

II. DROBNE PRACE I MATERIAŁY

KAROL GANDOR (Wrocław)

Przyczynek do zagadnienia konwersji nieważnych aktów prawnych u Bartolusa

I

Akt prawny nieważny — jak wiadomo — nie rodzi żadnych skutków prawnych, które prawo przedmiotowe uważa za zamierzone przez działającego. Tym niemniej, w wypadku nieważności aktu prawnego, a więc w wypadku istnienia zewnętrznego stanu faktycznego aktu, prawo może łączyć z owym stanem faktycznym tzw. skutki pośrednie¹, a także — przy istnieniu określonych warunków — skutek natury niejako funkcjonalnej: możliwość przemiany na inny ważny akt prawny. Ponieważ, co słusznie stwierdza się w literaturze², następstwa nieważności nie sięgają dalej aniżeli jej przyczyny, akt prawny, który w postaci zamierzonej przez strony nie może być skuteczny, może zrodzić skutki prawne jako akt innego rodzaju, jeżeli odpowiada wszystkim wymogom, a więc także wymogom formalnym owego innego aktu prawnego, który umożliwia realizację tego samego lub podobnego interesu. Doktryna późniejszego prawa pospolitego mówiła tu o tzw. konwersji aktów prawnych (*conversio actus iuridici*).

Często używane w literaturze prawa pospolitego wyrażenie *conversio actus iuridici* jest terminem niemal technicznym³. Mimo tego termin ten może prowadzić do mylących skojarzeń, a to głównie dlatego, że instytucję konwersji aktów prawnych o odmiennym jeszcze znaczeniu

¹ Por. R. Scognamiglio, *Contributio alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950, s. 349 in fine.

² E. Till, *O nieważności i bezskuteczności aktów prawnych*, „Przegląd Prawa i Administracji”, XLVII (1922), s. 299—300.

³ G. Hufeland, *Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts*, Giesen 1808, I Bd., s. 33, przyp. 3; A. Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, wyd. 4, Jena 1814, I Bd., s. 64; I. Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gem. Civilrechtes*, München 1822, I Bd., s. 159; R. Römer, *Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte*, Archiv. civ. Prax.,

spotykamy tak w dziedzinie prawa cywilnego⁴, jak i na terenie innych gałęzi prawa⁵.

Dalszy wywód poświęcony będzie wyłącznie cywilno-prawnej instytucji konwersji nieważnych aktów prawnych, realizacja której spoczywa w ręku sędziego procesowego.

Stosunkowo bogata literatura przedmiotu nie zarysowała — jak dołąd — ogólnego obrazu rozwoju instytucji konwersji. Pewne wzmianki dotyczące historii konwersji rozsiiane są w szeregu prac, głównie romanistycznych. Losami historycznymi konwersji zajmuje się szerzej chyba tylko gruntowna i do dziś aktualna rozprawa Otto Fischera⁶. Autor przedstawił początki instytucji w prawie rzymskim i — ulegając schematowi rozpowszechnionemu w cywilistyce — od razu „przeskoczył” do literatury niemieckiego prawa pospolitego XVIII i XIX stulecia. Cała epoka żywego i rozwijającego się średniowiecznego prawa rzymskiego została pominięta. Celem tego szkicu jest próba przyczynienia się — choć w części — do wypełnienia owej luki⁷.

36 Bd. (1853), s. 66; J. U n g e r, *System des österr. allg. Privatrechts*, Leipzig 1863, II Bd., s. 158; E. F e i n, *Glücks Pand.*, XLV Bd. (1870), s. 191; J. Z i e l o n a c k i, *Pandekta czyli wykład prawa rzymskiego o ile ono jest podstawą prawodawstw nowszych*, Kraków 1870, wyd. 2, cz. I, s. 93. Inni (np. W r ó b l e w s k i, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916, s. 420; F. Z o l l (sj.), *Rzymskie prawo prywatne (Pandekta)*, wyd. 4, Warszawa—Kraków 1920, t. II, s. 75) używają terminu *conversio negotii*. Większość posługuje się po prostu terminem *conversio*. Nie brakło też autorów, u których terminologia ta spotkała się z krytyką. Wymieńmy tylko B. W i n d s c h e i d a, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, wyd. 7, Frankfurt a/M 1881, I Bd., s. 225, przyp. 15; D e r n b u r g a, *Pandekten*, wyd. 5, Berlin 1896, I Bd., s. 293. Ze szczególnym upodobaniem uprawiano ową krytykę z pozycji metafizyczno-naturalistycznego kierunku w jurysprudencji: akt prawny nieważny jest aktem nieistniejącym, ergo „coś”, co nie istnieje nie może być w „coś” innego przemienione.

