

III. ARTYKUŁY RECENZYJNE

HENRYK KUPISZEWSKI (Warszawa)

Litis contestatio

Uwagi na marginesie pracy: Günther J a h r, *Litis Contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und Formularverfahren* *

Litis contestatio (w dalszym ciągu L. c.) należy niewątpliwie do najtrudniejszych i najbardziej dyskusyjnych problemów rzymskiego procesu prywatnego. Silny związek norm prawa materialnego i procesowego w prawie rzymskim powoduje, że romanista w swej nawet najbardziej skromnej działalności naukowej czy pedagogicznej może nie zapoznać się z szeregiem problemów, ale musi wyrobić sobie jakiś pogląd na l. c. Jest wiele problemów w prawie rzymskim, które od wieków uchodzą za ustalone, ba nawet za aksjomaty. L. c. nie należała do takich nigdy. W ubiegłym stuleciu największą popularność zdobyła sobie teoria K e l l e r a ¹. Wedle jego opinii była l. c. w najdawniejszych czasach uroczystym przywołaniem świadków przy z a m y k a n i u postępowania przed *magistratus behufs künftigen Ausweises über den ganzen Hergang in iure* ². Z biegiem czasu przywoływanie świadków odpadło jako zbędne,

* *Forschungen zum römischen Recht*. Herausgegeben von M. K a s e r, W. K u n k e l, F. W i e a c k e r, 11 Abhandlung, Böhlau Verlag, Köln—Graz 1960, s. VI + 248. Prof. Theo Mayer-Maly (Köln) udostępnił mi swoją recenzję pracy Jahra (opublikowaną następnie w ZSS 78, 1961, s. 493 i n.) oraz maszynopis odczytu dotąd nieopublikowanego, wygłoszonego w Institut du Droit Romain w Paryżu w 1961 r. Na tym miejscu składam mu za uprzejmość serdeczne podziękowanie. Wdzięczny jestem także Panu Profesorowi E. G i n t o w t o w i za przeczytanie manuskryptu i cenne sugestie, które częściowo uwzględniłem. Pracę niniejszą przedstawiałam na posiedzeniu naukowym Instytutu Historii Państwa i Prawa UW w jesieni 1962 r. oraz częściowo na posiedzeniu seminaryjnym w katedrze prawa rzymskiego w Wiedniu w 1962 r.

¹ F. L. K e l l e r, *Über Litis Contestation und Urtheil nach klassischem römischem Recht*, Zürich 1827; idem, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen*, bearbeitet von A. W a c h, Leipzig 1883, s. 297 i n.

² E. K. K e l l e r — A. W a c h, o. c., s. 297.

l. c. utrzymała się jednak nadal w sensie skutków postępowania *in iure* i przedstawiała się jako „*ein ideeller Endpunkt*”, jako pewien moment w procesie, umieszczony w końcu postępowania przed pretorem. Przeciwnie Kellerowi wystąpił Wlassak³ z zupełnie inną koncepcją, że mianowicie l. c. jest kontraktem formalnym stron wiodących spór. Sformułowanie Wlassaka przypada na rok 1889, a więc prawie na początek jego kariery naukowej. Przez lat czterdzieści przebogatych studiów nad procesem prywatnym rzymskim zdołał Wlassak swym poglądom na l. c. zapewnić powszechne uznanie⁴. Zdania oponentów, na których mu nie zbywało nigdy, przestały się liczyć. Swój sukces naukowy zawdzięcza Wlassak w dużej mierze Wengero wi⁵, który ze swym wielkim talentem literackim stał się najwierniejszym jego uczniem w zakresie nauki procesu i w ogromnym stopniu przyczynił się do spopularyzowania jego nauki w wydany przez siebie podręczniku *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* (przetłumaczonym na język włoski i angielski). Dopiero pod koniec życia wystąpił Wenger⁶ z nieśmiałą krytyką niektórych poglądów Wlassaka. Stało się to w tym samym czasie, kiedy procesualistyka włoska wiele tez Wlassaka postawiła pod znakiem zapytania⁷.

Książka Jahra jest frontalnym atakiem na wszystko, co o l. c. powiedział Wlassak. Jeśli się zważy, że nauka Wlassaka zrodziła się w ostrej polemice z Kellerem, Bethman-Hollwegiem, Mommsenem, Gradenwitzem, Schlossmanem, by wymienić naj-

³ M. Wlassak, *Die Litis Contestation im Formularprozess*, Fortschr. der Breslauer Juristenfakultät zum Doktorjubiläum von Windscheid, 1889, s. 53 i n. Korzystałem z odbitki z numeracją stron od 1.

⁴ Dalsze prace Wlassaka dotyczące procesu rzymskiego zestawia Jahr na s. X.

⁵ L. Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925.

⁶ L. Wenger, *Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse*, w: *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1948, s. 47 i n.

⁷ G. Pugliesse, *La „Litis contestatio” nel processo formulare*, Scritti giur. in onore di A. Scialoja, Bologna 1953, s. 363 i n.; idem, *La litis contestatio nel processo formulare*, Riv. di dir. Processuale 6, 1951, s. 37; A. Biscardi, *Quelques observations sur la litis contestation*, RIDA 4, 1950, s. 159 i n.; idem, *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum*, Studi in onore V. Arangio Ruiz 3, 1953, s. 461 i n.; O. Carelli, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946; F. Bonifacio, *L'estinzione del giudizio per mors litis*, Arch. Giur. 142, 1952, 34 i n.; idem, *Apunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, Studi in memoria di E. Albertario 1, 1953, s. 61 i n.; idem, *Iudicium legitimum e iudicium imperio continens*, Studi in onore di V. Arangio-Ruiz 2, s. 207 i n.; G. Broggin, *Iudex arbiterve*, Köln—Graz 1957, passim. Dalszą literaturę odnośnie do *litis contestatio* por. G. Jahr, o. c., s. 3 uw. 14 i nast.; G. Broggin, *A propos de mutatio iudicis et de translatio iudicii*, RHD 27, 1959, s. 314 uw. 1 i 2; Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, s. 174 i n.

ważniejszych — łatwo sobie wyobrazić, że zadanie, jakiego się autor podjął, nie jest proste.

Byłoby ogromnie trudno streścić w jakiś sposób systematyczny wywody Jahra, mają one bowiem charakter polemiczny. Nie mogło być inaczej, skoro na wyjaśnienie natury l. c. wylano przed i po Wlassaku dużo atramentu⁸. Z czterech części książki pierwsza poświęcona jest analizie wypowiedzi Festusa odnośnie do *contestari* i *litem contestari*. Druga i czwarta część zajmują się l. c. w postępowaniu legisakcyjnym i formułkowym. Część trzecia (s. 120—164) dotyczy problemów specjalnych, głównie skutków l. c. Wywody autora nie płyną gładko, sporo jest powtórzeń, odsyłaczy do wcześniejszych i późniejszych partii pracy oraz bogatej literatury przedmiotu.

Naczelną tezę Jahra jest określenie l. c. jako *privater mehrseitiger Urkundsakt*⁹. Nim ustosunkujemy się do tezy głównej autora, poświęcimy kilka słów problemom szczegółowym. Zaczniemy od zagadnienia natury historycznej. W przekonaniu autora l. c. powstała w momencie, kiedy postępowanie procesowe uległo podziałowi na dwa stadia *in iure* i *in iudicio*¹⁰. Ponieważ odtąd inna osoba badała, czy pretensja powoda podlega ochronie albo czy wybrana *legis actio* nadaje się do dochodzenia danej pretensji, a inna osoba spór rozstrzygała, zaszła potrzeba, by to, co zostało ustalone *in iure*, wiernie zostało przekazane sędziemu (*iudex, arbiter*). Skoro *in iure* wszystko zostało wyjaśnione, pretor dawał *iudicium*, a strony spór wiodące — jak zdaniem Jahra informuje Festus — wzywały stojących obok przyjaciół na świadków. Lis stawiała się *contestata*. W razie potrzeby świadkowie służyli ustanowionemu dla rozstrzygnięcia sporu sędziemu informacjami odnośnie do tego, co zaszło *in iure*. Jak długo jedna osoba — *magistratus* — rozstrzygała spór, l. c. nie była potrzebna. Tak mniej więcej wygląda powstanie l. c. w oczach Jahra.

Z Jahrem nie zgodzilibyśmy się nawet wtedy, gdyby przy l. c. nie chodziło o nic więcej, jak o zabezpieczenie dowodu na to, co działo się *in iure*. L. c. to przecież zwrotny punkt w procesie, który pociąga za sobą szereg bardzo ważnych skutków prawnych, z których na pierwszym miejscu idzie oczywiście konsumpcja skargi¹¹ (*Konsumptionswirkung, Ausschlusswirkung*¹²). Otóż wydaje nam się bardzo mało prawdopodobne, by te skutki, jakie l. c. wywołuje w postępowaniu podzielonym, wypra-

⁸ Por. s. 5 i n., szczególnie s. 26 i n.

⁹ Ob. wyżej przyp. 7 i cyt. tam literaturę.

¹⁰ Por. s. 20 i n.

¹¹ Por. s. 70 i n., *passim*.

