

czały gruntowne przeobrażenie krajowych instytucji autonomicznych, a zwłaszcza ich stosunku do władz centralnych. Odpowiedzialność namiestnika przed sejmem, zniesienie apelacji w sprawach politycznych do Wiednia, samodzielne ustanawianie dodatków do podatków — to były sprawy «wyodrębniające» prawie zupełnie Galicję z zależności od władz centralnych oraz skupiające ogromną sumę władzy w rękach sejmu i jego organów wykonawczych: marszałka i namiestnika».

Jest tu zatem po prostu zawarta ocena projektów endeckich, a nie stanu faktycznego, jak to usiłuje sugerować recenzent.

Tak przedstawiają się sprawy poruszone w recenzji przez prof. Grzybowski, które — jak mi się wydaje — wymagają niezbędnego wyjaśnienia ze strony autora. Kończąc, pragnę wyrazić przekonanie, że bezstronny i uważny czytelnik porównując te uwagi recenzenta z zakwestionowanymi przez niego fragmentami książki o *Sejmowej reformie*, jak i z moimi wyjaśnieniami, dojdzie w poruszanych tu sprawach do właściwych wniosków.

JÓZEF BUSZKO

W SPRAWIE RECENZJI SKRYPTU „PRAWO RZYMSKIE”

Dr. H. Kupiszewski, jeden ze zdolnych papirologów-romanistów młodszej generacji, w swej recenzji pracy zbiorowej pięciu autorów¹ poświęcił aż 9/10 tekstu mojemu wykładowi zobowiązań w prawie rzymskim. Wyróżnienie to zawdzięczać dostrzeżeniu przez recenzenta „szeregu sformułowań”, które wydają się Mu „błędne lub nieściśle”. By nie być gołosłownym² H. Kupiszewski przytacza „kilka przykładów”.

1. Spośród sześciu zilustrowanych przykładami zarzutów jeden, a mianowicie wysunięty na pierwsze miejsce, uważam za słuszny. Użyte przeze mnie określenie poręki (s. 74 zeszytu III skryptu) pokrywa właściwie tylko jeden z jej późniejszych rodzajów, a mianowicie tzw. *fideiussio indemnitas*. Inną sprawą jest, że określenie to wyraża trafnie funkcję poręki jako środka służącego wzmocnieniu realności wierzytelności przez obciążenie poręczyciela odpowiedzialnością za spłatę długu. Podanie bez komentarza takiej „zwięzłej”, lecz w literaturze używanej³ definicji nie leżało jednak w moich intencjach, a wynikało z niedopatrzienia korekty autorskiej przy przygotowywaniu tekstu skryptu do drugiego wydania³. Zresztą w obu wydaniach ograniczyłem się tylko do wzmianki o poręce jako o jednym z sześciu głównych zastosowań stypulacji w obrocie. Poręka jest w prawie rzymskim instytucją „kilkupostaciową” i zbyt złożoną, żeby można ją było scharakteryzować w jednym czy dwóch zdaniach. O zawodności takich prób świadczy określenie poręki podane przez Kupiszewskiego w jego recenzji. Píše on, że w prawie

¹ J. Falenciak, E. Gintowt, W. Warkalio, A. Wiliński, M. Wyszynski, *Prawo rzymskie* (skrypt), z. 1—3, Warszawa 1958. Recenzja H. Kupiszewskiego, CHP, 1960, t. 1, s. 263—266.

² Zob. np. E. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1950, s. 499: „The fideiussor did not (like the sponsor and fideipromissor) promise what the principal debtor had promised... but he declared himself to be liable for the fulfilment of the principal obligation by the principal debtor”; oraz G. Cornil, *Droit romain*, Bruxelles 1921, s. 319 „...ce que le fideiussor promet, c'est en réalité de prendre la responsabilité de la prestation à effectuer par le débiteur principal”.