⁴ Często mówi się o konwersji jako o umownym podstawieniu osoby trzeciej w prawa zaspokojonego wierzyciela (tzw. „konwersja długu”). Geneza „konwersji długu” sięga czasów Henryka IV i ma swe źródło w jego deklaracji z maja 1609 r. o obniżeniu stopy procentowej (por. F. K u r z e r, *Wstąpienie osoby trzeciej w prawa zaspokojonego wierzyciela wedle kodeksu zobowiązań*, „Przegląd Sądowy”; 1934, nr 7, s. 199 i n. Czasem traktuje się o konwersji jako zagadnieniu z zakresu nowacji itp.

⁵ Szeroko znana i stosowana jest też konwersja jako instytucja kredytowa (por. W. B i n d e r, *O konwersji pożyczek hipotecznych*, „Przegląd Sądowy i Administracyjny” 1882, nr 38—39). Ten rodzaj konwersji, rozwinięty już w średniowiecznych miastach i wykorzystywany tam często w postaci konwersji generalnych i poszczególnych rent (por. S. K u t r z e b a, *Finanse Krakowa w wiekach średnich*, odb. z Rocznika Krakowskiego, t. III, Kraków 1899, s. 102 i n.) rozpowszechniła się szczególnie w czasach kryzysów gospodarczych.

⁶ *Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte*, odb. z *Festschrift für A. Wach*, Leipzig 1913.

⁷ Najnowsza monografia konwersji, mianowicie praca B r a s c h a (*Die Konversion vom Standpunkt der Begriffs- und Interessenjurisprudenz aus*, Diss. Münster 1949), nie zajmuje się tym problemem.

II

Prawo rzymskie nie zna konwersji nieważnych aktów prawnych jako ogólnej instytucji prawa prywatnego⁸; niewątpliwie jest to następstwem — między innymi — tego, iż problematyka bezskuteczności aktów prawnych należy w klasycznym prawie rzymskim do najmniej wykonczonych, „najciemniejszych” części⁹. Brak tu nie tylko jakiegś ogólnej syntezy¹⁰, ale nawet w miarę pewnej i ustalonej terminologii¹¹.

Niemniej w kazuistyce rzymskich źródeł stosunkowo często spotykamy poszczególne wypadki konwersji. Także termin *conversio* wiąże się widocznie z opinią Ulpianowską D. 29, 1, 19, w której czytamy: *in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris convertisse* (pr.) oraz: *testamentum in eam causam conversum sit* (1)¹².

W źródłach możemy wyróżnić — ogólnie biorąc — trzy typy konwersji: 1) konwersję opartą na specjalnych postanowieniach ustawy¹³, 2) utrzymanie nieważnego testamentu jako kodycylu w zasadzie na mocy

⁸ Por. O. Fischer, o. c., s. 23.

⁹ „Kaum ein Gebiet des Privatrechts haben die Klassiker so mangelhaft durchgebildet wie die der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte” (M. Kaser, *Das röm. Privatrecht*, München 1955, I Abschn., s. 214).

¹⁰ Iavol. D. 50, 17, 202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est*.

¹¹ Por. P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, *Römisches Recht*, Berlin 1935, s. 103; L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletions*, München—Leipzig 1935, I Bd., s. 237 n.; M. Kaser, o. c., s. 214. Por. też Hellmann, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen*, Sav. Z., XXIII Bd. (1902), r. A., s. 380 i n. oraz XXIV Bd. (1903), s. 50 i n.