¹² Por. s. 66 i n., *passim*. Obecnie ciekawe uwagi także u M. Kasera, *Römisches Privatrecht, ein Studienbuch*, München—Berlin, 1960, s. 317.

cowane zostały dopiero w czasie, kiedy doszło do podzielenia postępowania na dwa stadia. Należy sobie uzmysłwić, że do podziału postępowania nie przyszło za jednym zamachem¹³. Pierwotnie zasadą było, że *magistratus* (*consul, praetor, dictator*), a wcześniej *rex* rozstrzygał spór od początku do końca. Z biegiem czasu, gdy społeczeństwo poczęło się rozrastać, różnicować, a stosunki międzyludzkie komplikować, *magistratus* na podstawie swych *imperium ac potestas* przekazywał spory przed nim zawisłe *a casu ad casum* do rozstrzygnięcia któremuś z obywateli¹⁴. Zasada obligatoryjnego przekazania sporu do rozstrzygnięcia

¹³ Tezę Wlassaka o pochodzeniu postępowania podzielonego trzeba dziś uznać za zarzuconą, pomimo że wielu uczonych nie potrafi sobie wyobrazić króla z kompetencjami sędziowskimi. Przed 35 laty P. Koschaker na ten temat pisał: *Das Imperium zwar alle Staatsaufgaben umfasst, aber doch diejenigen, die in einer gegebenen Zeit als solche erfasst werden, und wir daher mit der Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit rechnen müssen, dass der staatliche Rechtsschutz in privaten Streitsachen in der Königszeit und vielleicht noch geraume Zeit nachher als Staatsaufgabe noch nicht in den Vorstellungskreis der Zeitgenossen getreten war* (ZSS 47, 1927, s. 509, podkreślenie moje — H. K.). Pogląd, że postępowanie podzielone rozwinęło się z nie podzielonego, należy do chętnie dyskutowanych w ostatnich 20 latach. Kolejno zajmowali się tą sprawą: H. R. Hoetink, *The Origin of the Dual Mode in Roman Procedure*, Seminar V, 1947, s. 16 i n.; M. Kaser, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens*, Festschr. Wenger 1, 1944, s. 107 i n.; L. Wenger, *Vom zweigeteilten röm. Zivilprozesse*, Studi in onore di S. Solazzi, s. 47 i n. z dalszą literaturą w przyp. 5; G. Broggin, *Iudex arbiterve...*, passim; U. von Lübtow, *Gerichtsherr und Richter*, Studi in onore di V. Arangio-Ruiz 2, s. 362 i n.; idem *Das römische Volk, sein Recht und Staat*, Frankfurt a M. 1955, s. 135, z bogatą starszą literaturą w uw. 62 (tam też na s. 136 i 137 są zestawione wszystkie źródła); F. Wieacker, *Vom römischen Recht*. Stuttgart 1961, s. 80 i n. Odnośnie do powstania procesu cywilnego w ogóle por. niedocenioną przez romanistów do dziś dnia pracę H. J. Wolffa, *The Origin of Judicial Litigation among the Greek*, Traditio 4, 1946, s. 31 i n. — *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands*, 1961, s. 1 i n. Wywody jego zmierzają do wykazania, że *private Schiedsgerichtsbarkeit und Prozess vor staatlich autorisierten Richtern nicht zwei Stadien einer einheitlichen Entwicklung waren, sondern parallele und grundsätzlich verschiedene Erscheinungen, wenngleich in beiden wahrscheinlich mehr oder weniger dieselben Methoden des Beweisaufnahme und Urteilsfindung zur Anwendung kamen*. Opierając się na tych przesłankach napisał Broggin swoje dzieło *Iudex arbiterve*.

¹⁴ Jeśli idzie o przyczyny, które spowodowały podział postępowania na *in iure* i *in iudicio*, nie ma wśród romanistów jednomyślności. Broggin Kaser, a przede wszystkim Wieacker, uważają, że do podziału doszło wskutek przeciążenia pracą magistratury. W szczególności Wieacker pisze na ten temat (o. c., s. 98): *Das entwickelte Vehrverfahren ist nun als soziale Technik, als Ausdruck römischer Staatlichkeit und als Gesinnungsausdruck durchschaubar. Jedes Prozessrecht ist vorerst eine soziale Technik* (podkreślenie moje — H. K.). U. von Lübtow dowodzi znów, że podział postępowania procesowego jest wynikiem walk politycznych. Servius Tullius dokonał reformy wojskowej,

przez *iudex*, *arbiter* wprowadzona została najprawdopodobniej dopiero przez *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*¹⁵. Ale w postępowaniu niepodzielonym musiał naszym zdaniem istnieć jakiś moment w procesie, który powodował konsumpcję skargi. Przypuszczalnie ów przełom w procesie stanowiła chwila, kiedy obie z procesujących się stron wypowiedziały formułki, *legis actiones*, a *magistratus* przeszedł do przeprowadzenia postępowania dowodowego. Wyobrażamy sobie, że np. w procesie *per legisactionem sacramento in rem* tym momentem, od którego strony nie mogły się cofnąć, była wymiana między nimi formuł: *quando tu iniuria vindicavisti, quingentis assibus sacramento te provoco* — — *et ego te* (Gai. 4, 16). Jeśli powód w postępowaniu niepodzielonym miał do dyspozycji dwie *legis actiones*, przy pomocy których mógł dochodzić swego roszczenia (np. *legis actio per manus iniectionem*¹⁶ i *legis actio sacramento in personam*), wybierał jedną

w wyniku której najważniejszy członek armii przestali stanowić jeźdźcy, a ich miejsce zajęli ciężko zbrojni hoplici, rekrutujący się spośród plebsu. Przesunięcie, jakie zostało dokonane w organizacji armii, nie odbyło się bez protestów tych, których stanowisko polityczne zostało osłabione. Król, by ich sobie zupełnie nie zrazić, poczynił na ich rzecz koncesje na innym odcinku. Przekazał im mianowicie orzecznictwo spraw prywatnych, sobie natomiast zatrzymał dla kontroli wszczęcie procesu. Pogląd von Lübtowa jest oparty głównie na Dion, 4, 25: *ille* (scil. Servius Tullius) *iudiciis publicis separatis a privatis ipse quidem de criminibus ad rem publicam pertinentibus suscepit cognitionem, rerum autem privatarum privatos iudices esse iussit, quibus normas et regulas leges dedit a se conscriptas* (Bruns, Fontes, s. 14). Uznając tłumaczenie Wieackera za najbardziej prawdopodobne, nie możemy się powstrzymać od wysunięcia jeszcze jednej hipotezy. Po upadku królestwa nastąpił rozdział władzy politycznej od sakralnej (por. W. Kunke, *Regnum*, Festschrift Gutzwiller, s. 3 i n.). Pierwsza była wykonywana przez pretorów, władza sakralna przez kolegia kapłańskie z *rex sacrorum* na czele (por. K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, s. 195 i n.). Jak długo władza polityczna i sakralna była połączona w ręku króla, mógł on rozstrzygać problemy z zakresu obu sfer. Późniejsi *magistratus*, nie mając władzy sakralnej, byli zmuszeni w zakresie rozstrzygania spraw prywatnych dzielić jurysdykcję z kolegiami kapłańskimi (por. H. Levy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, s. 75 i n.).

¹⁵ G. Broggin, *Iudex arbiterve...*, s. 87 i n.; F. Wieacker, o. c., s. 94 i n.

¹⁶ Por. o konkurencji *legisactiones* M. Kaser, *Altrömisches Ius*, Göttingen 1948, s. 191 i n., 276 i n.; E. Betti, *Struttura della obbligazione*², s. 129 i n.; idem, *Appunti di teoria dell'obbligazione*, Roma, s. 135 i n.; H. Kupiszewski, *Das Verlöbniß im altröm. Recht*, ZSS 77, 1960, s. 135 i n. Zakres zastosowania *legis actio per manus iniectionem* mimo H. Levy-Bruhl (o. c., s. 278 i n.) nie jest jeszcze dostatecznie wyjaśniony. Obecnie pracuje nad tym problemem prof. E. Gintowt. — *Litis contestatio* w postępowaniu nie podzielonym przypuszcza także A. Biscardi, *La litis contestatio nella procedura per legis actiones*, Studi in onore di V. Arangio-Ruiz 3, s. 461 i n.

z nich za zgodą pozwanego i w jego obecności ją przed *magistratus* recytował i jeśli następnie pozwany na to wedle ustalonego rytu replikował, nie było dla żadnej ze stron możliwości zmiany swego stanowiska. Inaczej proces toczyłby się w nieskończoność. Za poważnym wiekiem zasady *ne bis in idem* przemawia stosunkowo bardzo wczesne pojawienie się *pluris petitio* jako zarzutu procesowego¹⁷.

W postępowaniu podzielonym zaszła — zdaniem Jahra¹⁸ — potrzeba, by to, co wypracowano *in iure*, wiernie zostało przekazane sędziemu. Ten sąd jest oparty na wypowiedzi Festusa (57): *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote*. Ta wypowiedź ma charakter wyjaśnienia etymologicznego i nie mówi nic, w jakim celu wzywani są *testes*. Być może — jak chce Jahr — po to właśnie, by oni mogli zakomunikować sędziemu treść *iudicii*. Ale czy to było konieczne? Czy pretor nie mianował sędzią jednego z członków swego *consillium*¹⁹, który był na rozprawie *in iure* obecny i wszystkiemu się przysłuchiwał?

U Festusa jest mowa o *ordinatum iudicium*, co oznacza osiągnięcie pewnego stadium procesowego uzewnętrzniającego się w udzieleniu *iudicium* przez *magistratus* i powodującego konsumpcję skargi. Ów przełomowy akt w procesie musiał się wykształcić jeszcze w postępowaniu niepodzielnym. Jest on tak samo stary, jak zasada *ne bis in idem*²⁰.

