

# Franciszek Longchamps de Bériér

---

## Mandatum incertum w klasycznym prawie rzymskim

---

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 37/1-2, 223-248

---

1994

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

FRANCISZEK LONGCHAMPS DE BÉRIER

## MANDATUM INCERTUM W KLASYCZNYM PRAWIE RZYMSKIM

Treść: Wstęp. I. Pojęcie *mandatum*. II. *Mandatum incertum*. Zakończenie.

### Wstęp

O rzymskim kontrakcie konsensualnym zlecenia (*mandatum*) pisano sporo: ukazały się cenne monografie, dziesiątki artykułów. Postawiono w nich wiele pytań, ale nie na wszystkie zostały udzielone odpowiedzi. Nie zawsze jest to spowodowane brakiem właściwych tekstów źródłowych czy też ich niejednoznacznością. Niestety często powodem niejasności staje się niewłaściwa interpretacja lub nieuwzględnianie całości dostępnego materiału źródłowego.

Przedstawiany artykuł dotyczy jedynie przedmiotu zlecenia, a właściwie skupia się tylko na mandacie, którego warunki zleceniodawca pozostawił niedookreślone, zaś ostateczne sprecyzowanie przedmiotu świadczenia jest w kompetencji zleceniobiorcy. Zajęto się w nim wyłącznie okresem klasycznym prawa rzymskiego, jako że dopuszczalność udzielania *mandatum incertum* właśnie w tym czasie jest najczęściej kwestionowana.

Powodów do podjęcia tego tematu było kilka. Ostatnia praca traktująca o zleceniu o nieokreślonym przedmiocie w prawie rzymskim ukazała się w 1973 roku, zaś pełne opracowanie w 1961. Niepodejmowanie tego problemu w ciągu ostatnich dwudziestu lat wydaje się nieuzasadnione zważywszy, że nie został on jednoznacznie rozstrzygnięty i wyjaśniony, a rozpoczętą pracę zatrzymano, choć nic nie stało na przeszkodzie, aby posunąć się jeszcze jeden „krok naprzód”.

Zadziwiające jest również to, że wypracowującą jednoczną koncepcję, dość zgodną dyskusję przerwano przytoczeniem zarzuconych przed pół wiekiem, nieuzasadnienie skrajnych poglądów, którym nikt się jak dotąd nie przeciwstawił. Sytuacja wymaga wyjaśnienia, ale nie może się to dokonać inaczej, jak tylko przez rzetelną analizę źródeł klasycznych na tle całej instytucji mandatu i przez bezstronne rozważenie wszystkich argumentów autorów współczesnych.

Powstałe w czasach Republiki *mandatum* nie utraciło swej przydatności, chociaż w sposób naturalny pozbawiono go całego kontekstu społecznego wynikającego ze szczególnych więzów pokrewieństwa i przyjaźni. Przez wieki ten kontrakt konsensualny uznawano w ustawodawstwie i w doktrynie oraz stosowano w obrocie. Dotrwał on do naszych czasów właściwie nie

zmieniony, jeśli pominąć dopuszczenie odpłatności, która jednak po dziś dzień nie należy do istoty mandatu.

Wraz z gwałtownym rozwojem gospodarki wolnorynkowej w przeciągu ostatnich kilku lat notuje się zauważalne zwiększenie liczby zawieranych kontraktów zlecenia. Jest to całkiem zrozumiałe, gdy weźmie się pod uwagę wzrost ekonomicznej aktywności społeczeństwa, a *non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magis utilis*<sup>1</sup>. Zlecenie przecież stwarza w tym względzie bardzo szerokie możliwości.

Problem warunków dopuszczalności zawierania *mandatum incertum* należy do bardzo istotnej dla praktyki dyskusji nad zakresem swobody stron kontraktu konsensualnego w określeniu przedmiotu świadczenia. Zanim jednak będzie się tym można zająć, trzeba przyjrzeć się zleceniu o niedookreślonym przedmiocie w kontekście całej rzymskiej instytucji *mandatum*.

### I. Pojęcie mandatum

Początki kontraktu mandatu są trudne do ustalenia. Wydaje się że w połowie trzeciego wieku przed Chrystusem, gdy uchwalano drugi rozdział *lex Aquilia, actio mandati* nie była jeszcze znana. Pierwsza wzmianka o niej, którą można datować, pochodzi z dzieła nieznanego autora *Rhetorica ad Herennium* 2.19: *M. Druzus praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium redidit, Sex. Iulius non redidit*. Marcus Livius Druzus był pretorem miejskim w 115 roku przed Chr., podczas gdy Sextus Iulius Caesar pełnił ten urząd w roku 123 przed Chr.<sup>2</sup>. Wiadomo z całą pewnością, że za czasów Cicerona kontrakt ten był już powszechnie uznawany, ale jego rozwój pozostaje nieznanym ze względu na brak źródeł pochodzących z wcześniejszego okresu Republiki. Wydaje się, że zaskarżalność *mandatum* wprowadzono nie wcześniej niż proces formułkowy, czyli nie przed uchwaleniem *lex Aebutia* (130-120 przed Chr.<sup>3</sup>), chociaż z tego, że Gaius<sup>4</sup> wymienia go jako ostatni z kontraktów konsensualnych nie musi wynikać, iż powstał najpóźniej.

Słowo *mandare* pochodzi od *manum dare* czy *in manus dare*<sup>5</sup>, a jego znaczenie łatwo określić na podstawie jednej z komedii Plauta<sup>6</sup>, w której na pytanie ojca *unde?* córka odpowiada *ab illo, quoi me mandavisti, meo viro*.

<sup>1</sup> M. T. Cicero, *Pro Sex. Roscio Amerino*, 111.

<sup>2</sup> F. Münzer, RE XIII, Stuttgart 1927, szp. 857, s. v. *Livius (Druzus)*.

<sup>3</sup> E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, s. 529.

<sup>4</sup> Gai 3. 135.

<sup>5</sup> G. Lodge, *Lexicon Plautinum*, Lipsae, T. II, 1926-33, s. 23-24; A. Ernout-A. Meillet, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Paris 1939, s. 586; A. Walde-Hoffmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1954, s. 24-25.

<sup>6</sup> T. M. Plautus, *Menaechmi*, 783. O *mandatum* u Plauta pisze A. Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, s. 11-16.

*Mandare* znaczy nie tylko wydać w czyjeś ręce, ale też powierzyć, zalecić, nakazać, przykazać, obciążyć kogoś czymś<sup>7</sup>. Nietechniczne znaczenie słowa *mandatum* było bardzo szerokie i odnosiło się do różnych sytuacji, dlatego kontrakt, gdy powstał, musiał mieć również szeroki zakres. Trudno bowiem uwierzyć, bez silnych argumentów przeciwnych, że wprowadzono kontrakt w bardzo ograniczonym zakresie, gdy potoczne użycie słowa dotyczyło problematyki znacznie szerszej<sup>8</sup>.

Idea obowiązku była zasadniczą częścią rzymskiej koncepcji przyjaźni (*amicitia*). W całej literaturze łacińskiej, a szczególnie w listach Cicerona, można zaobserwować, że tam gdzie jest uznane zobowiązanie, potrzeba prawej ochrony nie musi być tak wyraźnie zaznaczona jak to ma miejsce w innych społeczeństwach. Koncepcja obowiązku jako integralnej części przyjaźni prowadzi do quasi-religijnej sankcji za jakiegokolwiek niedopełnienie czy nadużycia<sup>9</sup>. Współcześni przyjaciele rzadko udzielają sobie takiej pomocy, na jaką mogli liczyć Rzymianie. W republikańskim Rzymie bez zastanowienia zwracano się do przyjaciół prosząc o gościnę, o protekcję, o załatwienie spraw, a nawet o pożyczanie pieniędzy. Wsparcie przyjaciela, tak dalece jak to tylko było możliwe, należało do *officium*<sup>10</sup>. Gdy rodzina Cicerona miała w Wiecznym Mieście poważne kopoty finansowe podczas jego wygnania, Marek Tuliusz pisał zapewniając swoją żonę: *si erunt in officio amici, pecunia non derit*<sup>11</sup>.

Wydaje się, że kontrakt mandatu powstał właśnie ze zwyczaju udzielania sobie pomocy i wsparcia przez krewnych i przyjaciół, a nie z praktyki handlowej. Dlatego słusznie Pietro de Francisci pomija go przy wyliczeniu kontraktów handlowych<sup>12</sup>. Dużo wcześniej niż powstał kontrakt, *mandatum* było dobrze wykształcone jako instytucja społeczna<sup>13</sup>. Wydaje się też, że przyczyną wprowadzenia kontraktu o tej nazwie musiało być proste dążenie do uczynienia wiążącym prawnie zobowiązaniem takiej sytuacji, w której jedna osoba obiecuje bezpłatne wykonanie czegoś dla drugiej.