¹² Tak już E. Fein, *Glücks Pand.*, XLV Bd., s. 191, przyp. 57. Za nim O. Fischer, o. c., s. 23. Inaczej H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Berlin 1928, II Bd., s. 431, który wywodzi termin *conversio* od *convalescere* (Gai. 2, 218). Ujęciu temu nie można odmówić racji, o ile *convalescere* będzie się pojmować jako pojęcie nadrzędne w stosunku do *conversio*. Tak M. Kaser, o. c., s. 216, przyp. 12: „Gai. 2, 218 beweist, dass 'convalescere', dass auch die Konversion einschliesst, kein technischer Ausdruck ist”. Zapatrywanie to posiada jednak istotną wadę. Po pierwsze: przy konwalescencji (konwalidacji) czynność prawna bezskuteczna staje się czynnością w pełni ważną, zaś w przypadku konwersji w miejsce nieważnej czynności „wstawia” się inną, pokrewną czynność prawną. Po wtóre: konwalescencja jest w zasadzie wykluczona w przypadku czynności prawnej bezwzględnie nieważnej, konwersja — odwrotnie — dopuszczalna jest tylko w odniesieniu do czynności prawnej nieważnej. Kiedy wykształcił się pełny termin *conversio actus iuridici* trudno ustalić. W każdym razie występuje on już w rozprawie Ch. Harpprechta († 1714), *De eo quod iustum est circa conversionem actuum negotiorumque iuridicorum iam iam peractorum* (zob. O. Fischer, o. c., s. 39).

¹³ Ulp. 24, 11a. Zob. też Gai. 2, 197; *ibid.* 218; Ulp. D. 13, 5, 11, 1; Pap. D. 22, 1, 9 pr.; Ulp. D. 45, 1, 1, 5; C. 8, 53 (54), 34 pr.

tw. klauzuli kodycyilarnej wyraźnie ustanowionej¹⁴, 3) konwersję sensu stricto, tj. taką, która nie opiera się ani na ustawie, ani na oświadczeniu działającego¹⁵.

Kwestie te należą na ogół do ustalonych w nauce; szereg kwestii szczegółowych, w szczególności zagadnienie czy konwersja nieważnych aktów prawnych jest wytworem prawa klasycznego¹⁶, nadal należy do zagadnień spornych wśród romanistów.

W okresie *usus moderni pandectarum*, przede wszystkim zaś w XVII wieku, problematyka konwersji redukuje się głównie do konwersji nieważnego testamentu na kodycył za pomocą klauzuli kodycyilarnej albo *omni meliori modo*. Nie znaczy to jednak, aby zanikły całkowicie dążności do rozwoju teorii konwersji jako instytucji prawnej o ogólnym charakterze. Idea konwersji przeżywa swój renesans w XIX w. We współczesnych ustawodawstwach konwersja, jako ogólna instytucja, z reguły nie jest uregulowana¹⁷. Mimo to tak w doktrynie, jak i — a nawet przede wszystkim — w judykaturze, konwersja jest także i dziś instytucją żywą.

III

Glosatorzy nie pchnęli naprzód rozwoju omawianej instytucji. Uprawiając głównie egzegezę prawa rzymskiego w dawnej jego postaci, skamieniałej w *Corpus Iuris Civilis*, który jest u nich w przeogromnej estymie, glosatorzy — rzecz jasna — nie dedukowali ze źródeł tego, czego w nich nie było. Niczego nowego nie przynoszą glosy¹⁸ do tak podstawowych w naszej materii przekazów, jak np. D. 2, 14, 27, 9¹⁹; D. 29, 1, 19, 1²⁰; D. 46, 4, 8²¹. Glosy idą tu wiernie za kazuistycznym tekstem.

Adaptację prawa rzymskiego do potrzeb praktyki przeprowadziła

¹⁴ Ulp. D. 29, 1, 3; Pap. D. 28, 6, 41, 3.