Jesteśmy przekonani, że cytowana wypowiedź Festusa oraz dane przez niego wyjaśnienie: *contestari est cum uterque reus dicit: testes estote* (38) dadzą się z powodzeniem odnieść do czasów, kiedy postępowanie nie było jeszcze podzielone. W najdawniejszym prawie rzymskim przed promulgowaniem XII tablic głównymi czynnościami prawnymi były *sponsio* i akty libralne: *nexum mancipatio*²¹ (i jej pochodna *coemptio*, a być może także *emancipatio*). Obok nich były w użyciu takie, jak *testamentum calatis comitis*, *testamentum in procinctu*, *confarreatio*,

¹⁷ Por. G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano* 1, Torino 1958, s. 12 i n.

¹⁸ Por. s. 19 i n.

¹⁹ Tak przede wszystkim G. Broggin, *Iudex arbiterve...*, s. 84, 90 i n.

²⁰ Do *bis de eadem ne sit actio* por. L. Wenger, *Civil Procedure* 177 i n.; A. Hägerström, *Der röm. Obligationsbegriff*, Uppsala—Leipzig 1927, s. 300 i n.; M. Kaser, *Altrömisches Ius...*, s. 115 i n.; A. Biscardi, *RIDA* 4, 1950, s. 162 i n.; por. także F. de Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, s. 83 i n. z krytyką poglądów Wlassaka odnośnie do interpretacji Gajus 4, 108; G. Broggin, *Iudex arbiterve...*, s. 170 przyp. 31.

²¹ Por. przede wszystkim E. Schönbauer, *Zwei Grundbegriffe der röm. Rechtsordnung: nexus und mancipium*, *Anzeig. d. phil.-hist. Klasse d. Österreichischen Ak. d. Wissenschaften*, nr 17, 1950, s. 323 z bogatą literaturą w uw. 1; H. Levy-Brühl, *Nouvelles études sur le très ancien droit*, Paris 1947, s. 97 i n.

adrogatio. *Sponsio primitiva* to przysięga²². Nie wypełnienie płynących z niej obowiązków kolidowało pierwotnie z normami sakralnymi. Akty libralne swą moc wiążącą zawdzięczają formie, która polega na recytacji formułek w asystencji *libripensa* i *non minus quam quinque testibus civibus Romanis* (Gaius I, 119). Spośród elementów składowych formy aktu libralnego waga i *libripens* są najmłodszymi²³, wprowadzonymi w momencie, kiedy miernikiem wartości rzeczy stał się kruszec (*pecunia pesata*)²⁴.

Rola świadków w najdawniejszym procesie nie doczekała się jeszcze opracowania²⁵,²⁶. Opierając się na dotychczasowej literaturze możemy à propos świadków procesowych poczynić kilka uwag. Przede wszystkim należy stwierdzić, że proces rzymski w najściślejszym związku ze stosunkowo wczesną laicyzacją prawa przeszedł rychło z dowodu irracjonalnego²⁷ na dowód racjonalny. Owo przejście dokonało się na długo przed ustawą XII tablic. Nie było ono totalne, gdyż rudymenta starego spotykamy jeszcze w epoce Cyncerona²⁸. Wśród dowodów racjonalnych dowód ze świadka obecnego przy podejmowaniu czynności prawnej był jednym z mocniejszych. Daje temu pogładowi dosadny wyraz Plaut w Truc. II, 6 w. 9: *pluris est oculatus testis unus quam audiri decem*. Curc. I, 1. w. 30: *Semper curato ne sis intestabilis*. Pomiedzy świadkami rozróżnia się następnie *testes vocati* lub *rogati* oraz przygodnych. Ci ostatni w danym procesie nie byli w ogóle brani w rachubę, a w procesie czasów klasycznych tylko *ad fidem rei gestae*²⁹. Najważniejszym jednak dla nas tutaj zagadnieniem jest ustalenie związku pomiędzy świadkiem czynności prawnej a świadkiem procesowym.

²² M. Kaser, *Altrömisches Ius...*, s. 256 i n.; G. Broggin, *Iudex arbitere...*, s. 172 przyp. 34; A. Magdelain, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943.

²³ K. F. Thormann, *Der doppelte Ursprung der Mancipatio*, München 1943; G. Dulckeit, *Zur Rekonstruktion der Nexumformel*, Studi in onore di V. Arancio-Ruiz 1, s. 83 i n..

²⁴ Por. V. Arancio-Ruiz, *Compravendita*, s. 11, n 18 nn.

²⁵ F. Pringsheim, *Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, Gesammelte Abhandlungen 2, Heidelberg 1961, s. 330 i n.

²⁶ W tej chwili zajmuje się tym zagadnieniem dr Rozwadowski pod kierunkiem prof. Kolańczyka, por. CPH 13, 1961, 1. Autor niesłusznie, moim zdaniem, ograniczył się głównie do epoki Cyncerona, a nie sięgnął do źródeł wcześniejszych.

²⁷ Do ordaliów por. R. Dekkers, RIDA 1, 1948, s. 55 i n.; F. de Martino, *Storia delle costituzione romana* 1, 1951, s. 169 i lit. w uw. 15; M. Kaser, *Altrömisches Ius...*, s. 18 i n.; P. Frezza, *Ordalia e legis actio sacramento*, A G. 142, 1952, s. 83 i n.

²⁸ G. Broggin, *Prova nel diritto romano arcaico*, Ius 9, 1951.

²⁹ Pomp. D. 22, 5, 11.

Pytanie można sformułować jeszcze inaczej: w jakim celu zawieraniu czynności prawnej towarzyszyli świadkowie. Jhering dowodzi: *Bei einigen hat deren Zuziehung [scil. świadków] lediglich den Zweck, das Geschäft allen dabei interessierten Personen zur Kunde zu bringen, sie sind bloss Urkundspersonen, bei anderen soll diese Zuziehung ihnen selbst Gelegenheit geben, die Interessen, die sie zu vertreten haben rechtzeitig zu wahren, ein ihnen zustehendes Widerspruchsrecht gegen das Geschäft geltend zu machen*³⁰. Wedle Kasera³¹ znów obecność świadków zapewnia samemu aktowi jego publiczność. F. Gallo w studium *La pretesa pubblicita dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*³² zwrócił znów uwagę na to, że celem, dla którego przywołuje się świadków przy podejmowaniu aktu libralnego, jest zapewnienie sobie dowodu w przyszłym procesie. Nie negując słuszności argumentów Kasera, też Gallo podzielaamy całkowicie. Daje się ona z łatwością wyczytać u Gelliusa, N. A. 15, 13, 11: *Qui se sieri testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, inprobis intestabilisque esto*³³. A więc ten, kto był świadkiem przy podjęciu aktu libralnego, obowiązany jest do złożenia w każdej okoliczności *testimonium*. Jeśli się od takiego obowiązku uchyli, grozi mu kara: *intestabilis esto!* co w praktyce uniemożliwi mu podjęcie jakiegokolwiek aktu, który do swej formy wymaga obecności świadków. W naszym źródle nie jest powiedziane, z jakiej okazji świadek ma składać *testimonium*. Jeśli stwierdzimy, że przede wszystkim w procesie, nie popełnimy pomyłki. Ów cel zapewnienia sobie dowodu ze świadka jeszcze wyraźniej występuje przy testamencie mancypacyjnym. Formuła przekazana przez Gaiusa II, 104 kończy się słowami: *itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Rogatio testium* miało miejsce przed dokonaniem testamentu. Po zjawieniu się świadków i *libripensa* oraz sporządzeniu *tabulae testamenti* podejmowano akt mancypacji. Wezwanie: *testimonium mihi perhibetote* należy odnieść do przyszłości, a nie do teraźniejszości. Testator wzywa obecnych, by mu w razie potrzeby służyli swym świadectwem w przyszłości. Przykłady można by mnożyć. Są one zestawione sumarycznie w pracy Kasera, *Testimonium*³⁴. Tutaj pragniemy zwrócić jedynie uwagę na wywody Wieackera³⁵, wedle którego *endoplorare* w pewnym okresie było również wezwaniem sąsiadów na świadków w tym celu, by z ich

³⁰ Por. Geist⁸ 2, 2, s. 527.

³¹ *Eigentum und Besitz*², s. 120 i n.

³² Por. SDHI 23, 1957, s. 174 i n.

³³ F. Gallo (o. c., s. 188 przyp. 31) sądzi, że w prawie XII tablic były dwa przepisy, jeden odnoszący się do świadków, drugi dotyczący *libripensa*.

³⁴ RE VA szp. 1021 i n.

³⁵ *Endoplorare*, Festschrift L. Wenger 1, s. 129 i n.

wypowiedzi zapewnić sobie dowód w przyszłym sądowym ściganiu *furis manifesti*.

Wróćmy do procesu. Strony wiodące spór udawały się do *magistratus* w towarzystwie *testes*. Nie byli to świadkowie przygodni, lecz *vocati* czy *rogati*, tj. tacy, którzy kiedyś byli obecni przy podejmowaniu czynności prawnej. Obecnie mieli oni służyć swym świadectwem jednej ze stron wiodącej spór. *Magistratus* zapoznawał się ze sprawą, ustalał ze stronami *legis actio*, którą się one miały posłużyć. Po wyrecytowaniu przez nie formuł przewidzianych przez daną *legis actio*, *iudicium* stawało się *ordinatum*, a *magistratus* przystępował do przeprowadzenia postępowania dowodowego. Strony wzywały wtedy świadków — *testes estote* — by z ich wypowiedzi mieć dowód co do prawdziwości swych twierdzeń. Wezwanie świadków czasowo następowało bezpośrednio po *ordinatio litis*, a więc bezpośrednio po ogłoszeniu przez strony formuł procesowych, przez co wdały się one ostatecznie w spór i spowodowały nadejście takiego momentu w procesie, od którego nie mogły się wycofać. Wezwanie świadków było tym widocznym znakiem, że proces osiągnął już takie stadium, w którym należało rozpoznać dowody stron.