Vincenzo Arangio-Ruiz<sup>14</sup> twierdzi, że mandat był początkowo instytucją *iuris gentium* podobnie jak inne kontrakty konsensualne, których powstanie i rozwój jest owocem ożywienia gospodarczego w trzecim wieku przed Chrystusem. Początkowo usankcjonował to zobowiązanie *praetor peregrinus*, który *inter cives et peregrinos ius dicebat*, jeszcze przed uchwaleniem *lex Aebutia*. Dopiero później dokonał tego *praetor urbanus*. Przeciwnego zdania

<sup>7</sup> Por. przypis 5.

<sup>8</sup> Por. A. Watson, op. cit., s. 15-16.

<sup>9</sup> A. Watson, op. cit., s. 22; por. V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, s. 47.

<sup>10</sup> F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 555.

<sup>11</sup> M. T. Cicero, *Ad familiares*, 14.1.5.

<sup>12</sup> P. de Francisci, *Storia del diritto II Roma*, 1929, s. 224 nn.

<sup>13</sup> A. Watson, op. cit., s. 17.

<sup>14</sup> V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 44-46.

jest Alan Watson<sup>15</sup>, który uważa, iż nie ma wystarczających dowodów na to, że doszło do recepcji zlecenia z *ius gentium* do *ius civile*. Dużo bardziej prawdopodobne wydaje się to, że pretor miejski wprowadził *actio mandati* po uchwaleniu *lex Aebutia* wzorując się na przykładzie *actiones* z innych kontraktów konsensualnych.

W okresie klasycznym *mandatum* uważano za *contractus iuris civilis*, z którego obu stronom przysługiwało *iudicium mandati*. Formułka nie zachowała się do naszych czasów, ale była *in ius concepta* i zawierała klauzulę *ex fide bona*<sup>16</sup>. Wydaje się natomiast mało prawdopodobne, że pretor miejski użył początkowo *formula in factum concepta*<sup>17</sup>.

*Mandatum* (zlecenie) jest kontraktem konsensualnym, w którym jedna strona (zleceniobiorca) zobowiązuje się do bezpłatnego wykonania określonych czynności powierzonych jej przez drugą stronę (zleceniodawca). Zleceniobiorcę nazywa się w tekstach źródłowych *mandatarius* lub *is qui mandatum suscepit*, zaś zleceniodawcę *mandans* lub *mandator*.

Zlecenie, tak samo jak *emptio venditio*, *locatio conductio i societas*, zawiera się przez zwykłe porozumienie: *obligatio mandati consensu contrahentium consistit*<sup>18</sup>. Nie wystarczy jednostronne żądanie, polecenie czy upoważnienie (*iussum*), ale musi wystąpić wiążące przyrzeczenie przez mandatariusza wykonania zlecenia<sup>19</sup>. Nie jest wymagana natomiast żadna szczególna forma ani słowna, ani pisemna, ani nie trzeba wydawać jakichkolwiek rzeczy; z pewnością zlecenie mogło być dane ustnie lub pisemnie. Dlatego też *mandatum* może być zawarte pomiędzy nieobecnymi, czy to za pośrednictwem listu, czy też przez posłańca. Może być do niego dołączony termin lub warunek<sup>20</sup>.

Podstawowa różnica pomiędzy *mandatum* a *negotiorum gestio* polega na tym, że w przypadku zlecenia zobowiązanie zawiązuje się wskutek porozumienia obu stron (*consensus*), zaś w przypadku *negotiorum gestio* powstaje ono przez prowadzenie czyichś spraw (*gestio*) z własnej inicjatywy jednej ze stron. Mandatariusz jest zobowiązany nawet wtedy, gdy nie podejmuje działań będących przedmiotem mandatu, *negotiorum gestor* natomiast tylko jeśli zacznie prowadzić nie zlecone mu działania<sup>21</sup>.

Głównym zobowiązanym jest mandatariusz, który musi wykonywać zlecenie dokładne i z właściwą stanowczością, zdać sprawę z wykonania, przekazać wszystko co otrzymał – własność lub inne prawa – mandantowi. Zleceniodawca ma natomiast obowiązek zwolnienia zleceniobiorcy z przyję-

<sup>15</sup> A. Watson, op. cit., s. 23.

<sup>16</sup> Por. np. V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 45-46; F. Schulz, op. cit., s. 554.

<sup>17</sup> Por. P. Jörs – W. Kunkel, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1935, s. 32.

<sup>18</sup> D. 17.1.1.pr.

<sup>19</sup> Por. F. Schulz, op. cit., s. 554.

<sup>20</sup> Por. Gai 3. 135-136; D.17.1.1.pr.-3; I.3.26.12.

<sup>21</sup> Por. E. Volterra, op. cit., s. 530.

tych przez niego zobowiązań wobec osób trzecich i zwrócenia mu poniesionych wydatków. Mandatariusz, podobnie jak depozytariusz, odpowiada jedynie na *dolus*: ze względu na bezpłatność kontraktu przyjęcia minimum odpowiedzialności wydaje się właściwe. Natomiast zupełnie niezrozumiałe jest podniesienie stopnia odpowiedzialności przez Justyniana aż do *culpa levis in concreto*, mimo, że mandatariusz nie czerpał z wykonania zlecenia żadnych korzyści.

Jak to zaznaczono powyżej, obu stronom przysługiwało *iudicium mandati*. Przez *actio mandati directa* zleceniodawca domagał się wykonania zlecenia, przez *actio mandati contraria* zleceniobiorca dochodził zwrotu wydatków i zwolnienia z przyjętych zobowiązań wobec osób trzecich. Chociaż niektórzy uważają, że tylko zasądzony<sup>22</sup> z *actio directa* był naznaczony niesławą<sup>22</sup>, wydaje się, że zasądzenie z *actio mandati* zawsze powodowało infamie<sup>23</sup>. Przyczyny tak surowej sankcji wyraziście przedstawia Ciceron:

Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo, propterea quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in eis operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem.

...turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. ...in minimis rebus qui mandatam neglexerit, turpissimo iudicio condemnetur necesse est...<sup>24</sup>

Instytucja kontraktu mandatu wywodzi się, jak zaznaczono powyżej, ze zwyczaju osób bliskich i przyjaciół, którzy zwracają się do siebie wzajemnie o pomoc. Dlatego jest bardzo prawdopodobne, że bezpłatność, podobnie jak odpowiedzialność tylko za *dolus*, była uznana za zasadę od samego początku. Są jednak autorzy, którzy uważają, że Javolenus jako pierwszy uznał bezpłatność za regułę, a po nim powtórzyli ją Gaius i Paulus<sup>25</sup>.

Już w pierwszym fragmencie siedemnastej księgi Digestów zaczerpniętym z dzieła Paulusa można przeczytać:

D.17.1.1.4. *Paulus libro 32 ad edictum*: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

Jeszcze dobitniej mówi o tym Gaius<sup>26</sup> czyniąc nieodpłatność podstawą rozróżnienia zlecenia i najmu. Ta sama czynność wykonana za wy-

<sup>22</sup> Por. C. Ferrini, *Manuale di pandette*, Milano 1953, s. 541.

<sup>23</sup> Gai 4.182.

<sup>24</sup> M. T. Cicero, *Pro Sex. Roscio Amerino*, 111-113.

<sup>25</sup> F. Dumont, *La gratuité du mandat en droit romain*, w: Studi Arangio-Ruiz II, Napoli 1953, s. 307-322. Omówienie i polemika A. Watson, op. cit., s. 104-109.

<sup>26</sup> Gai 3. 162; por. też D.17.1.36.1.

grodzieniem jest uważana za *locatio conductio*, podczas gdy wykonywana bezpłatnie stanowi *mandatum*. Istnieje jednak szereg tekstów<sup>27</sup>, które nie są tak jednoznaczne i wskazują na pewne formy wynagrodzenia przy kontrakcie zlecenia. Zdaniem Arangio-Ruiza<sup>28</sup> mandat był w zasadzie bezpłatny co można w pełni zaakceptować w przypadku usług, które nie pochłaniały zbyt wiele czasu i nie wymagały posiadania szczególnych umiejętności. Problemy pojawiają się jednak na przykład w przypadku prokuratora. Wydaje się jednak, że mandatariusz mógł dochodzić zapłaty dopiero, gdy z czasem nastąpiła fuzja *mandatum i procuratio*, i to tylko wtedy, gdy uważano go za prokuratora. Nie znaczy to jednak, że prokurator zawsze mógł wystąpić z *actio negotiorum gestorum*: prokuratora (a zwykle był nim wyzwolenc) wynagradzano wyżywieniem, ubraniem, mieszkaniem, zwracano mu poniesione nakłady i wydatki<sup>29</sup>. Poza tym wiele rodzajów usług nie mogło być przedmiotem *locatio conductio*. W kontraktach zawieranych z prawnikiem, mówcą, lekarzem czy nauczycielem, najem nie wydawał się właściwą instytucją prawną, jako że w opinii arystokracji rzymskiej takie usługi powinny być świadczone bezpłatnie. Ciceron nie zatrudniłby się jako adwokat, ale nie odmówiłby rekompensaty pieniężnej w mniej wulgarniej formie<sup>30</sup>. Dlatego wydaje się, że zapłata może być dokonana *ex gratia* zleceniodawcy i dopiero *ex post*, co nie zmienia jednakże bezpłatnego charakteru kontraktu mandatu. Nawet gdyby umówiono się o jakąś sumę pieniężną – w sposób wyraźny lub dorozumiany – zleceniobiorca nie mógłby wystąpić z *actio mandat*<sup>31</sup>. Podsumowując należy stwierdzić, że w prawie rzymskim *mandatum* było ze swej natury nieodpłatne i w całym procesie historycznego rozwoju przez wieki zlecenie nigdy nie stało się umową wzajemną, gdyż ewentualnie dopuszczana odpłatność nie należy do jego istoty<sup>32</sup>.