³ Por. wyd. I: W. Warkalio, *Zobowiązania w prawie rzymskim*, Warszawa 1954, s. 78, z odpowiednim fragmentem tekstu wydania z roku 1958: *Prawo rzymskie* (Skrypt), zesz. III, s. 74.

rymskim „istota poręki polega na tym, że w wypadku gdy dłużnik zobowiązania nie wykonuje, poręczyciel wstępuje w zobowiązanie dłużnika. Ta koncepcja leży również u podstaw naszego kodeksu zobowiązań — art. 625 i in.”. Użyty w tym sformułowaniu zwrot „wstępuje w zobowiązanie” (zresztą nie będący wynalazkiem autora recenzji) jest nieściśły o tyle, że zobowiązanie poręczyciela istnieje od chwili ustanowienia poręki, a tylko obowiązek spełnienia świadczenia powstaje w razie i z chwilą nie spełnienia tego świadczenia przez głównego dłużnika. Stosowanie takich sformułowań, jak podane przez Kupiszewskiego, zdaje się świadczyć o niedocenianiu różnicy między umowami zobowiązującymi zawartymi pod warunkiem (zawieszającym) i umowami, w których tylko obowiązek spełnienia świadczenia jest uzależniony od nastąpienia przyszłego, niepewnego zdarzenia. Również twierdzenie, że u „podstaw naszego kodeksu zobowiązań” leży ta koncepcja, którą przyjęto w prawie rzymskim, polega na zbyt daleko idącym uproszczeniu. W prawie rzymskim (aż do Noweli 4) obowiązywała przy poręce zasada wyboru skargi (*electio* między skargą przeciwko poręczycielowi i dłużnikowi głównemu)⁴, natomiast nasze prawo ujmuje poręczenie jako zobowiązanie nie tylko uboczne (akcesoryjne), lecz także posiłkowe, pomocnicze (subsydiarne)⁵. Jedyne w szczególnych przypadkach tzw. „poręczenia solidarnego” lub „poręczenia za wynagrodzeniem” wierzyciel może wystąpić z powództwem przeciwko poręczycielowi, z chwilą gdy zobowiązanie, za które poręczył, stało się wymagalne (art. 633 § 4 k. z.).

Zbędne wydają się dalsze wywody, zwłaszcza że zagadnienie pośredniej i bezpośredniej posiłkowości poręki już przed blisko 30 laty zostało wnikliwie i to właśnie w naszej literaturze przedstawione⁶.

2. Dr Kupiszewski imputuje mi identyfikowanie terminu *praestare* z świadczeniem odszkodowania i powołując się na dwa fragmenty z Digestów (D. 39, 2, 7 pr. i D. 42, 5, 9 pr.) twierdzi, że pogląd ten jest błędny. Uderzające jest, że autor recenzji, widocznie dla ułatwienia sobie krytyki, pomija milczeniem, że również moim zdaniem (s. 14 Skryptu) treść terminu *praestare*, jako oznaczającego oddzielny rodzaj świadczenia, nasuwa (w kontekście: *ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* wypowiedzi Paulusa — D. 44, 7, 3) pewne wątpliwości. Jeżeli zaś chodzi o fragmenty powołane przez Niego dla wykazania, że *praestare* może w „czasach klasycznych” (?) oznaczać nie tylko wypłatę odszkodowania, lecz „każde świadczenie”, to trudno je uznać za przekonywający dowód słuszności tego twierdzenia. Nasuwa się przypuszczenie, że zdaniem Autora recenzji nie są świadczeniami odszkodowawczymi te, które występują poza reżimem odpowiedzialności

⁴ Zob. w tej sprawie krótkie, ale dosadne wywody J. B. Nowickiego, *Osnovy rimskiego graždanskogo prava*, Moskwa 1960, s. 157. Godne uwagi jest, że *libera electio* służy wierzycielowi właśnie w prawie radzieckim. Wg art. 241 k. c. RSFR; W słuczaje nieispolnienija objazatielstwa dołżnikom kreditor wprawie priedjavit' triebowanije k glawnomu dołżniku i poruczitielju, kak k solidarnym dołżnikom... Natomiast BGB przyjęło w § 771 *beneficium excussionis* czyli *exceptio ordinis*, jak w Now. 4 z 535 r.: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat”.

⁵ Zob. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, § 115, I—II; A. Ohanowicz, *Zobowiązania*, Część szczegółowa, Poznań 1959, s. 238 i nast. OSN z 5 III 54, I C 855/53 — Zb. urz. 2/55/27; PZS 1/56/56 itd. Zob. także Till i Longchamps, *Polskie prawo zobowiązań*. Część szczegółowa, Lwów 1928, s. 264 i uzasadnienie projektu k. z. z roku 1934 do art. 625 i nast.