Pragniemy podkreślić, że w postępowaniu nie podzielonym wezwanie świadków mogło oznaczać jedynie otwarcie postępowania dowodowego. Jakże zatem przyszło do tego, że terminem *litis contestatio*, oznaczającym otwarcie postępowania dowodowego, nazwano ten moment w procesie, którym kończyło się postępowanie *in iure* i który ma tak daleko idące skutki procesowe. Spróbujmy sobie wyobrazić, jak praktycznie mogło wyglądać postępowanie podzielone w swych początkach.

W jakimś tam dniu zasiadł pretor w *sella curulis* ustawionej na Forum Romanum w otoczeniu swej świty, by załatwić przypuszczalnie dwa, trzy procesy. Nieoczekiwanie donosi mu jeden z liktorów lub slug, że odbędą się nie dwa, lecz osiem procesów. Przed trybunałem robi się tłoczno. Jawią się strony procesowe ze swymi świadkami, znajomymi, zatrzymują się ciekawscy. Pretor zabiera się do pracy. Rozstrzygnięcie pierwszego sporu zajęło mu kilka godzin czasu. Nazajutrz jest *dies nefas*. Koniecznie trzeba załatwić dziś wszystkich, by nie musieli szukać *locum* na dwie noce i jeden dzień i by wieczorem mogli wrócić do swych domostw pod Rzymem. Pośpiech jest konieczny. Następny proces jest równie skomplikowany jak pierwszy. Pretor postanawia przekazać postępowanie dowodowe i wyrzeczenie sentencji jednemu ze swych przyjaciół zasiadających w jego *consilium*. Po *ordinatio iudicii* — po przygotowaniu sporu do rozstrzygnięcia, mianuje swego przyjaciela sędzią. Strony procesowe przywołują swych świadków — *testes estote* — i z zamiarowanym sędzią usuwają się sprzed trybunału pretorskiego, by przeprowadzić postępowanie dowodowe i otrzymać od *iudex* rozstrzygnięcie — *sententia*.

Dla znawców prawa, biegłych w procesie, nie ulegało wątpliwości, że postępowanie przed pretorem *in iure* ukończyło się w chwili pretorskiego *addicere iudicium* i *dare iudicem*. Dla laików — w momencie kiedy strony odeszły

sprzed trybunału pretora. A one odchodziły po zwołaniu swych świadków. Inaczej nie miałyby możliwości dowiedzenia prawdziwości swych twierdzeń ujętych w *legis actio*. Z właszcza dla laika nie zorientowanego w biegu procesu moment przywoływania świadków musiał bardziej podpadać jako *cesura* niż *ordinatio iudicii*, które stanowi ów Kellerowski *ideeller Endpunkt*.

W dalszym rozwoju procesu postępowanie *in iure* i *in iudicio* rozeszło się w czasie. Dowód ze świadka, najczęstszy, gdy akty liberalne i czynności wymagające dla dopełnienia formy obecności świadków zaspokajały lwią część obrotu prawnego, stał się jednym z wielu dowodów w procesie późniejszym. Skoro postępowanie podzielone stało się obligatoryjne, przywoływanie świadków, jeśli zaszła tego potrzeba, odbywało się przed sędzią i zatraciło swoje dawne znaczenie. Nie następowało już bowiem w momencie bezpośrednio po *addicere*, *dare iudicem*. Przywoływanie świadków — *testes estote* — dało jednak nazwę owemu brzemniennemu w skutki aktowi, stanowiącemu tę tak bardzo charakterystyczną i w żadnym innym systemie prawnym nie występującą instytucją procesową.

Ostatnim argumentem, jaki tutaj przytoczymy, jest argument natury filologicznej i logicznej zarazem. U Festusa (38) jest powiedziane: *contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote*. Z tego wyjaśnienia wynika, że jeśli w jakiegokolwiek fazie procesowej któraś ze stron zawezwie świadków, nastąpi *contestatio*. Druga wypowiedź Festusa (57) natomiast wyznacza moment czasowy przywoływania świadków. Jest tam powiedziane: *quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote*. Wedle nauki Wlassaka³⁶ (a Jahr jest z nim w tym wypadku zgodny³⁷), *ordinatio iudicii* oznacza dokonanie l. c. Wezwanie świadków następuje u Festusa *ordinato iudicio*, a więc po podjęciu l. c. Jest zasadą w prawie rzymskim i nie tylko w prawie rzymskim, że jeśli do dokonania jakiegoś aktu są potrzebni świadkowie, to się ich wzywa przed jego podjęciem. Stale powtarzająca się fraza u Gajusa, przedstawiającego podejmowanie aktów, przy których świadkowie są konieczni, brzmi: *ahibitis non minus quam testibus*³⁸. Nie może być zatem żadnej

³⁶ Por. *Prozessgesetze* 2, s. 50 z powołaniem w uw. 65; por. także Schlossman, *Litis Contestatio*, s. 106 i n.; Th. Mayer-Maly, ZSS 78, 500.

³⁷ Por. s. 206 i n. Jego ostateczny wniosek brzmi: *Die Feststellung der ordinatio iudicii ist also die prätorische Erklärung, in welcher Form er das abschliessende endgültige Dekret, das dare iudicium einschliesslich addictio iudicis, erlassen will*, (s. 208).

³⁸ Por. Gai. I, 29, 113, 119. Dalsze źródła por. w VIR I, 213. Por. także F. Gallo, o. c., s. 192 i n. ze źródłami w przyp. 24.

wątpliwości, że *testis adhibens* to taki, w którego obecności akt zostaje dokonany. Jeżeli w postępowaniu procesowym świadkowie są wzywani po *ordinato iudicio* — „po przygotowaniu sporu do rozstrzygnięcia”, to w innym celu niż asystencja przy l. c.

Wreszcie wypada się zastanowić, czy w ogóle miałyby sens wzywanie świadków po to, by oni w razie potrzeby przekazali sędziemu treść *iudicium*. Po pierwsze — strony procesowe brały jak najbardziej czynny udział przy wypracowywaniu formuły procesowej. Wszak od jej sprecyzowania zależało bardzo wiele. Dlatego strony odchodziły od pretora znając dokładnie warunki, na jakich sędzia będzie ferował wyrok. Po wtóre — świadkowie jako mniej zainteresowani biegiem i wynikiem procesu mogli bardzo łatwo treść *iudicium* przekreślić, przekazać niedokładnie. W przypadku gdyby sędzia otrzymał od świadków niedokładną treść *iudicium*, lub dwa różne *iudicia*, byłby w takim samym kłopotcie, jak gdyby w ogóle nie otrzymał co do treści *iudicium* żadnych wiadomości. To znów, by sędzia mógł świadków różniących się w twierdzeniach co do treści *iudicium* przesłuchiwać i na tej podstawie tenor jego ustalać, jest mniej niż prawdopodobne. Źródła nie dają żadnej podstawy nawet do najśmielszej hipotezy w tym kierunku ^{38a}. A przecież taką konsekwencję niesie z sobą pogląd Jahra.

Literatura prawnicza mówi o l. c. bardzo często (zestawienie fragmentów Digestów, w których o niej mowa, obejmuje w VIR prawie trzy szpalty: I, 979—981). Gdyby *ad solemnitate litis contestationis* byli potrzebni świadkowie, źródła zapewne zdradziłyby się z tym w jakimś miejscu. Tymczasem wypowiedź Festusa, która do przyjęcia takiego poglądu nie daje dostatecznej podstawy, jest odosobniona. Argument *e silentio* uchodzi w badaniach historycznych za bardzo słaby. W naszym wypadku ma on jednak pewną wymowę.

Ograniczenie pojęcia l. c. do *Zeugenanrufung* ma w konstrukcji pracy Jahra daleko idące konsekwencje. Nie może on mówić o skutkach l. c., bo i dla niego jest jasne, że przywołanie świadków nie mogło mieć żadnych większych skutków procesowych. Stąd też Jahr mówi o *sogennante Wirkungen der l. c.* (s. 120 i n.). W rzeczywistości, dowodzi autor, owe skutki następują, ponieważ *in iure actum est*, ponieważ miało miejsce *edere, dare i accipere iudicium* czy wreszcie ponieważ nastąpiło

^{38a} Gaius 4, 15 *in fine* mówi: *deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur causae collectio, quasi causae sude in breve coactio* (por. do tego Kaser, *Festschrift Wenger* 1, s. 118). A więc strony udawały się do sędziego same i same informowały go o treści *iudicium*. O świadkach nie wspomina ani jednym słowem. Do Cicero, *pro Murena* 12, 25 por. Levy-Bruhl, *Les temoins de la litis contestatio*, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, nr 4—5, 1955, s. 7 i n.

ordinatio iudicii. Ale przecież to wszystko dla współczesnego romanisty wiąże się z l. c. Co więcej, Gajus nas informuje, że i *veteres* przez l. c. te właśnie skutki czy zaszłości procesowe mieli na myśli, a nie przywoływanie świadków. Niewolnicze trzymanie się Festusa z położeniem akcentu na frazę: *contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii* — — *utraque pars dicere solet: testes estote* wprowadza do pracy sporo niepotrzebnego zamieszania.