Ponieważ *mandatum* jest bezpłatnym kontraktem konsensualnym konieczne wydaje się odróżnienie prawnie wiążącego zlecenia od zwyczajnej rady udzielonej przyjacielowi (*consilium*). W zasadzie podstawowym kryterium zawiązania kontraktu mandatu jest intencja mandatariusza bycia zobowiązanym do wykonania powierzonych mu działań. Gdyby takiej intencji nie było (nie dałoby się jej wykazać) udzielone zostało jedynie *consilium*, co powoduje brak odpowiedzialności za wszelkie skutki jego wykonania po stronie mandanta. Prawnicy republikańscy poszukiwali jednak innego kryterium, które łatwiej dawałoby się zweryfikować. Przyjęto formułę

<sup>27</sup> D.17.1.6.pr.; D.17.1.7; D.17.1.26.8; C.4.35.1.

<sup>28</sup> V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 114-118.

<sup>29</sup> A. Watson, op. cit., s. 109.

<sup>30</sup> F. Schulz, op. cit., s. 556; por. też M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, s. 604-605.

<sup>31</sup> A. Watson, op. cit., s. 111.

<sup>32</sup> Por. np. R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 566.

*mandatum tua tantum gratia* (zlecenie wyłącznie w interesie mandatariusza), które uznano za zwykłą radę udzieloną przyjacielowi lub krewnemu, a nie za wiążące prawnie zobowiązanie<sup>33</sup>. Stąd warunkiem ważności czy też prawnej skuteczności zlecenia staje się w praktyce wykazanie *interesse* mandanta lub osoby trzeciej.

Konieczność wystąpienia korzyści po stronie zleceniodawcy podkreśla Ulpian:

D.17.1.8.6. *Ulpianus libro 31 ad edictum*: Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest.

Gaius stwierdza, że zlecenie zachodzi tylko wtedy, gdy udzielono go w interesie mandanta (*mandatum nostra gratia*) lub w interesie osoby trzeciej (*mandatum aliena gratia*)<sup>34</sup>. Myśl tę rozwija dalej we fragmencie *Res cottidianae*<sup>35</sup> wyciszając i opatrując przykładami rodzaje zlecenia, z których przysługuje skarga: (1) *mandatum mea tantum gratia*, (2) *mandatum aliena tantum gratia*, (3) *mandatum mea et aliena gratia*, (4) *mandatum tua et mea gratia*, (5) *mandatum tua et aliena gratia*<sup>36</sup>. Następnie jurysta ten zaznacza, że *quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur*<sup>37</sup>.

Ze względu na *interesse* zleceniodawcy lub osoby trzeciej *mandatum tua tantum gratia* uważa się powszechnie tylko za radę, a nie za prawnie skuteczne zobowiązanie<sup>38</sup>. Jest to rzeczywiście dużo lepiej zdefiniowane i łatwiejsze w weryfikacji kryterium niż badanie czy mandatariusz miał intencję zobowiązania się, czy też nie.

Problem *interesse* ma szczególne znaczenie dla kwalifikowanej postaci mandatu jaką jest zlecenie kredytowe (*mandatum pecuniae credendae*)<sup>39</sup>, w którym zleca się mandatariuszowi, aby pożyczył konkretnej osobie pieniądze na procent. Przypadek ten wywołał żywą dyskusję wśród jurystów klasycznych. Nie ma żadnych wątpliwości, że polecenie komuś zainwestowania jego wolnej gotówki w kupno gruntu lub w udzieleniu pożyczki na procent jest radą, a więc *mandatum tua tantum gratia: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur*<sup>40</sup>. Zdaniem Serviusa Sulpiciusa, którego zdanie powołu-

<sup>33</sup> F. Schulz, op. cit., s. 556

<sup>34</sup> Gai 3.155; por. też C. Ferrini, op. cit., s. 541; E. Volterra, op. cit., s. 531.

<sup>35</sup> D.17.1.2.pr., por. I.3.26.pr.

<sup>36</sup> Por. współcześnie L. Domański, *Instytucje Kodeksu Zobowiązań*, Warszawa 1939, s. 466.

<sup>37</sup> D.17.1.2.pr.; por. I.3.26.pr. oraz Gai 3.156.

<sup>38</sup> Por. współcześnie R. Longchamps de Bérier, op. cit., s. 567.

<sup>39</sup> Gai 3.156; por. opracowania monograficzne: G. Bortolucci, *Il mandato di credito*, BIDR 27 (1914), s. 129 nn; tenże, *Il mandato di credito*, BIDR 28 (1915), s. 191 nn; tenże, *Il mandato di credito*, Roma 1923; A. Guarino, *Mandatum credendi*, Napoli 1982.

<sup>40</sup> D.17.1.2.6.



je Gaius, taki charakter ma zlecenie kredytowe. Wydaje się jednak, że słusznie przeciwnego zdania był Sabinus uznający *mandatum qualificatum* za prawnie skuteczne, ponieważ mandatariusz nie udzieliłby pożyczki konkretnej wskazanej przez mandanta osobie, gdyby nie otrzymał po temu zlecenia. Pozostaje kwestią akademickiej dyskusji czy *mandatum pecuniae credendae* można zakwalifikować jako *mandatum tua et eliena gratia*, czy też jako *mandatum tua gratia*, które nie jest jednak równoznaczne z *mandatum tua tantum gratia*<sup>41</sup>.

Zlecenie wygasa<sup>42</sup>, gdy zostaje spełnione, na skutek prawnej lub materialnej niemożności wykonania, przez upływanie terminu ustalonego przez strony, a także wskutek nieziszczenia się warunku zawieszającego lub przez spełnienie się warunku rozwiązującego. Kontrakt mandatu może być rozwiązany nie tylko zgodną wolą stron, ale również oświadczeniem woli jednej z nich<sup>43</sup>. Zleceńodawca zawsze może odwołać *mandatum*, lecz jeśli coś wykonano, jest zobowiązany do zwrotu poczynionych wydatków i zwolnienia mandatariusza z przyjętych wobec osób trzecich zobowiązań. Zleceńbiorca może wypowiedzieć kontrakt, ale gdy pewne działania rozpoczął, wolno mu to uczynić jedynie, jeśli mandant lub osoba trzecia będzie mogła dalej prowadzić sprawę, a wypowiedzenie nie narazi mandanta na straty. Mandatariusz może jednak uwolnić się od wszelkiej odpowiedzialności, jeśli wskaże słuszną przyczynę swojej rezygnacji: chorobę, nieprzyjaźń pomiędzy nim a mandantem etc<sup>44</sup>. *Mandatum* ma charakter ściśle osobisty, dlatego wygasa również na skutek śmierci lub *capitis deminutio* jednej ze stron. Słusznie jednak przyjęto, że jeśli mandatariusz nieświadomy śmierci mandanta wykonał zlecenie, nadal przysługuje mu *actio mandati*<sup>45</sup>. Również ze względu na osobisty charakter *mandatum* uważa się, że zlecenie uczynienia czegoś po śmierci mandanta (*mandatum post mortem*) jest prawnie nieskuteczne. Zobowiązanie bowiem nie może brać początku od osoby spadkobiercy<sup>46</sup>.

Rozważenia wymaga jeszcze przedmiot mandatu. Należy wskazać świadczenia, które nie mogą być jego przedmiotem. W ósmnej księdze *digestorum*<sup>47</sup> Celsus formułuje generalną zasadę dotyczącą wszystkich zobowiązań: *impossibulum nulla obligatio est*. Jedynym tekstem, który daje przykład mandatu nieważnego czy też prawnie nieskutecznego ze względu na niemożliwość świadczenia jest tekst Ulpiana:

<sup>41</sup> Rozróżnienie to wprowadza np. F. Schulz, op. cit., s. 557.

<sup>42</sup> Por. C. Ferrini, op. cit., s. 542; E. Volterra, op. cit., s. 532.

<sup>43</sup> Gai 3.159.

<sup>44</sup> D.17.1.22.11.

<sup>45</sup> Gai 3.160; por. też V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 139-142; A. Watson, op. cit., s. 125-133.

<sup>46</sup> Gai 3.158; por. też V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 142-158; A. Watson, op. cit., s. 133-153; E. Volterra, op. cit., s. 532.

<sup>47</sup> D.50.17.185.

