pomocy zastosowanych argumentów.

¹⁰ A. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris 1879, s. 317.

¹¹ E. Debray, *De la représentation en justice par le cognitor*, Paris 1892, s. 105 i n.

¹² M. Voigt, o. c., s. 293.

¹³ Ch. Wirbel, o. c., s. 102 n. 1.

¹⁴ M. Kaser, *Zivilprozessrecht*, cit., s. 153 i n. 11.