Cenne uwagi poczynił autor w zakresie ustalenia znaczenia pierwotnego terminu *lis* (s. 12 i n.). Oznaczać on mógł spór, kłótnie, spór prawny, proces i wreszcie przedmiot procesu. Za znaczenie pierwotne tego terminu przyjmuje autor „spór”, „proces”, *lis* natomiast w znaczeniu „przedmiot sporu” jest terminem wtórnym. Nie jesteśmy natomiast przekonani, by przez *lis* rozumiano kiedykolwiek dopiero taki spór, przez który proces jest *contestata*. Varro (de lingua lat. VII, 93) m. in. mówi: *itaque quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis*. Źródła okresu klasycznego mówią bardzo często o *controversia* = *lis*, ale z żadnego z nich nie wynika, by miano na myśli wyłącznie *lis contestata*³⁹. Festus (103) powiada znów: *litis (sic) cecidisse dicitur, qui eius rei, de qua agebat causam amisit*. Czy w tym źródle jest mowa o *lis contestata*? Chyba nie! Wreszcie Gajus 4, 30: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet. Qui minimum errasset* w żadnym wypadku nie może być tym, którego spór został już *contestata*. *Errans* to ten, który nie wypowiedział bez pomyłki przepisanej *legis actio*, formuły. A przecież *legis actio* musiało się wygłaszać przed l. c. a nie po.

Paragrafy 10—12 (s. 44—58) poświęcone są zagadnieniu pisemności w procesie prywatnym. W tej kwestii doszedł autor do następujących rezultatów: Postępowanie w obu typach procesu było ustne, zgodnie zresztą z wrodzoną Rzymianom predylekcją do ustności w obrocie prawnym. Źródła skrupulatnie przez autora przebadane nie dają najmniejszej podstawy do twierdzenia, by pretor względnie jego *scribae* z urzędu prowadzili jakiś protokół rozprawy albo ujmowali na piśmie treść formułki procesowej lub *iussus iudicandi*. *Gesta, acta* należały do prywatnej sfery działalności *magistratus*, mógł on je prowadzić na osobisty użytek. Nie istniała również żadna *Notwendigkeit der Schriftlichkeit ad substantiam*. Autor natomiast dopuszcza możliwość sporządzania prywatnego dokumentu (*private Beurkundung*, s. 57) ale tylko *ad probationem*. Wywody wydają nam się zupełnie uzasadnione. Zapewne wygotowywanie

³⁹ VIR s. V, t. 1, szp. 1008 i n.; Heumann-Secke, s. v.; A. Bergen, *Dictionary to Roman Law*, s. 565; *Lis* indicates any suit. — U Liv. 1, 32, 11 *lis* oznacza spór międzynarodowy, por. M. Kaser, *Altrömisches Ius...*, s. 21.

na piśmie konceptu formuły procesowej, zwłaszcza w sprawach bardziej skomplikowanych, nie należało do rzadkości ⁴⁰.

Inną kwestią, którą chcemy tutaj przedyskutować, jest, czy ustanowienie sędziego mieściło się w l. c., czy też było dekretem oddzielnym występującym obok niej. Wielu uczonych dawniejszych (Wlassak ⁴¹, Lenel ⁴²) i współczesnych (Pugliese ⁴³, Bonifacio ⁴⁴, Brogginini ⁴⁵) stoi na stanowisku, że *dare iudicem* w procesie legisakcyjnym, *addicere iudicem* w procesie formułkowym mogło czasowo zbiegać się z l. c., ale że z istoty swej stanowiło odrębny dekret *magistratus*. Jahra w swej wykładni źródeł do tej kwestii się odnoszących doszedł do wniosku, że nominacja sędziego była integralną częścią l. c., *iudicium dare* ⁴⁶. Ważkim argumentem za jego tezą jest, że w postępowaniu formułkowym przypuszczalna formuła *iudicium dare* brzmiała: *iudicium do iudicemqua addico in ea verba: Lucius Titius iudex esto si paret — — condemnato, si non paret absolvito*. W postępowaniu legisakcyjnym znów: *L. T. iudicem do iudiciumque addico*. Ten argument zwolennicy oddzielności nominacji wyłożą zapewne jako przypadek koincydencji czasowej. Nie ulega dla nas wątpliwości, że na gruncie źródeł, którymi operuje autor, sprawa jest dyskusyjna i bardzo trudna do rozstrzygnięcia. Wydaje nam się jednak, że całą sprawę można posunąć znacznie naprzód, jeśli w orbitę rozważań wciągnie się kwestię *mutatio iudicis* ⁴⁷. (Pytanie, czy *mutatio iudicis* jest jedną z form *translatio iudicii*, zostawiamy na boku ⁴⁸). Otóż klasycy informują nas niejednokrotnie względnie dokładnie o tym, że nie zawsze zamianowany sędzia wywiąże się ze swego obowiązku *iudicare*. Przeszkodą najczęściej wzmiankowaną bywa śmierć, choroba, nieobecność itp. ⁴⁹ Bywa i tak, że po zamianowaniu kogoś sędzią, następują jakieś zaszłości, które powodują jego wyłączenie. Tak np.

⁴⁰ Por. H. Levy-Bruhl, *Recherches...*, s. 189 i n.; Th. Mayer-Maly, ZSS 78, s. 503 i n.

⁴¹ Prace Wlassaka cytowane u Jahra na s. 88.

⁴² *Zur Form der klassischen Litiskonstestation*, ZSS 24, s. 377 i n.

⁴³ *Il processo formulare* 1, s. 255 i n. (praca niedostępna mi, cytuję za Brogginim, RHD 27, s. 319).

⁴⁴ *La estinzione del giudizio per mors litis*, A. G., 142, s. 33 i n.; idem, *Studi sul processo formulare romano* 1, Napoli 1956, s. 136 i n.

⁴⁵ *Iudex arbiterve...*, s. 54 i n.; idem, RHD 27, s. 313. U Brogginiego zestawiona dalsza literatura. Główne prace dotyczące mianowania sędziego P. Koschakera, *Translatio iudici* i Muzeaud, *La nomination du iudex unus* nie są mi dostępne.

⁴⁶ S. 89 i n.

⁴⁷ Literatura do tej kwestii u Brogginiego, o. c., s. 319 i n.

⁴⁸ Pozytywnie rozstrzyga tę sprawę Bonifacio, o. c., s. 136.

⁴⁹ Teksty zestawione u Brogginiego, o. c., s. 325 przyp. 44.

Julian⁵⁰ uważa, że jeśli jedna ze stron wiodących spór uczyni po l. c. osobę ustanowioną już sędzią swym dziedzicem (*solum heredem, vel ex re parte*) — *alius iudex necessario sumendus est, quia iniquum est aliquem suae rei iudicem fieri*. Wreszcie nie może się ostać sędzią ten, w stosunku do którego pretor po nominacji wydał dekret *iudicare vetare*⁵¹. We wszystkich tu przykładowo wymienionych wypadkach przychodzi do *mutatio iudicis*. Strony ponownie jawią się przed pretorem i ten na ich wniosek mianuje nowego sędziego. Akt nominacji jest w takich wypadkach zawsze w stosunku do l. c. późniejszym. To, że przy konieczności nowej nominacji zaistniałej z takiego czy innego względu nie dochodzi do nowej *litis contestatio*, jest w naszym przekonaniu dostatecznie silnym dowodem, iż ustanowienie sędziego, choćby czasowo zbiegało się z *iudicium dare*, jest dekretem oddzielnym. Jeśli to, co powiedzieliśmy, jest słuszne, to problem *addicere iudicem* w postępowaniu formułkowym mielibyśmy rozstrzygnięty. Nie inaczej rzecz musiała wyglądać w postępowaniu legisakcyjnym. Już wyżej powiedzieliśmy, że wedle naszej opinii l. c. miała miejsce w postępowaniu niepodzielnym. L. c. byłaby zatem historycznie wcześniejsza niż dekret dotyczący *iudicem dare*. Jak długo postępowanie podzielone nie stało się obligatoryjne, pretor mógł zawisły przed nim spór rozstrzygnąć sam i mógł również do tego delegować wybraną przez siebie osobę⁵². Trudno nam sobie wyobrazić, by w tym ostatnim przypadku l. c. miała być pod względem elementów składowych bogatsza o element *iudicis datio* niż w postępowaniu niepodzielnym. Nasz wywód kuleje jednak. Budujemy bowiem hipotezę na podstawie hipotezy, choć stwierdzenie, że zagadnienie *mutatio iudicis* musiało być w takim samym stopniu żywotne za *legis actiones*, jak i w czasach, formulae nie jest pozbawione słuszności. Skorzystajmy jeszcze dla uprawdopodobnienia naszej hipotezy z wypowiedzi Varro, op. cit. VI, 61. Czytamy tam: *hinc iudex quod ius dedicat accepta potestate*. Fraza *accepta potestate*⁵³ zdradza, że chodzi o czasy stosunkowo wczesne.

⁵⁰ Julian, D. 5, 1, 17.

⁵¹ Por. źródła u Brogginiego, o. c., s. 324 z dalszą literaturą.

⁵² Przed wprowadzeniem obligatoryjnego podziału postępowania procesowego, ustanowiony przez *magistratus* sędzią prywatny był jego mandatariuszem (por. A. Pernice, *Parerga* II, ZSS V, 1884, s. 28 i n.; U von Lübtow, *Gerichtsherr und Richter*, *Studi in onore V. Arangio-Ruiz* 2, s. 362 i n.; F. Wieacker, o. c., s. 89 i n.).

⁵³ Zaproponowana przez nas interpretacja cytowanego tekstu Varro jest dopuszczalna jedynie pod warunkiem, jeśli przez *accipere* będziemy rozumieli „przyjęcie”, a nie „otrzymanie” władzy. ThLL dopuszcza obie interpretacje. W dotychczasowej literaturze fraza *accepta potestate* jest tłumaczona „po otrzymaniu, uzyskaniu władzy” por. A. Pernice, o. c., s. 31 i n.; G. Broggin, *Iudex arbiterve...*, s. 19 i n. passim.