D.17.1.12.14. *Ulpianus libro 31 ad edictum*: Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait.

Wyraźnie podkreślono, że nie można zlecić wykonania czegoś, co już zostało zrobione. Jak zauważa Arangio-Ruiz<sup>48</sup>, gra słów *creditam... creditori credendam* ukazuje w całej pełni absurdalność zlecenia dokonania aktu, który już został dopełniony.

Podobnie ma się rzecz ze zleceniem dokonania czegoś bezprawnego lub niemoralnego (*contra bonos mores*). Stąd z mandatu dokonania kradzieży lub naruszenia nietykalności osobistej nie przysługiwało powództwo<sup>49</sup> Piszę o tym również Ulpian:

D.17.1.6.3. *Ulpianus libro 31 ad edictum*: Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur<sup>50</sup>

Skoro zlecenie dokonania rzeczy niemożliwej, bezprawnej lub niemoralnej nie powoduje powstania zobowiązania, pojawia się pytanie czy także mandat o nieodookreślonym przedmiocie jest nieważny czy też prawnie nieskuteczny.

## II. Mandatum incertum

Powszechnie uważa się, że aby rzymski kontrakt mandatu był ważny, musi mieć określony przedmiot. Nie wszyscy są jednak zgodni co do pełnego zakresu jego określoności. Szczególnym źródłem wątpliwości są dwa krótkie teksty kodyfikacji justyniańskiej: fragment Neratiusa z piątej księgi *membranarum* D.17.1.35 oraz fragment Paulusa z 74 księgi *ad edictum* D.17.1.46. Użyte w drugim z nich słowo *incertum* jako charakterystyka przedmiotu dało początek terminowi *mandatum incertum*, który przeciwstawiany jest *mandatum certum* – zleceniu o ściśle określonym przedmiocie. Na kanwie tego rozróżnienia rozwinęła się dyskusja, na ile przedmiot mandatu musi być określony przez dającego zlecenie (*mandans, mandator*), a na ile może być określony przez przyjmującego zlecenie (*mandatarius*).

Za *mandatum incertum* uważa się takie zlecenie, którego warunki mandant pozostawia niedookreślone, zaś sprecyzowanie przedmiotu świadczenia pozostawia się *arbitrium boni viri* mandatariusza. W zasadzie jedynym ograniczeniem i wyznacznikiem *mandatum incertum* jest *interesse* mandanta.

Natomiast mandat o niesprecyzowanym przedmiocie jest zawsze uważany za nieważny czy też prawnie nieskuteczny, gdyż nie rodzi się z niego powództwo. Stąd mandant jest zobowiązany do zadeklarowania swej woli w taki sposób, aby *finis mandati* nie mogły być uznane za zbyt ogólne.

<sup>48</sup> V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 130.

<sup>49</sup> Gai 3.157.

<sup>50</sup> Por. też D.17.1.22.6; I.3.26.7; D.17.1.12.11 z szerokim omówieniem przez V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 107-108 oraz przez A. Watsona, op. cit., s. 88-92.

Mandatariusz natomiast zobowiązany jest do ścisłego przestrzegania *finis mandati*:

D.17.1.5.1-2 *Paulus libro 32 ad edictum*: Diligenter igitur finis mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur. Itaque si mandavero tibi, ut mihi domum Seianam centum emeris tuque Titianam emeris longe maioris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implesse mandatum.

Z przytoczonych przez jurystę przykładów wynika, że owe *finis mandati* tworzy zadeklarowana wola mandanta.

W dyskusji nad tym, czy *mandatum incertum* było instytucją znaną w czasach klasycznych prawa rzymskiego, najbardziej radykalną pozycję zajmuje Guido Donatuti<sup>51</sup>. Uważa on, że jakkolwiek stopień nieokreślenia przedmiotu powoduje, iż mandat staje się prawnie nieskuteczny. Jego zdaniem powstała poza obrębem klasycznej dogmatyki figurę *mandatum incertum* wprowadzili dopiero Bizantyńcy, a w *Corpus Iuris* znalazła się z inicjatywy kompilatorów, którzy uczynili z niej obowiązujące prawo epoki justyniańskiej. Ostatnio podobny pogląd reprezentuje Nevio Scapini<sup>52</sup>, który opowiada się przeciw klasyczności *mandatum incertum*. Autor ten wskazuje jednak na jego początki jakie stanowi *mandatum plurium causarum* dopuszczalne, jego zdaniem, już za czasów Paulusa.

Tym opiniom stanowczo przeciwstawia się Giannetto Longo<sup>53</sup> wykazując, że zlecenie o niedookreślonym przedmiocie było znane jurystom klasycznym i zyskiwało sobie coraz większe uznanie, pełną akceptacją cieszyło się prawdopodobnie dopiero w czasach Justyniana. Autor ten, inaczej niż Donatuti i Scapini, uważa, że proces historycznego rozwoju *mandatum incertum* przypada głównie na czasy klasyczne.

Również Pasquale Voci<sup>54</sup> broni klasyczności *mandatum incertum* jako tego, który pozostawia większą swobodę zleceniobiorcy, a jednocześnie odrzuca całkowitą nieokreśloność przedmiotu. Mandatariusz ma obowiązek postępowania jako *vir bonus*, co jest konsekwencją udzielonych mu kompetencji w zakresie wykonania zlecenia.

Alan Watson<sup>55</sup> w swej monografii o mandacie dowodzi, że uznawanie w czasach klasycznych za nie ważne zlecenia o niedookreślonym przedmiocie nie znajduje potwierdzenia w źródłach. Natomiast wszelkie dalej idące konkluzje są niebezpieczne i nie mogą prowadzić do uznania niedookreślo-

<sup>51</sup> G. Donatuti, *Mandato incerto*, BIDR 3 (1923), s. 168-203.

<sup>52</sup> N. Scapini, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, w: Studi in memoria di Guido Donatuti III, Roma 1973, s. 1195-1225.

<sup>53</sup> G. Longo, *Sul mandato incerto*, w: Scritti in onore di Contardo Ferrini II, Milano 1947, s. 138-149.

<sup>54</sup> P. Voci, *Le obbligazioni romane*, Milano 1969, s. 208-213.

<sup>55</sup> A. Watson, op. cit., s. 92-99.

nego mandatu za prawnie skuteczny. Chociaż z pewnością były początkowo zasady przeciwdziałające nieokreślanu przedmiotu, w późniejszym prawie klasycznym musiały zostać istotnie zliberalizowane.

Najbardziej umiarkowany pogląd reprezentuje Vincenzo Arangio-Ruiz<sup>56</sup> w monografii *Il mandato in diritto romano* uważając, iż określenie przedmiotu zlecenia ma podstawowe znaczenie dla ważności mandatu. To wymaganie powinno być jednak tak rozumiane, jak przy określaniu przedmiotu jakiegokolwiek innego kontraktu, bo w przypadku zlecenia nie da się wykazać istnienia jakichś szczególnych ograniczeń czy nakazów. Wydaje się przeto, że problem klasycznego pochodzenia *mandatum incertum* jest częścią dyskusji nad przedmiotem każdego kontraktu: czy można uznać za ważne czy też prawnie skuteczne takie zobowiązanie, którego wykonanie (a nie sposób wykonania) pozostawia się określeniu tylko jednej ze stron<sup>57</sup>.

W tym miejscu należy postawić dwa zasadnicze dla niniejszej pracy pytania. Po pierwsze, czy mandat o nieokreślonym przedmiocie, który miał być następnie sprecyzowany przez zleceniobiorcę, był prawnie skuteczny już w okresie klasycznym prawa rzymskiego. Jest to więc problem istnienia *mandatum incertum* przed dokonaniem kodyfikacji justyniańskiej. Jeżeli odpowiedź na to pytanie okaże się pozytywna, to powstaje drugi problem: czy juryści klasyczni mieli do czynienia z dwoma zupełnie innymi rodzajami zlecenia: *mandatum certum* i *mandatum incertum*, jak sugeruje to Donatuti<sup>58</sup>, czy też był to jeden mandat o różnym stopniu sprecyzowania przedmiotu w zależności od zadeklarowanej woli mandanta. Trzeba ponadto zastrzec, że instytucja *mandatum incertum* w okresie bizantyjskim pozostaje poza obszarem tych rozważań.

Odpowiedzi mogą udzielić jedynie teksty klasyczne. Wydaje się jednak, że przed analizą kluczowych i najbardziej kontrowersyjnych fragmentów D.17.1.35 i D.17.1.46 należy zwrócić uwagę na kilka innych, które mogą już na wstępie wiele wyjaśnić.

D.17.1.3.1. *Paulus libro 32 ad edictum*: Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emereres, nec de pretio quicquam statui tuque emisti, utrumque actio nascitur.

W cytowanym fragmencie zleceniodawca daje mandat zakupu, ale nie postanawia co do ceny, zaś mandatariusz precyzuje warunki zlecenia nabywając daną rzecz za konkretną cenę. Jurysta uważa, że obu stronom przysługuje *actio mandati*, a więc uznaje zlecenie za prawnie skuteczne w sytuacji, gdy zleceniobiorcy pozostawiono dookreślenie warunków mandatu.