¹⁵ Ulp. D. 29, 1, 3. D. 46, 4, 19 pr.; D. 46, 4, 23; Paul. D. 2, 14, 27, 9; Iul. D. 18, 5, 5.

¹⁶ Za odpowiedzią w zasadzie przeczącą G. Beseler, *Einzelne Stellen*, Sav. Z. XLVII Bd. (1927), r. A., s. 357. Za odpowiedzią twierdzącą: H. Siber, o. c., s. 431, przyp. 7; P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, o. c., s. 110, przyp. 3; H. Stoll, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im röm. Recht*, Sav. Z., XLIV Bd. (1924), r. A., passim; U. Brasiello, *Obligatio re contracta*, Studi P. Bonfante, Milano 1930, vol. II, s. 558, przyp. 63; S. Riccobono, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, Studi P. Bonfante, Milano 1930, vol. I, s. 154; M. Kaser, o. c., s. 536, uważa kwestię za otwartą.

¹⁷ Instytucje konwersji regulują k. c. niem. (§ 140) i k. c. włoski (art. 1424).

¹⁸ Korzystam z glosowanego *Corpus Iuris Civilis*, Parisiis 1576.

¹⁹ Glosa Accursiusa *Inutilis fuit*, Inf., col. 289.

²⁰ Glosa *Convertisse*, Inf., col. 604 D.

²¹ Glosa *Et nisi in hoc*, Dig. Nov., col. 1207 D.

szkola komentatorów²². Modernizacyjna praktyka komentatorów nie pozostała bez wpływu także na instytucję konwersji. Właśnie początki teorii konwersji nieważnych aktów prawnych znajdujemy w dziełach mistrza szkoły — Bartolusa de Saxoferraro (1314-1354).

Konstrukcja konwersji zastosowana *in concreto* w przekazach źródłowych, zostaje oderwana od przypadków do jakich się odnosiła i rozwinęła się w samoistną zasadę konwersyjną o ogólnej doniosłości²³. Zbiegu takiego użył Bartolus przede wszystkim w swych konsyliach²⁴, gatunku pisarskim najściślej związanym z praktycznym zastosowaniem prawa. I tak: w *consilium* 48²⁵ z przekazu D. 2, 14, 27, 9: *Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur* oraz z D. 46, 4, 8 pr.: *An inutilis acceptilatio utile habet pactum quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum*, Bartolus wyprowadza śmiałą, generalną regułę: *Item, quia est peccatum in materia: ergo, si non valet eo modo quo agitur, valeat eo modo, quo valere potest*.

Po raz pierwszy została sformułowana doniosła idea, stanowiąca dziś jeden z filarów nowoczesnego prawa prywatnego: akt prawny raz zdziałany winien być utrzymany w mocy o ile jest to tylko możliwe. Nie żałując scholastycznej dialektyki, „tendencyjnej” wykładni i „karkołomnej” analogii²⁶, Bartolus przezwycięża ciasne, kazuistyczne ergo niepraktyczne unormowanie kwestii w *Corpus Iuris*, dając rozwiązanie wielce przydatne dla stosunków swego czasu. Bo też praktyczne potrzeby mieszczańskiego życia Italii zgłaszały pilnie zapotrzebowanie na rozstrzygnięcie tego rodzaju²⁷. Zważmy tylko z jednej strony — bujnie rozwijająca się

²² W najnowszej literaturze bogaty opis metody modernizacji prawa rzymskiego i jego adaptacji do potrzeb praktyki, stosowanej przez Bartolusa, znajdujemy u H. Coinga, *Die Anwendung des Corpus Iuris in den Consilien des Bartolus*, Studi P. Koschaker, Milano 1954, vol. I, s. 71 i n.

²³ Taki tok wykształcania się ogólnych zasad prawnych nie jest zdarzeniem odosobnionym w historii rozwoju prawa. Por. K. Przybyłowski, *Klauzula „rebus sic stantibus” w rozwoju historycznym*, Lwów 1926, s. 27—28, 61.