W postępowaniu formułkowym była już lista sędziów (*album iudicum*)⁵⁴ i jeśli pretor któregoś z nich ustanowił dla danego sporu sędzią, zbędna była *acceptio potestatis*, gdyż tę wyraził on w momencie wpisu do *album iudicum*, a nie dopiero wtedy, gdy mu pretor przydzielił do rozpatrzenia sprawę. A więc wypowiedź Varro dotyczy *legisactiones*. *Accepta potestate* dowodzi, że *iudex datus* przez pretora mógł się rozstrzygnięcia sporu nie podjąć. Wtedy dochodziło do *mutatio iudicis*, ale przecież nie do nowej *litis contestatio*. W konkluzji nasz pogląd na dyskutowaną kwestię jest różny od poglądu Jahra. Uważamy mianowicie, iż mianowanie sędziego (*dare iudicem* w procesie legisakcyjnym, *dare addicere iudicem* w procesie formułkowym) było aktem, dekretem od l. c. odrębnym, choćby w ich podjęciu nastąpiła koincydencja czasowa. Pierwotnie nominacja następowała równocześnie lub natychmiast po l. c., od *lex Pinaria* w 30 dni od l. c., a w procesie formułkowym przed, równocześnie lub po l. c. Czy dekret nominacyjny pojmiemy jako *iussus iudicandi* (jak chcą Wlassak, Pugliese, Bonifaccio⁵⁵), czy też jako *iudicare iubere* (obejmujące *iudicium dare*, *iudicem dare*, *addicere*, jak chce Brogginini⁵⁶), jest kwestią dla nas drugorzędną.

Bardzo udany jest rozdział 22 (s. 165—206), otwierający rozważania nad l. c. w procesie formułkowym, a dotyczący *edere i accipere iudicium*. Autor zwraca uwagę na wieloznaczność tych terminów i usiłuje wydobyć ze źródeł możliwie wszystkie ich różnice znaczeniowe. Przez *edere iudicium* rozumiał Wlassak czynność przygotowawczą powoda, wstępną, mianowicie zgłoszenie projektu formulae, programu, wedle którego spór

⁵⁴ W końcu drugiego wieku p.n.e. miały miejsce zacięte walki o dostęp do *album iudicum* pomiędzy patrycjatami i ekwitami. Do czasu *lex Sempronia* w *album iudicum* figurowali jedynie senatorowie. Nałożenie na wszystkich senatorów obowiązku *iudicare* musiało się dokonać równocześnie z wykształceniem się przekonania, że urząd sędziego jest publicznym *munus*. W czasie zbiegło się to z powstaniem procesu formułkowego, w którym strony uzyskały znacznie większy wpływ na to, kto zostanie zamianowany sędzią (por. Jahr, o. c., s. 84 i n.). Przypuszczamy, że stało się to na przełomie III/II w. Pierwotnie sędzią był mianowany spośród *consilium pretora*, a w sprawach dochodzonych przez l. a. *sacramento* spośród *collegium kapłańskie*. Arbitr XII tablic — to rzeczoznawca, który miał za zadanie odpowiedzieć nie tylko na pytanie „czy”, ale także na pytanie „ile”. Na arbitra mógł zapewne pretor zamianować osobę nie wchodzącą do jego *consilium*, ale będącą znawcą rozstrzyganych zagadnień (por. S. Płodzień, *Dowód z opinii biegłych*, Lublin, 1958, s. 43). Przypuszczenie H. Levy-Bruhla (*Recherches...*), że *album iudicum* z 300 senatorami obowiązywał już *à l'époque ancienne* — gdzieś w V, IV w. — nie ma żadnych podstaw źródłowych. Do *album iudicum* por. Berger, *Enc. Dic.*, s. o. i cytowaną tam literaturę starszą; G. Brogginini, o. c., 91 i n.; L. Wenger, *Scritti Solazzi*, s. 59, a nade wszystko Franca la Rosa, Labeo 4, 1958, 1, s. 14 i n.

⁵⁵ Por. literaturę cytowaną wyżej w przyp. 38, 40, 41.

miał być *in iudicio* rozstrzygnięty, (*vorbereitendes edere in iure*) oraz ostateczne (*endgültiges*) *edere*, przedstawiające się jako *ein Prozess-anbot* i stanowiące element l. c.⁵⁷ Jahr pojmując znów — naszym zdaniem słusznie — *edere iudicium* jako najistotniejszą czynność powoda *in iure* trwającą nieprzerwanie od wniesienia pozwu do l. c. (s. 180). Taka interpretacja wydaje się nam słuszna, pomimo że w źródłach niejednokrotnie *edere iudicium* może być użyte na oznaczenie konkretnej czynności powoda. *Accipere iudicium* jest według Jahra bądź przyjęciem przez pozwanego formulae zaproponowanej przez powoda, a autoryzowanej przez pretora, bądź też przyjęciem *iudicium* przez obie strony spór wiodące. *Accipere iudicium* może zatem być odniesione tylko do pozwanego lub do obu stron.

Przejdźmy jednak do *sedes materiae* dysertacji Jahra, mianowicie do pytania, czym jest l. c. Wlassak w swej słynnej pracy *Litiskontestation im Formularprozess* sformułował swe credo w sposób następujący: *Nach unserer Auffassung ist die Litiskontestation nichts „Fingiertes“, nichts Unsichtbares, sondern eine wirkliche Parteienhandlung, kein Formalgeschäft; und die Form des Geschäftes besteht nach honorarischem wie nach jüngerem Civilrecht darin, dass der Kläger vor dem Prätor dem Beklagten das iudicium ediert, während der letzte dasselbe entgegennimmt*⁵⁸. W dalszym ciągu mówi on o *ein Vertrag der Prozessparteien* lub *Formalvertrag*. Jahr, idąc w dużym stopniu za Pugliese⁵⁹ i Bonifacio⁶⁰, neguje bardzo energicznie kontraktowy charakter l. c. Jego sumaryczny sąd o l. c. brzmi: *Iudicium accipere bezeichnet also den sachlichen Gehalt des litem contestari; das litem contestari als Urkundenakt ist die Form, in der die Parteien endgültig und unwiederruflich das iudicium annehmen. Die zum Zustandekommen eines iudicium erforderliche Willensübereinstimmung beider Parteien ist also keine vertragliche Einigung, die der Prätor bestätigt, sondern ein Einverständnis mit einem Prätorischen Dekret; die Parteierklärungen die im litem contestari konkludent erfolgen, sind nicht Vertragsantrag und — annahme, sondern einstimmende prozessuale Erklärungen gegenüber dem Magistrat; die Parteien vereinbaren nicht das Prozessprogramm, sondern stimmen dem vom Prator festgestellten Prozessprogramm zu, sie binden sich nicht vertraglich untereinander, sondern unterwerfen sich gemein-*

⁵⁶ Por. literaturę cytowaną wyżej w przyp. 42.

⁵⁷ Por. Pracę Wlassaka cytowaną u Jahra, s. 166 przyp. 5 i n.

⁵⁸ Por. s. 59.

⁵⁹ *La litis contestatio nel processo formulare*, s. 376 i n.

⁶⁰ Por. *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, Studi in memoria di E. Albertario, 1, 1953, s. 63 i n.; *L'estinzione del giudizio*, AG 142, s. 9 i n.

*sam dem prätorischen Dekret... Die litis contestation ist also kein Vertrag, sondern die Dokumentation des Willens zum Streit*⁶¹. Według naszej opinii pogląd Jahra o niekontraktowej naturze l. c. jest słuszny. Mayer-Maly⁶² zarzuca mu wprowadzenie, że l. c. ocenia zbyt z pozycji współczesnych pojęć o kontrakcie. Nie inaczej jednak rzecz będzie wyglądać, jeśli spróbujemy na nią spojrzeć okiem antycznych. Współczesny prawnik, by stwierdzić, że gdzieś został zawarty kontrakt, musi znać wolę stron, gdyż przy panującej obecnie wolności umów ona a nie forma jest elementem dla powstania kontraktu decydującym. W Rzymie w czasach dawniejszych i klasycznych prawo znało ograniczony krąg czynności formalnych lub treściowo utypizowanych, które uważało za kontrakty. Prawniki rzymscy przy rozstrzyganiu pytania, czy gdzieś powołano do życia kontrakt, lub nie, badali, czy dany stan faktyczny da się subsumować pod jeden z uznanych schematów. Rozstrzygały o tym momenty obiektywne, a nie wola stron⁶³. Z tego punktu widzenia byłoby bardzo trudno zakwalifikować l. c. do jednej ze znanych grup kontraktów. Słusznie zauważył Bonifacio⁶⁴, że gdyby jurysprudencja rzymska kwalifikowała l. c. jako kontrakt, wspominałby Gajus o niej zapewne nie w tym miejscu, gdzie mówi o wygaśnięciu zobowiązania. Na to, że termin *contrahere*, występujący często w postaci *iudicium contrahere*, nic nie mówi o kontraktowej naturze l. c., zwrócono już wielokrotnie uwagę⁶⁵. Mayer-Maly⁶⁶ podniósł jeszcze, że prawu rzymskiemu czasów najdawniejszych, a nawet klasycznych, żadna ogólna teoria kontraktu nie jest znana. Spostrzeżenie bardzo istotne i trafne: teoretyczne rozważania były prawnikom rzymskim zupełnie obce. Ale w praktyce nie mieli większych kłopotów z odpowiedzią na pytanie, czy w danym konkretnym przypadku został jakiś kontrakt powołany do życia czy nie.