<sup>56</sup> V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 109-114; por. też G. Longo, *Mandato (diritto romano)*, w: *Novissimo Digesto Italiano X* Torino 1957, s. 106.

<sup>57</sup> Por. np. E. Albertario, *Le obbligazioni. Parte generale*, Milano 1936, s. 239 nn; G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisito della prestazione*, Torino 1966, s. 106 nn; P. Voci, op. cit., s. 190 nn; F. Gallo, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, w: *Studi G. Grosso III*, 1970, s. 477.

<sup>58</sup> G. Donatuti, op. cit., s. 189.

Uważa się powszechnie, że tego tekstu nie interpolowano<sup>59</sup> i dlatego jest on bardzo silnym argumentem przeciwko skrajnym tezom Donatutiego, który opierając się głównie na D.17.1.5. pr-1 odmawia powództwa mandatariuszowi, gdy ten przekracza ustaloną w zleceniu cenę (*egressio mandati*). W tekście tym, inaczej niż w D.17.1.3.1, cena jest ściśle określona – jest to zupełnie inny problem niż możliwość precyzowania przez zleceniobiorcę przedmiotu, gdy zleceniodawca pozostawił go niedookreślonym.

Oba teksty pochodzą z tego samego dzieła Paulusa 32 księgi *ad edictum* i w *Corpus Iuris* rozdzielone są przez kompilatorów krótkim tekstem Gaiusa z księgi drugiej *Rerum cotidianarum* uzupełniającym i komentującym D.17.1.3. Słuszną wydaje się opinia Otto Lenela<sup>60</sup> i Watsona<sup>61</sup>, że tekst D.17.1.5 to dalszy ciąg D.17.1.3, a rozpoczynające go słowa *diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt* wskazują, że musiał w dziele Paulusa następować bezpośrednio po D.17.1.3. Używając *argumentum a rubrica* można więc powiedzieć, że D.17.1.3.1 wyraża regułę ogólniejszą, podczas gdy D.17.1.5 dotyczy sytuacji szczególnej.

W obu przypadkach obowiązuje to samo zastrzeżenie – sytuacja mandata po wykonaniu zlecenia nie może być dla niego mniej korzystna. Mówi o tym Paulus w D.17.1.3.pr.<sup>62</sup> W D.17.1.5.1 zakłada się, podobnie jak w G. 3, 161<sup>63</sup>, że przekroczenie wyraźnie określonych granic mandatu jest pogorszeniem sytuacji mandanta: *si quis excessit aliud facere videtur*. Jeżeli bowiem zleceniodawca określa dokładnie co jest w jego interesie, trudno obronić tezę, że przekroczenie granic przez niego wyznaczonych nie jest dla niego niekorzystne. W tym kontekście bezzasadnym wydaje się twierdzenie Donatutiego<sup>64</sup>, który uważa, iż D.17.1.3.pr jest interpolowane dlatego, że jest sprzeczne z zasadą wyrażoną w D.17.1.5.1. Przecież obowiązek starannego zachowania *fines mandati* przez mandatariusza nie tylko nie przeciwstawia się zasadzie, iż sytuacja mandata nie może się wskutek wykonania mandatu pogorszyć, ale się w niej zawiera.

<sup>59</sup> G. L o n g o, *Sul mandato incerto*, s. 142 wskazuje na jego autentyczność przez klasyczny zwrot *utriusque actio nascitur*.

<sup>60</sup> O. L e n e l, *Palingenesia Iuris Civilis*, Lipsiae 1889, s. 1028, s. 1028 (paulus 485).

<sup>61</sup> A. W a t s o n, op. cit., s. 26-28.

<sup>62</sup> D.17.1.3.pr. *Paulus libro 32 ad edictum*: Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandatis fieri possit, interdum melior, deterior vero numquam.

<sup>63</sup> Gai 3.161: Cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest implisse eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis centum emeris, tu sestertiis centum quinquaginta emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiam si tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem. Idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, is utique mandare intellegitur, ut minoris, si posset, emeretur.

<sup>64</sup> G. D o n a t u t i, op. cit., s. 190.

D.17.1.22.7. *Paulus libro 32 ad edictum*: Si tibi centum dedero, et ea Titio dares, tuque non dederis, sed consumpseris, et mandati et furti teneri te Proculus ait: aut, si ita dederim ut quae velles dares, mandati tantummodo.

W tekście dane są dwa stany faktyczne. Pierwszy z nich nie nasuwa wątpliwości: zleceniodawca przekazuje sumę pieniężną, która ma być w całości wypłacona osobie trzeciej (Titiusowi); zleceniobiorca zużywa pieniądze na własne cele nie wykonując w ten sposób mandatu i dlatego odpowiada nie tylko ze zlecenia (*actio mandati*), ale też za kradzież (*actio furti*). Zupełnie co innego się dzieje, jeśli mandat nie określa stanowczo wielkości kwoty pieniężnej jaka ma być wypłacona, ale uzależnia ją od uznania, oszacowania potrzeb przez mandatariusza (*quae velles*). Oczywiście, gdyby zleceniobiorca nie dał niczego Titiusowi, odpowiadałby za niewykonanie (przysługiwałaby przeciw niemu *actio mandati*). Jeżeli dał sumę uzasadnioną okolicznościami wypełnił mandat.

Autentyczność tekstu D.17.1.22.7, podobnie jak D.17.1.3.1, nie była kwestionowana<sup>65</sup>. Przedmiotem zlecenia w drugim stanie faktycznym przedstawianym przez Paulusa jest wypłacenie osobie trzeciej pewnej sumy, choć nie konieczne całości pozostawionej przez zleceniodawcę. Mandatariusz ma kompetencje do określenia nie tyle czy dać (byłby to mandat nieokreślony, a więc prawie nie skuteczny), ale ile dać. Wydaje się, że jest to czysta postać *mandatum incertum*.

Na pozostawianie mandatariuszowi uprawnień do określania warunków zlecenia zwraca uwagę również inny tekst:

D.17.1.59.6. *Paulus libro quarto responsorum*: Paulus respondit non videri mandati conditioni paritum, cum in mandato adiectum sit, ut idonea cautio debitore exigeretur, si neque fideiussor neque pignora accepta sint.

Zleceniobiorca otrzymuje mandat, aby przyjął właściwe zabezpieczenie (*idonea cautio*) od dłużnika zleceniodawcy. Wynika z tego, że wybór ostatecznej formy zabezpieczenia należy do kompetencji mandatariusza. On to biorąc pod uwagę *interesse* mandata zdecyduje jaka *cautio* jest stosowna (*idonea*).

Mandatariusz może nie przyjąć proponowanych przez dłużnika zastawów czy fideiussora – wydaje się, że będzie do tego nawet zobowiązany, jeśliby powziął podejrzenie, iż nie zabezpieczą wiarygodności. Paulus nie przyznaje przeciwko takiemu zleceniobiorcy *actio mandati*, bo nie uważa, że tenże odmawiając przyjęcia zaferowanych *cautiones*, nie wykonał zlecenia. Poza tym, jeśli mandatariusz nie przyjął zleceniodawca nie może żądać przekazania zabezpieczenia.

<sup>65</sup> Nie zwrócili na niego uwagi w kontekście *mandatum incertum* ani G. D o n a t u t i, ani G. L o n g o, ani V. A r a n g i o - R u i z, lecz jedynie A. W a t s o n, op. cit., s. 93-94.

Przedmiotem mandatu jest w omawianym przypadku przyjęcie nie jakiegokolwiek, lecz rzeczywistego, korzystnego zabezpieczenia.

Na podstawie takich sformułowań jak *adiectum sit* lub *accepta sint* można postawić tezę, że chodzi o zlecenie udzielone pod warunkiem zawieszającym: o ile zabezpieczenie będzie przyjęte. Na jakiegokolwiek jednak rozwiązanie by się nie zdecydować, pozostaje bezspornym fakt, że określenie *idonea cautio* jest w gestii zleceniobiorcy. Wynika z tego, że *mandatum* nie musi być *certum* we wszystkich swych elementach. Wydaje się, że kompetencje mandatariusza są tu nawet szersze niż w stanie faktycznym z D.17.1.22.7: decyduje on nie tylko jakie zabezpieczenie przyjąć, ale czy w ogóle je przyjmować.

Analiza przedstawionych dotąd tekstów: D.17.1.3.1, D.17.1.22.7 oraz D.17.1.59.6, które są powszechnie uznawane za autentyczne, wykazuje, iż klasycznej myśli prawniczej nie było obce pojęcie zlecenia, którego pewne warunki pozostawia się określeniu przez mandatariusza.

Należy obecnie zająć się dwoma tekstami, które w dyskusji nad klasycznym pochodzeniem *mandatum incertum* rodzą najwięcej kontrowersji.