²⁴ Konsylia Bartola przypadają na czas między 1343 a 1354 r. Z reguły są one przeznaczone dla sądu, a nie dla stron. Zob. H. Coing, o. c., s. 75.

²⁵ Bartolus de Saxoferraro, *Consilia, Questiones et Tractatus*, Lugduni 1535, f. 14 v.

²⁶ Por. P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, wyd. 3, Paris 1901, s. 83; S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, s. 200; M. Kaser, *Röm. Rechtsgeschichte*, Göttingen 1950, s. 250 i n.; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, s. 40; G. Wesenberg, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Lahr (Baden) 1954, s. 43 i n.; W. Kunkel, *Das röm. Recht am Vorabend der Rezeption*, Studi p. Koschaker, Milano 1954, vol. I, s. 12 i n.

²⁷ Por. K. Marx, F. Engels, *Die deutsche Ideologie*, Werke, Berlin 1958, III Bd., s. 63 in princ.; F. Engels, *O upadku feudalizmu i początkach rozwoju burżuazji*, Warszawa 1949, s. 11 i n.

gospodarka towarowo-pieniężna, nie znosząca, z natury rzeczy, uciążliwych ograniczeń formalno-prawnych, z drugiej natomiast — mozaika prawna ówczesnej Italii z płataniną prawa longobardzkiego, rozporządzeń cesarzy niemieckich, prawa kanonicznego, a przede wszystkim niezwykle rozwiniętego i różnorodnego prawa statutowego miast. Mając pozorne oparcie w *Corpus Iuris*, reguła konwersyjna żyć będzie odtąd życiem samoistnym; w imię słuszności, juretycznej oszczędności i prostoty wykorzystywana będzie jako środek ograniczania konsekwencji *iuris stricti*.

Z regułą tą²⁸ można się spotkać u Bartolusa — i to często — także w innych jego dziełach²⁹, w innym nieco ujęciu: *si non valet quod ago ut ago, valeat ut valere potest*³⁰. W tej postaci uniwersalna reguła konwersyjna z *consilium* 48 cieszyła się u pisarzy późniejszych takim uznaniem, że przytaczano ją często w skróceniu pierwszymi tylko słowy³¹.

Mamy tu do czynienia z konwersją w ścisłym tego słowa znaczeniu: akt prawny nieważny³² w postaci w jakiej strony mieć go chciały, ma być skuteczny w postaci, w jakiej ważny być może.

²⁸ Przytacza ją dosłownie Jason Mayno († 1519), *Prelectiones in II^{am} Digesti Novi partem*, Lugduni 1545, f., 7 v.

²⁹ Bartolus, *Inf. Commentaria*, s. 482, nr 1 (D. 29, 7, 1); *Dig. Nov. Commentaria*, s. 424, nr 4 (D. 45, 1, 1). Powołuję tu oraz niżej poszczególne tomy dzieła Bartola *Commentaria in ius universum civile*, wydane w Bazylei w 1562 r. Powołując strony wskazuję jednocześnie miejsca w *Corpus Iuris Civilis*, które Bartolus komentuje.

³⁰ Wprawdzie spotykamy niekiedy tę regułę w glosach (por. np. glosę *Impetetur* (D. 2, 15, 7), *Dig. Vet.*, col. 316 A; glosę *Conprehensum fuerit* (D. 28, 6, 14), *Inf.*, col. 534 D.). Wątpliwy jest jednak przede wszystkim charakter owych „głos”. Po pierwsze dlatego, że głosy te nie są sygnowane, nie możemy więc ustalić czasu ich powstania. Po wtóre, że ani Bartolus, ani bartoliści w naszej materii nie powołują się — o ile zdołałem stwierdzić — na glosę, mimo całego szacunku dla niej (znane jest ostre potępienie „ultramontanów”, występujących przeciw glosie, przez Baldusa: *isti asini Ultramontani non habent aliam beatitudinem nisi in reprobando glossam*; por. C. Karsten, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock 1882, s. 136). Najprawdopodobniej mamy tu do czynienia z dopiskami pochodzącymi z czasów po Bartolusie.