⁶ M. Chłamtacz, *Zagadnienie posiłkowej poręki w prawie rzymskim i w prawach nowożytnych*, Lwów 1932.

ex contractu i nie mają charakteru świadczeń zastępczych (co jest błędne — zob. w tej sprawie mój Skrypt, np. s. 20). Wskazuje na to fakt przytoczenia wspomnianych dwóch fragmentów, z których pierwszy dotyczy świadczeń z tytułu *cautio damni infecti* (od sąsiada, którego *opus* zagraża posiadłości sąsiedniej wyrządzeniem szkody), a drugi — świadczeń *bonorum possessorum* i tego *ad quem res pertinet*, z racji pobranych owoców lub poczynionych nakładów. Obciążenie obowiązkiem świadczenia każdego z tych podmiotów stanowi zastosowanie pewnej sankcji za naruszenie prawa, jakbyśmy to dziś powiedzieli, i wydaje się, że w świadczeniach tych występują wyraźnie elementy bądź kary prywatnej, bądź odszkodowania. W związku z zagadnieniem treści znaczeniowej omawianego terminu warto przypomnieć przekonywające wywody Jheringa, który wykazał, że tak względy etymologiczne (*prae-stare*), jak logiczne wyłączają, by *praestare* mogło, przynajmniej pierwotnie, oznaczać zasadnicze świadczenie dłużnika — *Leistung*, a nie jego *negativen Wert*, tj. *Schadloshaltung*⁷. Dopiero w drodze późniejszych przemian znaczeniowych mogło zdarzać się, iż używano tego terminu również w reżimie kontraktowym na określenie świadczenia głównego, a nie zastępczego.

3 i 4. Mimo woli nasuwa się przypuszczenie, że Kupiszewski ma jakąś awersję do terminu „właściciel niewolników” (jako „pojęcia więcej socjologicznego niż prawniczego”), skoro na sześć postawionych mi zarzutów aż dwa odnoszą się do rzekomo zbędnego czy niewłaściwego użycia tego określenia. Jeden dotyczy tablicy synoptycznej (na s. 34 skryptu), mogącej z natury rzeczy zawierać tylko skrótowe określenia w poszczególnych rubrykach. Chodzi o zamieszczone w jednej z nich sformułowanie, z którego wynika, że „społeczno-gospodarcza potrzeba ochrony osobistej nietykalności i godności właściciela niewolników”, oczywiście jako członka klasy panującej, leży u podstaw *iniuriae* jako deliktu prawa cywilnego. Recenzent niepotrzebnie wyjaśnia, że nie tylko ci Rzymianie, którzy w danej chwili byli właścicielami niewolników, korzystali z ochrony prawnej w przypadku obrazy, gdyż sprawa ta jest chyba oczywista i była zresztą w skrypcie wyjaśniona (na s. 37). Drugi zarzut tego rodzaju dotyczy użycia (na s. 10) określenia „panująca w Rzymie klasa właścicieli niewolników”, w związku z którym Autor recenzji uważa za potrzebne wyjaśnić, że „instytucja niewoli” nie była włożona „Rzymianom do kołyski” i że dopiero „od wojen punickich... niewola poczęła odgrywać doniosłą rolę”.

Z użytych w tym kontekście sformułowań zdaje się wynikać, że Kupiszewski nie uświadamia sobie, że czymś innym jest „geneza pojęcia zobowiązania”, o którym piszę na s. 10, a czym innym jest powstanie poszczególnych rodzajów stosunków prawnych, takich jak *nexum* czy *sponsio*, które dziś podciągamy pod ogólne pojęcie zobowiązania⁸. W nauce socjalistycznej używa się terminu właściciele niewolników w odniesieniu do Rzymian, podczas gdy w burżuazyjnej romanistyce unikano tego terminu, w związku z tendencjami modernizatorskimi; było to jej potrzebne także do zacierania treści klasowej prawa rzymskiego i do jego idealizowania jako *ars aequi et boni, ratio scripta* itd.⁹.

⁷ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, cz. III, oddz. I, Leipzig 1924. s. XXV—XXVI.

⁸ Por. Biondo Biondi, *Institutioni*, Milano 1956, s. 326: (i romani) essi non conoscono la categoria generale ed astratta dell' obligatio, ma singole figure di obligationes. Za *figura primitiva di obligatio* uważa ten autor *sponsio*.

⁹ W burżuazyjnych podręcznikach prawa rzymskiego, jak stwierdza np. „Więstnik dźwięków historii” (1949, nr 2, s. 164), celowo ograniczano do minimum zmiany o sytuacji niewolników, tak że „czytali nie połączali przedstawienia o tom, czto rymskoje prawo było prawom rabowładczeskogo obszczestwa.