D.17.1.46. *Paulus 74 ad edictum*: Si quis pro eo sponderit, qui ita promisit: 'si Stichum non dederis, centum milia dabis?' et Stichum redemerit vilius et solverit, ne centum milium stipulatio committatur, constat posse eum mandati agere. igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.

W stanie faktycznym podanym przez Paulusa mandant zleca mandatariuszowi, aby ten przez *sponsio* poręczył za jego zobowiązanie zaciągnięte przez stypulację. Odbyło się to prawdopodobnie następująco: stypulator zapytał mandata *si Stichum non dederis centum milia dabis?*, ten zaś odrzekł *dabo*; stypulator – wierzyciel mandanta zwrócił się wtedy do mandatariusza z pytaniem *idem dari spondes?*, a zleceniobiorca odpowiedział *spondeo*<sup>66</sup>. Przyjmujący zlecenie od promissora ma zatem zapłacić określoną sumę (która spełnia tu funkcję gwarancyjną lub represyjną) w przypadku, gdyby zleceniodawca nie zaspokoił swego wierzyciela przez wydanie niewolnika. Niewolnik jest rzeczą oznaczoną indywidualnie, inaczej nie miałyby sensu alternatywa zawarta w pytaniu stypulacji. Wierzyciel mógł w każdej chwili zwrócić się o pokrycie należności do poręczyciela, któremu nie przysługiwała obrona zarzutem, że najpierw należy zwrócić się o zaspokojenie do głównego dłużnika, czyli do mandanta. Mandatariusz odpowiadał solidarnie z mandantem, dopiero bowiem w kilka lat po za-

<sup>66</sup> Por. G.3,116; G. A r a n g i o - R u i z, op. cit., s. 110.

mknięciu redakcji Digestów cesarz Justynian wprowadził *beneficium excusationis (ordinis)* Nowelą 4, 1<sup>67</sup>. Od tego momentu odpowiedzialność poręczyciela nabrała charakteru posiłkowego.

Okazało się, że można było nabyć indywidualnie oznaczonego niewolnika taniej niż za sto (co nie może dziwić, gdyż wspomniana suma była z uwagi na swój represyjny czy gwarancyjny charakter prawdopodobnie wyższa od jego wartości). Po to, aby nie być narażonym na zapłatę pełnej kwoty na jaką opiewała stypulacja, mandatariusz kupuje niewolnika i świadcząc go wierzycielowi mandanta umarza zobowiązanie. Jurysta przyznaje w tej sytuacji zleceniobiorcy *actio mandati contraria* tak samo, jak przysługiwałaby ona, gdyby wskutek niezaspokojenia wierzyciela przez zleceniodawcę, mandatariusz musiał pokryć dług wypłacając umówione sto. Decyzja podjęta przez Paulusa powoduje, że w praktyce zleceniobiorca ma zawsze wybór: świadczyć sto albo świadczyć konkretnego niewolnika, w którego otrzymaniu w rzeczywistości zainteresowany jest wierzyciel.

Możliwa jest również nieco odmienna interpretacja: mandatariusz nie poręcza wyłącznie wypłacenia sumy gwarancyjnej, lecz całą wiarygodność wyrażoną w alternatywie pytania stypulatora. Taka opinia wydaje się tylko z pozoru mało prawdopodobna, bowiem głównym długiem jest indywidualnie oznaczony niewolnik, którego – zdawać by się mogło – może świadczyć tylko *promissor*. W rzeczywistości jednak Stichus znalazł się w obrocie – przecież *promissor* mógł zobowiązać się do świadczenia rzeczy, która nie była jeszcze jego własnością lub której musiał się z jakichś przyczyn wyzbycić.

*Fines mandati* zawierają w sobie alternatywne świadczenie i dlatego, jakkolwiek by nie interpretować pierwszego zdania tekstu Paulusa z 74 księgi *ad edictum* D.17.1.46, bez wątpienia w kompetencji mandatariusza pozostaje wybór świadczenia, a więc określenie przedmiotu zlecenia.

W drugiej części tekstu wyraźnie rozróżnia się dwa rodzaje mandatu: *certum* oraz *incertum vel causerum* (czyli zlecenie o niesprecyzowanym lub złożonym przedmiocie). W pierwszym przypadku zleceniobiorca jest zobowiązany do dokładnego wypełnienia warunków zlecenia, bo są one ściśle określone w kontrakcie. W przypadku *mandatum incertum vel plurium causerum* uważa się, że zlecenie wypełniono także wtedy, gdy mandatariusz, choć świadczył coś innego niż wynikałoby to z 'liter' kontraktu, działał jednak na rachunek i w niekwestionowanym interesie mandanta. Umieszczony w pierwszym zdaniu D.17.1.46 przykład dobrze ilustruje tę myśl. W zasadzie zleceniobiorca powinien świadczyć sumę gwarancyjną, ale do Noweli 4 musiał liczyć się również z tym, że wierzyciel zwróci się od razu do niego bez dochodzenia świadczenia od mandanta, który był głównym dłużnikiem. Nie było to wyrażone w słowach stypulacji, ale strony z pewnością

---

<sup>67</sup> Por. N. Scapini, op. cit., s. 1204-1209.



cią brały pod uwagę taką ewentualność zawierając konsensualny kontrakt mandatu<sup>68</sup>.

Pierwsza część tekstu nigdy nie była kwestionowana i powszechnie uważa się ją za autentyczną wypowiedź Paulusa. Scapini<sup>69</sup> przekonywująco dowodzi, że nie była ona dotknięta ręką kompilatorów. Dużo więcej wątpliwości nastrocza część druga zaczynająca się od słowa *igitur*<sup>70</sup>, w której nie brakuje formalnych cech interpolacji. Beseler<sup>71</sup> i Donatuti<sup>72</sup>, a za nimi Watson<sup>73</sup>, zwracają uwagę na słowa i zwroty typowe dla zmian dokonywanych przez kompilatorów justyniańskich: *igitur commodissime, forma, recedi* czy też cały fragment od *licet* aż do *expedierit*<sup>74</sup>. Uznający pewną ingerencję kompilatorów Longo<sup>75</sup> uważa, że nie była ona tak znaczna, jak sugerują to Beseler i Donatuti, ale jego wywód wydaje się mało przekonywujący. Ponadto za nieautentycznością drugiego zdania tekstu D.17.1.46 z 74 księgi Paulusa *ad edictum* przemawia to, że reguła wprowadzona słowami *igitur commodissime* nie jest logiczną konsekwencją poprzedzającej ją decyzji jurysty<sup>76</sup>.

Cały fragment D.17.1.46 od *igitur* aż do końca nosi formalne cechy interpolacji. Przynajmniej z dwóch powodów możnaby twierdzić, że był on napisany lub przepisany ręką poklasycznego kompilatora, ale oparto go na oryginalnej myśli Paulusa. Po pierwsze, idea mandatu o niedookreślonym czy złożonym przedmiocie nie była obca myśli klasycznych jurystów, jak dowiedziono tego analizując teksty: D.17.1.3.1, D.17.1.22.7 i D.17.1.59.6<sup>77</sup>. Po wtóre, jak słusznie zauważa Arangio-Ruiz<sup>78</sup>, jurysprudenca rzymska wielokrotnie przyjmowała użycie przymiotników *certum* i *incertum* dla określenia przedmiotu kontraktu. Słowo *incertum* nie oznaczało wtedy takiego nieokreślenia przedmiotu, które powodowałoby prawną nieskuteczność zobowiązania. Oba przymiotniki wyrażały jedynie różne stopnie określoności przy założeniu, że kontrakt jest ważny, a więc jego przedmiot nie jest sprecyzowany. Najlepszym przykładem są *stipulatio certi* i *incerti*.

<sup>68</sup> W tym sensie istnieje ścisły związek pomiędzy decyzją Paulusa ze zdania pierwszego D.17.1.46 a wyjaśnieniem zawartym w zdaniu zaczynającym się od słów *igitur commodissime*. Por. G. Longo, op. cit., ult., s. 141.

<sup>69</sup> N. Scapini, op. cit., s. 1204-1209.

<sup>70</sup> Por. *Index Interpolationum*, Weimar, 1911, *ad hoc loco*.

<sup>71</sup> G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, I, 1910, s. 84; III, 1913, s. 106 i 144.

<sup>72</sup> G. Donatuti, op. cit., s. 182-183 oraz tenże, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, Ann. Perugia, 38 (1927), s. 68.

<sup>73</sup> A. Watson, op. cit., s. 94.

<sup>74</sup> G. Donatuti, *Mandato incerto*, BIDR 3 (1923), s. 183.

<sup>75</sup> G. Longo, op. cit., ult., s. 141.

<sup>76</sup> G. Donatuti, op. cit., ult., s. 183. Przeciwnego zdania jest G. Longo, op. cit., ult., s. 110.

<sup>77</sup> Por. s. 233-235.

<sup>78</sup> V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 112-113.