³¹ Por. np. Jason Mayno, o. c., f. 6 v, nr 20; U. Zasius, *Opera omnia*, Francofurti a/M 1590, t. III, s. 458, nr 15.

³² Z uwagi na wadliwą treść lub brak formy. Zapatrywanie Bartola: *Acceptilatio peccans in forma non habet vim taciti pacti, secus si peccat in materia. Peccatum in forma est maius, quam in materia* (*Dig. Nov. Commentaria*, s. 670) wypowiedziane zostało jedynie przy omawianiu konwersji nieważnej *acceptilatio* (D. 46, 4, 8). Bartolus ulega tu chyba wielkiej tradycji *Corpus Iuris Civilis*. On, genialny realista, jednak miał we krwi coś z rygoryzmu rzymskiego, wyrażanego w paremii: *forma dat esse rei*.

Od tego typu konwersji³³ różni się wyraźnie konwersja nieważnego testamentu na kodycył, dokonująca się w oparciu o dwie klauzule: kodycylną³⁴ albo *omni meliori modo*³⁵. Zastosowanie obu klauzul w praktyce staje się z biegiem czasu powszechne, a literatura, zwłaszcza XVI i XVII w., zajmuje się nimi z upodobaniem.

Reguła *si non valet* etc. nie służyła tylko do konstrukcyjnego wyjaśnienia pewnego danego już w źródłach rozstrzygnięcia; odtąd zostaje wykorzystywana jako samoistna podstawa prawna dla rozstrzygania przypadków w źródłach nie przewidzianych.

Tak np. w cytowanym już *consilium* 48 Bartolus dokonuje konwersji nieważnego podstawienia pupilarnego (bratanka osoby działającej)³⁶ na ważne podstawienie pospolite³⁷. Komentując D. 2, 14, 27, 9 Bartolus wyraża opinię: *In pactibus liberatoris, si non valet, quo ago ut ago, valet ut valere potest*³⁸, podobnie w przypadku D. 8, 1, 12: *In servitutibus reallibus, si non valet quod ago ut ago, valeat ut valere potest*³⁹; nieważna *acceptilatio* zawsze winna być utrzymana jako nieformalna umowa, chyba że nieważnością dotknięta jest forma⁴⁰. Jason każe utrzymać nieważną służebność drogi, jako prawo przechodu⁴¹ itp.

Zasada konwersji nieważnych czynności prawnych wyrasta jeszcze w XIV w. do znaczenia uniwersalnej, ogólnie uznanej i stosowanej re-

³³ Bartolus zajmuje się także konwersją aktów prawnych jako zagadnieniem z zakresu nowacji. Przy D. 12, 1, 5 rozważa kwestię: *Debitum mihi ex una causa, quando possit converti in debitum ex alia causa solo conventionione* (*Dig. Vet. Commentaria*, s. 522, nr 20 i n.). Przy D. 12, 1, 9, 8 czytamy: *Pecunia debita ex causa depositi potest converti in causam mutui ex sua voluntate deponentis et depositari* (*Dig. Vet.*, col. 1246 B). Por. też *Dig. Vet.*, col. 955 (D. 7, 8, 14, 1). Zob. C. Karsten, o. c., s. 220 i n.

³⁴ Bartolus, *In Institutiones et Authenticas Commentaria eiusdem Tractatus*, s. 68; tenże, *Inf. Commentaria*, s. 483, nr 3 (D. 29, 7, 1); tenże, *Consilia*, cons. 49, f. 15.

³⁵ Bartolus, *Inf. Commentaria*, s. 485, przyp. c. Bartolus rozróżnia wyraźnie między obu klauzulami: *et quid si non est apposita clausula condicillaris in testamento, sed dixit, quod voluit testamentum valere omni meliori iure et modo quo valere potest*, ibidem, s. 483, nr 12.