5. Kupiszewski stara się wykazać sprzeczności między moimi wywodami na s. 10 i 72 co do genezy zobowiązań. Tak np. cytując moją wypowiedź zamieszczoną na s. 72: „Być może jednym z jej [stypulacji] pierwszych zastosowań było przyrzeczenie sumy wykupu za popełnienie deliktu”, opuszcza beztrząsowo dwa pierwsze wyrazy, zastępuje przypuszczenie twierdzeniem. Zresztą dopuszczenie przeze mnie w cytowanym zdaniu takiej możliwości nie przeczy twierdzeniu, że pierwsze stosunki typu obligacyjnego ukształtowały się w sferze czynów dozwolonych (czynności prawnych). Na s. 10 piszę właśnie, iż „nie samo popełnienie przestępstwa, a dopiero układ co do wykupu”, oczywiście od zemsty pokrzywdzonego, „stwarzał dla tego ostatniego prawo żądania, a dla sprawcy — obowiązek świadczenia wykupu”¹⁰. Zdaje się że aż nadto wyraźnie (zob. np. s. 9 na dole, s. 10) wypowiedziałem się za teorią, iż pierwotne formy zobowiązań wykształciły się „w czynnościach przez prawo ówczesne dozwolonych, a mających służyć zaspokojeniu” określonych potrzeb klasy panującej. W tym stanie rzeczy udzielone mi przez dra Kupiszewskiego pouczenie: „na coś trzeba się zdecydować”, może świadczyć tylko o jego skłonności do mentorstwa.

6. Szósty i ostatni zarzut dotyczy tego, że „zagadnienie abstrakcyjności stypulacji nie zostało przeze mnie „uchwycone właściwie”. Autor, cytując moją wypowiedź na s. 73 o abstrakcyjnym charakterze stypulacji, pomija milczeniem moje dalsze wywody o stopniowym zanikaniu abstrakcyjności stypulacji (o *exceptio doli*, o *exceptio* i *querela non numeratae pecuniae*). Swemu stwierdzeniu, że stypulacja nie jest „czynnością prawną w takim stopniu abstrakcyjną jak weksel”, nie nadawałby Autor recenzji tak odkrywczych akcentów, gdyby pamiętał, co o tym zagadnieniu już przed 40 laty pisał S. Wróblewski¹¹. Argument, że pogląd o nieważności stypulacji in favorem tertii ma świadczyć o „doniosłości roli causa przy stypulacji”, wydaje się chybiony. Chodziło tu chyba o ogólną zasadę, że rzymskie prawo cywilne nie wykształciło instytucji zastępstwa bezpośredniego¹². Wydaje się, że Autor niedostatecznie rozróżnia dwa pojęcia warunek i przyczynę (*causa*). Stypulacja mogła służyć do różnych celów, m. in. również mogła być zawierana *dotis causa*, a nawet do sprzedaży *res in genere*. Fakt, że strony wymieniły w swym „dialogu” okoliczność czy okazję, dla której zawierały stypulację, nie czyniła z niej jeszcze czynności kauzalnej.

Dziwić może, że autor który poddał tak ostrej krytyce napisaną przeze mnie część pracy zbiorowej, stanowiącą blisko połowę Skryptu (z. 3 obejmuje s. 136 + 2 tablice synoptyczne, podczas gdy dwa pozostałe — łącznie s. 157), w ostatecznej konkluzji daje raczej pozytywną ocenę, pisząc: „O całości skryptu można powiedzieć, że jest próbą udaną”.

WITOLD WARKAŁO

¹⁰ Podobnie Biondo Biondi, o. c., s. 326 przyp. 5: „la primitiva obligatio non potì nascere che da un accordo sia pure occasionato dal delitto”.

¹¹ S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916, s. 348, trafnie przeciwstawia abstrakcyjność absolutną i zależną od woli stron. Przykładem pierwszej jest, jego zdaniem, rzymska mancypancja oraz dzisiejszy weksel; przykładem drugiej stypulacja, która staje się aktem kauzalnym, w razie odpowiedniego sformułowania.

¹² Por. F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1950, s. 488: „Thus the rule alteri stipulari non potest was one result of the general rule against direct agency”. Por. R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1955, s. 82—83, i R. Monier, *Manuel... droit romain*. t. II, Paris 1948, s. 96. Zob. także H. Dölle, *Juristische Entdeckungen*, Tübingen 1958, s. B 4.