Pierwsza z nich, ta o określonym przedmiocie, zachodzi wtedy, gdy ma być wydana rzecz oznaczona indywidualnie lub pewna ilość rzeczy oznaczonych gatunkowo o określonej jakości. Jeżeli natomiast przedmiot jest wskazywany alternatywnie lub rodzajowo, lub też polega na *facere*, mówi się o *stipulatio incerti*<sup>79</sup>. Podobnie ma się sprawa z *condemnationes certae* i *incertae pecuniae*<sup>80</sup>, czy też z legatami *per damnationem* i *siniendi modo*<sup>81</sup>, jak również z *actio certa* i *actio incerta*<sup>82</sup>.

Ze względu na wykazane w tekście poklasyfikacyjne interwencje możliwe są tylko dwa rozwiązania. Albo całość jest dziełem kompilatorów, którzy chcieli w ten sposób usankcjonować powstałe poza dogmatyką klasyczną *mandatum incertum*<sup>83</sup>, albo dokonali jedynie skrótu oryginalnego tekstu zachowując niezmienną myśl rzymskiego jurysty. Z przyczyn już przedstawionych drugie rozwiązanie jest znacznie bardziej prawdopodobne.

Wydaje się, że myśl wyrażona w drugim zdaniu tekstu D.17.1.46 jest klasyczna, natomiast wypowiedź Paulusa z księgi 74 *ad edictum* została skrócona i przeredagowana, a pewne jej części usunięto. Nawet jeśli by przyjąć za Beselerem, Donatutim i Watsonem, że fragment ten jest wyłącznie dziełem kompilatorów justyniańskich, to pierwsze nieatakowane przez nikogo pod względem swej autentyczności zdanie jest świadectwem akceptowania przez Paulusa mandatu o złożonym przedmiocie, w którym wybór świadczenia zależy od zleceniobiorcy.

D.17.1.35. *Neratius libro 5 membranarum*: Si fundum, qui ex parte tuus est, mandavi tibi ut emereres mihi, verum est mandatum posse ita consistere, ut mihi ceteris partibus redemptis etiam tuam partem praestare debeas. sed si quidem certo pretio emendas eas mandaverim, quantumque aliorum partes redemeris, sic et tua pars coartabitur, ut non abundet mandati quantitate, in quam tibi emendum totum mandavi: sin autem nullo certo pretio constituto emere tibi mandaverim tuque ex diversis pretiis partes ceterorum redemeris, et tuam partem viri boni arbitrato aestimato pretio dari oportet.

Mandant zleca, aby jeden ze współwłaścicieli zakupił dla niego grunt będący współwłasnością. Mandatariusz wypełnia zobowiązanie nie tylko przez odkupienie części należących do pozostałych współwłaścicieli, ale

<sup>79</sup> Por. V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 112-113.

<sup>80</sup> Gai 4.49: *Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula proponitur, vel inertae.*

<sup>81</sup> V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1927, s. 326-327.

<sup>82</sup> Gai 4.131 a.

<sup>83</sup> Takiego zdania jest G. Donatuti, op. cit., ult., s. 181-182, i N. Scapini, op. cit., s. 1209, który uważa, że dopuszczalny był wybór dokonany przez mandatariusza tylko w przypadku poręczenia przez *sponsio* jak w przykładzie ze zdania pierwszego D.17.1.46. Kompilatorzy uzasadnili go figurą *mandatum incertum* dokonując tą drogą rozszerzenia tejże instytucji.

także przez świadczenie zleceniodawcy swojej części. Neratius rozważa dwie różne sytuacje: gdy cena zakupu całego gruntu jest oznaczona przez mandata oraz gdy zleceniodawca nie postanowił co do ceny. W drugim przypadku po nabyciu pozostałych części udział mandatariusza będzie wyceniony zgodnie z *arbitrium boni viri*. Zleceniobiorca przenosząc na mandanta własność gruntu będzie żądał zapłacenia kwoty wydatków poniesionych na zakup pozostałych udziałów powiększonej o oszacowaną zgodnie z uczciwym obrotem cenę własnej części.

W sytuacji, gdy zleceniodawca ustalił cenę (maksymalną), za jaką życzy sobie, aby kupiono dla niego grunt, suma, którą otrzyma mandatariusz za swój udział, nie może przekroczyć różnicy pomiędzy ustaloną ceną a zapłatą za części pozostałych współwłaścicieli. Mandatariusz nie może żądać więcej, gdyż przekroczyłby *finis mandati* i nie przysługiwałaby mu *actio*<sup>84</sup>.

Wydaje się jednak, że nawet w tych granicach kwota, którą zleceniobiorca otrzyma za swoją część powinna podlegać oszacowaniu według *arbitrium boni viri*. Jeśli mandatariusz nabędzie jeden z udziałów taniej, a wartość jego części będzie w ten sposób niższa od różnicy pomiędzy ustaloną ceną a zapłatą za udziały pozostałych współwłaścicieli, to zgodnie z *fides Romana*, na której przecież opiera się mandat bardziej niż jakikolwiek inny kontrakt, zażąda on od mandanta wypłacenia odpowiednio niższej kwoty tytułem rekompensaty za poniesione wydatki. Jeżeliby jednak cena za jego udział nie mieściła się w różnicy, zostanie ona zmniejszona do wysokości tejże różnicy ze względu na *finis mandati*, jakim jest interes zleceniodawcy, aby otrzymać grunt wydając na ten cel nie więcej niż owo *certum pretium*.

Fragment Neratiusa D.17.1.35 nosi znamiona interpolacji<sup>85</sup>, choć różna jest ocena ingerencji kompilatorów. Zdaniem Albertario<sup>86</sup> i Donatutiego<sup>87</sup> cały tekst od *sed si quidem* aż do końca jest dziełem justyniańskim. Najsilniej atakuje go ostatni z wymienionych autorów, który wskazuje na słowa typowe dla jurystów poklasycznych lub używane w poklasycznym znaczeniu, nieuzasadnione zmiany podmiotu czy trybu. Bardziej przekonujący jest wywód Longo<sup>88</sup>, który uznając interwencje kompilatorów za niewątpliwie<sup>89</sup>, dowodzi, że zastrzeżenia do całego tekstu od *sin autem* do końca, są drugorzędne i nie wystarczają do wykazania, iż go interpolowano<sup>90</sup>.

Cały tekst Neratiusa wydaje się być jednolity, a obie sytuacje rozważane w drugim zdaniu są logicznie powiązane ze zdaniem pierwszym i między

<sup>84</sup> Por. D.17.1.3.2-17.1.5 oraz G.3, 161.

<sup>85</sup> Por. *Index Interpolationum ad hoc loco*.

<sup>86</sup> E. Albertario, *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia 1911, s. 42.

<sup>87</sup> G. Donatuti, op. cit., ult., s. 189.

<sup>88</sup> G. Longo, op. cit., ult., s. 142-143.

<sup>89</sup> Por. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, s. v. *abundo*, T. I, s. 74 oraz s. v. *arbitrium*, T. I, s. 488, gdzie sugeruje się, iż Tribonian dokonał zmian.

<sup>90</sup> Por. A. Watson, op. cit., s. 96.

sobą. Główne zastrzeżenia co do oryginalności tekstu dotyczą fragmentu od *sed si quidem* do *totum mandavi*, który traktuje o zleceniu nabycia gruntu za ściśle oznaczoną sumę pieniężną. Klasycyzm tej myśli nie budzi żadnych wątpliwości, powstają one dopiero na tle formy zapisu. Fragment od *sin autem* aż do *oportet* nie jest sprzeczny z klasycznym mandatem, w którym nie oznaczono ceny (*nullo certo pretio = incerto pretio*), tak jak w D.17.1.3.1 – tekście o niekwestionowanej autentyczności. Wynika z tego, że tekst Neratiusa był skrócony lub przerobiony nieznacznie w swej środkowej części, zachował jednak nie tylko myśl, ale i formę pochodzącą od autora klasycznego. Dlatego cały fragment od *sin autem* aż do końca D.17.1.35, który dotyczy przecież *mandatum incertum*, należy uznać za autentyczny.

Dla Donatutiego podstawą krytyki klasycyzmu tego tekstu staje się inne rozumowanie. Jego zdaniem fundamentem typowo justyniańskiego *mandatum incertum* jest odwołanie się do *arbitrium boni viri*, które weryfikuje czy wykonanie zlecenia o niedookreślonym przedmiocie jest w interesie mandanta. Tę myśl zawarto właśnie w D. 17.1.35 i dlatego fragment ten musiał wyjść, jego zdaniem, spod ręki poklasycznego autora.

Opinii Donatutiego nie można uznać za trafną, gdyż zgodność wyboru dokonanego przez mandatariusza z warunkami zlecenia, którym go obciążono, była szacowana (*arbitrium boni viri*) także w epoce klasycznej<sup>91</sup>. Longo uważa<sup>92</sup>, że nie ma powodu by twierdzić, że *arbitrium boni viri* jest przypisane jedynie do justyniańskiej koncepcji *mandatum incertum*, bowiem Bazyliki nie wnoszą do teorii mandatu żadnych nowych elementów.