Inaczej niż Jahr oceniamy natomiast rolę stron w l. c. Nasz autor dowodzi, że strony wiodące spór wyrażają zgodę na treść *iudicium* poddyktowaną przez pretora (*ein Einverständnis mit einem prätorischen Dekret*⁶⁷). Strony poddają się jego woli. Wydaje nam się, że Jahr roli stron lub ich stanowiska w postępowaniu *in iure* nie docenił. Nie ulega wątpliwości, że stanowisko pretora było znacznie silniejsze od stanowiska stron. Ale przecież prawdą jest i to, że pretor mógł strony do przyjęcia

⁶¹ Por. s. 228 i n.

⁶² Por. ZSS 78, s. 500 i n.

⁶³ Por. J. G. Wolf, *Error im röm. Vertragsrecht*, Köln—Graz 1961, s. 166 i n.

⁶⁴ Por. o. c., s. 74 i n.

⁶⁵ Literatura zestawiona u Jahra, o. c., 148 i n.

⁶⁶ ZSS 78, s. 500 z powołaniem M. Kasera, RPR 1, 201.

⁶⁷ Por. s. 229.

iudicium zmusić tylko w sposób pośredni. Jeśli jedna ze stron — w szczególności pozwany — nie chciała procesu, do l. c. nie dochodziło. Zagadnienie pozycji stron w stosunku do pretora w postępowaniu *in iure* jest zresztą bardzo dyskusyjne. Np. Bonifacio⁶⁸ uważa, że *la contestazione della lite ... e invece atto proprio dei litiganti, al quale il magistrato resta del tutto estraneo*. Pozycja stron w oczach Bonifacio jest w pewnym stopniu analogiczna do tej, jaką one posiadają przy zawieraniu *stipulatio praetoria*⁶⁹, przy której *magistratus* pozostaje zupełnie na uboczu. *Stipulatio praetoria* dochodzi bowiem do skutku nie pomiędzy stronami przy współudziale pretora, lecz tylko pomiędzy stronami za sprawą pretora (*iussu praetoris*). Na ujęciu Bonifacio ciąży pogląd Wlassaka, który w l. c. widzi zawarty przez strony kontrakt formalny autoryzowany przez pretora. Uważam, że pozycja stron *in iure* w stosunku do pretora jest w tym sensie równorzędna, iż one wspólnie z pretorem wypracowują l. c. Pretor jest organem państwowym, przy którego pomocy i ścisłym współudziale strony wypracowują program *formulae*. *Dare iudicium* albo z punktu widzenia stron *accipere iudicium* nie oznacza ani narzucenia stronom przez pretora swej woli, ani też poddania się stron pod dyktando pretora. *Dare, accipere iudicium* to udzielenie — przyjęcie czegoś, co wspólnie zostało wypracowane i ustalone. *Dare iudicium* uzewnętrznione w *iudicium ordinare*⁷⁰ jest formą, urzędowym komunikatem o tym, do czego strony doszły wspólnie z pretorem.

L. c. nie jest kontraktem, bo w kontrakcie strony się do czegoś zobowiązują. Przez l. c. strony wdają się w spór, ustalają jego warunki. Skutkiem l. c. jest umorzenie dotychczasowego zobowiązania (*tollitur litis contestatione obligatio principalis*). W określeniu natury l. c. najbliższy prawdy jest, być może, Pugliese⁷¹, który ją uważa za *atto, negozio giuridico processuale*. Treścią tego aktu procesowego jest ustalenie, sprecyzowanie programu, według którego spór będzie przez sędziego rozpatrzony i rozstrzygnięty.

Parę słów poświęcimy jeszcze sytuacji, jaka wytwarza się w procesie po l. c., a przed *iudicatum*. Jahr⁷² nie dostrzegł tutaj żadnego problemu, prześlizgnął się nad ową „pustką”, jaką wytwarza l. c. przed wyrzecz-

⁶⁸ Bonifacio, AG 142, s. 10.

⁶⁹ Por. A. Mozillo, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli, 1960, s. 19 i n.; G. Pugliese, o. c., s. 378 i n.; C. Gioffredi, *Diritto e processo*, s. 158.

⁷⁰ Do *ordinatio iudicii* por. Th. Mayer-Maly, ZSS 78, s. 500; S. Schlossmann, *Litis Contestatio*, Leipzig 1905, s. 106 i n. Przez *ordinare litem* rozumiemy najogólniej przygotowanie do rozstrzygnięcia przez pretora zawisłego przed nim sporu. Naszym zdaniem obejmuje ono całe postępowanie *in iure*.

⁷¹ Por. *La litis contestatione*, s. 381.

⁷² O. c., szczególnie s. 147 i n.

niem przez sędziego *sententia*. Zacytujemy dobrze znany ustęp z Gajusa 3,180: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc est quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*. Wielu uczonych uważa, że skutek l. c. wygasa *obligatio principalis*, a w jej miejsce powstaje zobowiązanie warunkowe⁷³. Pozwany jest zobowiązany pod warunkiem, że w przyszłości zapadnie wyrok zasądający go. Zdarzeniem przyszłym a niepewnym byłaby więc treść sentencji. Ta urzekająca i od bardzo dawna rozpowszechniona konstrukcja nie wytrzymuje, naszym zdaniem, krytyki w konfrontacji z cytowaną wypowiedzią Gajusa, na której zresztą została oparta. Według *veteres* po l. c. *debitorem condemnari oportere*. Fraza zdania poprzedniego, gdzie mowa, że *incipit autem teneri reus* l. c., jest nie bardzo zręczną interpretacją reguły *veteres*. Jakkolwiek by się reguły *veteres* i komentarza do niej Gajusa nie interpretowało, jednego nie można w nich wyczytać, mianowicie tego, by *reus* był zobowiązany do *dare facere* lub *praestare*. A przecież przedmiotem świadczenia nawet w obligacji warunkowej musi być *dare, facere vel praestare*. *Debitorem condemnari oportere* nie może być przedmiotem świadczenia! Obowiązek *condemnare* spoczywa bowiem nie na pozwanym, ale na ustanowionym w dekrete nominacyjnym *iudex*! Z tego samego powodu nie do przyjęcia jest również rozpowszechnione twierdzenie, że l. c. powodowała *novatio necessaria*⁷⁴ (pomijając to, że samo wyrażenie nie jest klasykom znane⁷⁵). Nowacja powoduje umorzenie jednego zobowiązania i powstanie w to miejsce nowego⁷⁶. L. c. *tollit obligationem*, ale nie powoduje powstania nowego. Pozwany po l. c. a przed *iudicatum* nie jest zobowiązany do świadczenia czegokolwiek⁷⁷. M. Kaser w swym dziele *Römisches Privatrecht* omawia przy nowacji „gewisse prozessuale Vorgänge” (mając na myśli l. c.), które są jej pokrewne. Z całości przedstawienia wynika jednak, iż ten uczony ma poważne wątpliwości, czy w dyskutowanej kwestii można mówić o *novatio necessaria*⁷⁸. Nie

⁷³ A. Pernice, o. c., 4, s. 49 i n.; R. Jhering, *Geist* 1, s. 171 i n.; M. Wlasak, o. c., s. 57; dalsza literatura u Bonifacio, *Appunti*..., s. 75 przyp. 6.

⁷⁴ A. Pernice, o. c., s. 49 i n.; F. L. Keller, o. c., s. 301 i n.; Dalsza literatura u Bonifacio, *La novazione*..., s. 62 przyp. 46.

⁷⁵ Por. M. Kaser, *RPR* 1, s. 545 przyp. 29.

⁷⁶ Por. M. Kaser, *RPR* 1, s. 541 i n.; F. Bonifacio, o. c., s. 29.

⁷⁷ Por. M. Bonifacio, o. c., s. 62 i n.; z dalszą literaturą.

⁷⁸ M. Kaser, *RPR* 1, s. 545.

zadowala również jego komentarz *condemnari oportere* zaaprobowany przez Jahra: *Condemnari oportere bedeutet das Unterworfensein des Beklagten unter die zu erwartende Verurteilung, sofern der Judex die privatrechtlichen und prozessualen Verurteilungsvoraussetzungen gegeben findet*⁷⁹. *Condemnari oportere* nie oznacza ze strony dłużnika żadnego stanu podległości pod mający zapasć wyrok, lecz tylko obowiązek sędziego osądzenia sporu. Wyrzeczona przezeń *sententia* stworzy nowe zobowiązanie, zwane *obligatio iudicati*⁸⁰. *Diese Urteilschuld — pisze Jahr — entsteht aber durch das Urteil; die Verpflichtung dem Urteil zu genügen, ist nicht die Folge eines Vertrages, sondern eine Urteilswirkung*. Przy tym bardzo trafny spostrzeżeniu powołuje się Jahr na Bonifacio⁸¹ i Pugliese⁸². Ale i ci romaniści nie są w takim pojmowaniu mocy *iudicatum* pionierami⁸³. Dorzućmy jeszcze, że *iudicatum* swej mocy nie zawdzięcza żadnemu *Unterworfensein* pozwanego, zakłada tylko, że doszło do l. c. i że po stronie zamianowanego sędziego istniał obowiązek *condemnare*.