³⁶ Casus Vivianusa *Cum filiae*, *Inf.*, col. 554 C (D. 28, 6, 41) wyjaśnia, że warunkiem skuteczności podstawienia pupilarnego syna, córki, bratanka lub bratanicy: *necesse est quod eos habet in potestate et alias non valet substitutio*.

³⁷ Por. H. Coing, o. c., s. 82.

³⁸ *Dig. Vet.*, col.: 289 C. Odwrotnie w przypadku D. 13, 5, 1, 2 (ibidem, col. 1393 C).

³⁹ *Dig. Vet.*, col. 974 A.

⁴⁰ Bartolus, *Dig. Nov. Commentaria*, s. 670 (D. 46, 4, 3).

⁴¹ *Cum in servitute viae contineatur servitus itineris, non valet constitutio, ut servitus viae, valet ut servitus itineris* (Jason Mayo, o. c., f. 7, nr 14). Dalej pisze: *si stipulor XX et promittis mihi tantum decem, non valet stipulatio in XX, valet tantum in decem, quia in maiori summa continetur minor* (ibidem).

guły. *Si bene consideras* — czytamy u Jasona z Mayno — *omnia membra Bartoli, ex omnibus membris Bartoli facias unam regulam affirmativam generalem, qua semper procedit, nisi in uno casu, quod semper et in omni materia si non valet, quod ago ut ago, semper valet ut valere potest. Ita concludit Bartolus hic in membris suis*⁴².

Zasada konwersji jest — jak widać — niesłuchanie elastyczna, bo niesprecyzowana. Decyzja czy, kiedy i w jakiej mierze akt nieważny „ważnym być może” zależała w istocie rzeczy od swobodnej oceny konsyliatora⁴³, względnie sędziego. Jason i Decjusz stwarzają w tym względzie odważne i ogólne wytyczne: *Confirmatur ista regula affirmativa*⁴⁴, *quia semper debet fieri interpretatio, ut actus potius valeat*⁴⁵. Mniej stanowczo wypowiada się Decjusz: *In dubio interpretatio sit, ut actus valeat*⁴⁶. Zapatrywanie wypowiediane czasem w nowoczesnej cywilistyce⁴⁷, wedle którego konwersja nieważnego aktu prawnego jest rezultatem wykładni, ma — jak się okazuje — długą przeszłość⁴⁸.

⁴² *Praelectiones in IIam Dig. Nov. partem*, f. 8, nr 23.

⁴³ Konsylia wybitnych prawników — w zasadzie — wiązały sądy. Nie podlegały dyskusji zwłaszcza opinie Bartolusa i Baldusa.

⁴⁴ To jest reguła *si non valet, quod ago ut ago* itp.

⁴⁵ Jason Mayno, o. c., f. 8, nr 23.

⁴⁶ Philipus Decius († 1535), *Consilia elegantissima*, Venetiis 1508, cons. 77, f. 85. Ogólnie o konwersji nieważnych aktów por. cons. 77, f. 86, szp. prawa, pryp. a.

⁴⁷ W polskim piśmiennictwie wyraża je np. F. Bossowski, *Nieważność i bezskuteczność*, Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego, Warszawa, t. II, s. 1085.

⁴⁸ Ujęcie takie, naówczas nowatorskie i płodne, w świetle dzisiejszej nauki jest teoretycznie błędne. Wykładnia czynności prawnej polega na ustaleniu rozstrzygającej dla prawa treści woli rzeczywistej, ściślej — oświadczenia, podczas gdy przy konwersji nieważnej czynności prawnej ustala się wolę przypuszczalną, ściślej — konstruuje się wolę fikcyjną. Naturalnie, wykładnia może czasem usunąć nieprawidłowe określenie (nazwę) czynności (np. „przemiana” odpłatnej umowy użyczenia na umowę najmu). Przypadki takie leżą całkowicie poza sferą konwersji, albowiem *falsa demonstratio non nocet*. Por. też D. 18, 1, 9, 1: *nihil enim facit error in nominis, cum de corpore constat*.