Po tym, co powiedzieliśmy o *condemnari oportere*, stwierdzamy, że nie pokrywa się ono pod względem treści z komentarzem Gajusa: *incipit autem teneri reus litis contestatione*. Przez l. c. wiązane są przecież obie strony procesowe, ale przede wszystkim powód, on bowiem konsumuje przysługującą mu *actio*, a ponadto nie ma on prawa żądać niczego od pozwanego. Sytuacja dłużnika-pozwanego po l. c. poprawia się, bowiem nie ma on od tej chwili obowiązku świadczenia czegokolwiek na rzecz wierzyciela-powoda. Obowiązku *defensio* dokonał przystępując do l. c.⁸⁴ Jeśli po l. c. nie dojdzie do *iudicatum*, będzie on wolny, gdyż jego zobowiązanie zostało przez l. c. umorzone. W normalnym biegu wypadków dochodzi jednak do rozstrzygnięcia sporu. Wtedy, jeśli dłużnik zostanie zasądzony, odpowiada *ex causa iudicati*. Jeśli natomiast zostanie uwolniony, następuje ostateczna afirmacja tego, co już przez *litis contestatio* osiągnął. Do rozstrzygnięcia *lis contestata* przychodzi dzięki nałożeniu obowiązku *condemnari* na sędziego. *Condemnari oportere* jest więc klamrą, pomostem, który łączy owe dwa akty kończące poszczególne stadia procesowe.

Jak zatem należy rozumieć komentarz Gajusa do zasady *veteres*? Nasuwają się tutaj duże trudności interpretacyjne. Najprostszy wyjściem byłoby stwierdzenie, że Gajusa nie należy w danym przypadku

⁷⁹ Jahr, o. c., s. 140 z powołaniem Kasera, por. przyp. 75.

⁸⁰ Jahr, o. c., s. 140.

⁸¹ Por. prace Pugliese cyt. u Jahra, s. 140 przyp. 96.

⁸² F. Bonifacio, *Studi Albertario*, 1, s. 88 i n.

⁸³ Por. A. Berger, *Enc. Dict.*, s. v. *iudicatum*, s. 519 i cytowaną tam literaturę.

⁸⁴ Por. M. Kaser, *Restituere als Prozessgegenstand*, München 1932, s. 177 i n.

traktować serio⁸⁵ lub że Gajus „pomylił się i dał nieściśłą informację”⁸⁶. By uchwycić sens wypowiedzi Gajusa musimy pamiętać o tym, na co już P e r n i c e⁸⁷ zwrócił uwagę. Otóż jedna z istotnych cech rzymskiego procesu prywatnego tkwi od najdawniejszych czasów w tym, że jego siłą napędową jest powód. Aż do bizantyjskich czasów nie istniała żadna *cautio de prosequenda lite*, gdyż proces toczył się w interesie powoda. Po powstaniu zobowiązania dłużnik *actione, obligatione tenetur*⁸⁸. To określenie oznacza powstanie po stronie wierzyciela potencjalnej możliwości dochodzenia swego roszczenia na drodze sądowej. Jeśli dłużnik nie chce wykonać zobowiązania, wierzyciel jest bezsilny o tyle, że go do wykonania zmusić w sposób bezpośredni nie może. Musi najpierw przekształcić swe roszczenie w *iudicatum* i dopiero wtedy może wszcząć egzekucję. *Litis contestatione tenetur* — określa proces z pozycji powoda i mówi, że wierzyciel posunął się w przekształcaniu swego roszczenia w *iudicatum* o całe stadium. Teraz wierzyciel będzie zabiegał, by *iudex* swój obowiązek *iudicare* jak najrychlej wykonał⁸⁹. Dłużnikowi, jak wiadomo, na tym nic nie zależy, bo jeśli do *iudicatum* nie przyjdzie, on na tym tylko zyskuje. Tak jak *obligatione actione tenetur* oznacza, że przeciwko dłużnikowi może być wniesiona *actio*, tak *litis contestatione tenetur* oznacza, że może być przeciwko niemu wyrzeczona *condemnatio*. *Litis contestatione tenetur* wskazuje równocześnie na ów wysoki stopień zaawansowania aktualizacji roszczenia powoda powołanego do życia przez *obligatio*, a możliwego do zrealizowania wbrew woli dłużnika dopiero po *iudicatum*⁹⁰.

Jeszcze jedna uwaga nasuwa nam się na temat sytuacji wytworzonej przez l. c., a przed *iudicatum*. Jurysprudencja rzymska tego zagadnienia nie opracowała teoretycznie ani też nie usiłowała opracowywać. Można to, naszym zdaniem, wytłumaczyć historycznym rozwojem rzymskiego procesu. Jak długo proces był niepodzielony, jak długo *magistratus* sam parał się orzekaniem, tak długo proces był jednością. Strony wiodące spór jawiły się przed urzędnikiem i uzyskiwały odeń sentencję. Była ona wyrzekana bezpośrednio po l. c., najczęściej w tym samym dniu, w któ-

⁸⁵ Por. B. Biondi, BIDR 38, 1938, s. 241 w komentarzu do Gai. 2, 157: *nessuno puo prendere sul serio le notissime dichiarazioni di Gaio*.

⁸⁶ Por. M. Staszów, Zeszyty Naukowe, Prawo 8, Wrocław 1961, s. 11 w komentarzu do Gai. 4, 82.

⁸⁷ Parerga, 2, ZSS 5, 1884, s. 51 i n.

⁸⁸ Por. B. Frese, *Der obrigkeitliche und prozessuale Zwang im römischen Recht*, Atti cong. intern., Roma 1935, 2, s. 229 i n.; E. Volterra, *Istituzioni di dir. rom. priv.*, Roma 1961, s. 448 i passim s. v. *Obligatione, actione teneri*.

⁸⁹ Zwłaszcza po *lex Iulia iudiciaria* w związku z krótkimi terminami, w jakich *iudicia* się przedawniały.

⁹⁰ Por. A. Hägerström, o. c. 2, s. 294 (Beil. 21).

rym strony zjawiły się przed magistratus. W takich warunkach wykształciło się pojmowanie procesu jako pewnej niepodzielnej całości, jako czegoś co stanowi *unus actus*. Z biegiem czasu proces uległ podziałowi na dwa stadia i rozciągnął się w czasie. Przekonanie, że stanowi on niepodzielną jedność, pozostało.

Śladu takiego pojmowania rzeczy dopatrujemy się u Gajusa. *Sed si condemnatus sit* (scil. dłużnik) — pisze on — *sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri*. *Iudicatum* wstępuje w miejsce *litis contestatio*. *Obligatio* i *iudicatum* Gajus wyraźnie tutaj zbliża. *Litis contestatio* traktuje jako konieczny etap na drodze do zrealizowania roszczenia; po uzyskaniu przez wierzyciela *iudicatum* albo dokładniej — po wyrzeczeniu przez sędziego w stosunku do dłużnika wyroku zasądzającego l. c. nie liczy się jako jakiś stosunek samodzielny, lecz raczej jako konstrukcja procesowa. *Litis contestatione tollitur obligatio*, tzn. l. c. znosi odpowiedzialność (*responsabilité*, *Haftung*) podmiotu zobowiązanego, ale tym samym nie czyni niebyłą czynności, która odpowiedzialność zrodziła. Tymczasem *iudicatum* niweczy l. c. kompletnie. *Ex post* istnieje w pojęciu Gajusa bezpośrednia transformacja *obligatio* w *iudicatum*.

Pozostałaby do rozważenia jeszcze jedna kwestia. Jak mianowicie należy teoretycznie ocenić sytuację, gdy dłużnik świadczy to, do czego zobowiązywała go *obligatio* zniesiona przez l. c. Pogląd, jakobyśmy w takim wypadku mieli do czynienia z wykonaniem *obligatio naturalis*, nie wydaje nam się możliwy do utrzymania⁹¹. Liczymy się poważnie z tym, że źródła⁹² na podstawie których ta koncepcja powstała, uległy daleko idącym przeróbkom. Z braku dostępu do odpowiedniej literatury (głównie pracy Goldschmida, *Prozess als Grundlage*), nie możemy się do tego wynikliwiej ustosunkować.

Nasze rozważania dobiegły końca. Usiłowaliśmy ustosunkować się do szeregu mniej lub więcej ważkich zagadnień związanych z l. c. Dzieło Jahra — owoc kilkuletnich studiów — jest przebogie w problematykę i zajęcie stanowiska co do wszystkich poruszanych przez niego spraw wymagałoby być może pisania nowej rozprawy. Trudno przewidzieć, ile z sądów Jahra o rzymskim procesie prywatnym zostanie w nauce przyjętych za pewne. Jedno dziś nie ulega wątpliwości, że autorowi uda się narzucić procesualistom dyskusję nie tylko w kwestiach jeszcze wątpliwych, ale i takich, które do dziś uchodzą za pewne. Dyskusja nad proce-

⁹¹ Por. A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino 1955, s. 120 i n.; M. Kaser, o. c., s. 179.

⁹² Por. źródła cytowane u M. Kasera i A. Burdese.

sem nie tylko legisakcyjnym i formułkowym, ale i nad kognicyjnym⁹³ jest w tej chwili potrzebna bardziej niż kiedykolwiek, skoro Kaser podjął opracowanie całości procesu, które odpowiadałoby współczesnym postulatом nauki. Praca Jahra staje godnie w rzędzie doniosłych studiów Pugliese, Bonifacio, Gioffrediego, Brogginiego, Biscardiiego dotyczących zaniedbanej dotąd dziedziny rzymskiego prawa.

⁹³ Konieczność podjęcia badań nad procesem kognicyjnym rozumiał doskonale Steinwenter. On też w ostatnich latach opracował szereg problemów monograficznie. Por. zestawienie jego prac w *Recht und Kultur*, ZSS 76, 1959, s. 306 i n.