Neratius w piątej księdze *membranarum* daje świadectwo klasycznemu pochodzeniu mandatu, w którym zleceniodawca nie postanawia co do jednego z warunków jakim jest cena, lecz pozostawia go dookreśleniu przez mandatariusza. Obu stronom przysługuje wówczas *iudicium mandati* zgodnie z omawianą już zasadą sformułowaną przez Paulusa w 32 księdze *ad edictum* (D.17.1.3.1). Neratius wyjaśnia ponadto, że zgodność działania zleceniobiorcy z warunkami mandatu w zakresie nieokreślonym wyraźnymi warunkami szacuje się na podstawie *arbitrium boni viri*.

Przed wyciągnięciem ostatecznych wniosków należy zająć się jeszcze tekstem, który zdaje się być jedynym źródłem, jakie mogłoby przeczyć tezie o dopuszczalności *mandatum incertum* w epoce klasycznej prawa rzymskiego.

<sup>91</sup> Por. dla *mandatum*: G. Longo, op. cit., ult., s. 143; V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, s. 114; dla kontraktów konsensualnych: F. Schulz, *Rec. Studi dedicati alla memoria di P. P. Zanzucchi dalla facoltà di giurisprudenza*, Milano 1927, ZSS 48 (1928), s. 695 nn; G. Grosso, *II fr. 77 D.17.2e i formulari di locazioni del de agri cultura di Catone*, SDHI 3 (1937), s. 440 nn; E. Albertario, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, w: *Studi di diritto romano III*, Milano 1936, s. 1936, s. 285 nn; tenże, *Corso di diritto romano: le obbligazioni*, I, Milano 1936, s. 261 nn.

<sup>92</sup> G. Longo, op. cit., ult., s. 144.

D.17.1.48.1-2. *Celsus libro 7 digestorum*: Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, 'id est ut cuivis credas', tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi «tibi» quemvis fundum emas.

Tekst wielokrotnie poddawano dogłębną krytyce<sup>93</sup>, ale nie ma zgodności pomiędzy autorami i dlatego trudno przyjąć jakieś rozwiązanie za powszechnie akceptowane. D.17.1.48.2 daje dwa przykłady prawnie nieskutecznego zlecenia z tym, że pierwszy z nich jest ilustrowany drugim uznanym przez Celsusa za oczywisty. Zlecenie, w którym mandant poleca, aby kupić mu jakikolwiek grunt (*quemvis fundum*) *extra formam mandati est*, ponieważ klasyczny jurysta nie może uznać za ważne zobowiązania o tak nieokreślonym przedmiocie. Nie znaczy to jednak, że grunt powinien być indywidualnie określony i mieć ściśle ustaloną cenę. Taką interpretację przyjmuje Arangio-Ruiz<sup>94</sup>. Podkreśla on jednak, że zastosowany przez Celsusa standart określoności przedmiotu nie odbiega od stosowanego w innych dziedzinach.

Zupełnie inaczej podchodzi do tego problemu Watson<sup>95</sup> wskazując na cały kontekst wypowiedzi rzymskiego jurysty. Celsus pisze, że jest ważny mandat udzielenia pożyczki, kiedy korzyści jak i ryzyko ponosi zleceniodawca. Natomiast *extra formam mandati* jest zlecenie, w którym poleca się pożyczanie komukolwiek pieniędzy, kiedy zysk pozostaje przy mandatariuszu, a ryzyko ponosi tylko mandant. Powodem zestawienia obu tych przypadków nie jest nieokreśloność przedmiotu – nie wyjaśniałoby się w ten sposób różnicy między pożyczaniem konkretnej osobie a udzieleniem pożyczki osobie wybranej według uznania mandatariusza. Różnica pomiędzy oboma sytuacjami polegać może raczej na tym, że w drugim przypadku ma miejsce *mandatum tua tantum gratia*, który nie jest prawnie skuteczny<sup>96</sup>. Wydaje się więc racjonalne przyjęcie w miejsce ostatniego w tekście *mihi* słowa *tibi*<sup>97</sup>. Wtedy *si mandem, ut tibi quemvis fundum emas* jest typowym przykładem *mandatum tua tantum gratia*, co daje świetną ilustrację dla nieważności zlecenia z D.17.1.48.2.

<sup>93</sup> Por. *Index Interpolationum ad hoc loco*.

<sup>94</sup> V. A r a n g i o - R u i z, op. cit., s. 113-114. Ten argument przyjmuje również Scapini, który bardzo szeroko pisze o D.17.1.48.1-2 (op. cit., s. 1214-1224) nie biorąc pod uwagę opinii W a t s o n a, choć ten opublikował swą pracę przeszło dziesięć lat wcześniej.

<sup>95</sup> A. W a t s o n, op. cit., s. 97-98.

<sup>96</sup> Por. Gai 3.156; D.17.1.2.6.

<sup>97</sup> Bas. 14.1.48 (Sch. 10 Enant.): Theophilus hoc thema explicans illud mihi pro tibi accepit. (tłum. Heimbach); wydanie Haloandera *Digestów*, także Voet, *Commentarii ad pan. 17.1.4*; F. E i s e l e, *Archiv für die civilistische Praxis* 84 (1895), s. 324 (autorowi nie dostępna, cyt. za A. W a t s o n, op. cit., s. 97); G. B o r t o l u c c i, *Il mandato di credito*, Roma 1923, s. 38-39, poprzednio już w *Il mandato di credito*, BÍDR 27 (1914).

Użyte przez Celsusa *quemvis* nie należy wtedy do dyskusji nad dopuszczalną nieokreślonością przedmiotu mandatu, ale jest wyrazem troski autora o klarowność przykładu. Zlecenie, aby kupić konkretny grunt mogłoby zostać odczytane jako *mandatum mea et tua gratia* lub *mandatum tua et aliena gratia*, gdyby jakakolwiek korzyść płynęła z niego dla mandanta lub właściciela gruntu. Zlecenie nabycia jakiegokolwiek gruntu może być tylko *mandatum tua tantum gratia* (na przykład, gdy własność ziemską przynosi największe zyski lub najlepiej przechowuje wartość).

Niezależnie od sposobu interpretowania tekstu Celsusa z księgi 7 *digestorum* D.17.1.48.1-2 wydaje się, że nie zaprzecza on, ani nie potwierdza istnienia w okresie klasycznym zlecenia, w którym mandatariusz miałby kompetencje do określania warunków niesprecyzowanych przez mandanta.

Postawiono powyżej pytanie czy mandat o niedookreślonym przez mandanta przedmiocie, który ma być następnie sprecyzowany przez mandatariusza, był ważny czy też prawie skuteczny w okresie klasycznym prawa rzymskiego. Po przeanalizowaniu źródeł widać, iż fragmenty Paulusa z 74 księgi *ad edictum* D.17.1.46 oraz Neratiusa z 5 *mambanarum* mają wiele cech interpolacji. W zasadzie ostatnia część fragmentu D.17.1.35 nie budzi wątpliwości co do swej autentyczności, a to ona właśnie traktuje o *mandatum incertum*.

W kontrakcie konsensualnym zawsze jedna ze stron miała pozostawiony większy lub mniejszy margines w określaniu przedmiotu świadczenia czy sposobu wykonania zobowiązania. Jest to ściśle związane z postępowaniem jako *vir bonus* szczególnie zrozumiałym i wymaganym w przypadku mandatu opartego na zaufaniu i związkach rodzinnych oraz przyjacielskich. Przyjęcie swobody postępowania mandatariusza ograniczonej zawsze *finis mandati* jest oczywiste i konieczne ze względu na masę problemów, jakie pojawiłyby się w przypadku przeciwnego rozstrzygnięcia. Wymagałoby się wtedy od dającego zlecenie bardzo szczegółowej instrukcji, która raczej powinna się zawrzeć nie w formie prostej porozumienia, lecz w starannie i dokładnie (pod groźbą nieważności!) przygotowanym piśmie.

Nie ma żadnych źródeł, które by przeczyły ważności w prawie klasycznym zlecenia o niedookreślonym przedmiocie. Jedyny tekst, który mógł być w tym kontekście brany pod uwagę to fragment Celsusa z 7 księgi *digestorum* D.17.1.48.1-2. Jego autentyczność jest szeroko kwestionowana, a jak wykazano, dotyczy on nie tyle prawnej nieskuteczności *mandatum incertum*, co nieważności *mandatum tua tantum gratia*, i dlatego nie wnosi niczego nowego do prowadzonych rozważań.

Także z milczenia źródeł nie wolno wnioskować, że mandat o niedookreślonym przedmiocie nie istniał lub nie był uznawany.

Przeciwnie. Analiza fragmentów Paulusa o niekwestionowanej autentyczności: z 32 księgi *ad edictum* D.17.1.3.1 i D.17.1.22.7 oraz z 4 księgi *responsorum* D.17.1.59.6 wykazuje, że figura *mandatum incertum* mieści się

w dogmatycznym ujęciu konsensualnego kontraktu zlecenia w okresie klasycznym. W ten sposób wydaje się być potwierdzona autentyczność przynajmniej samej myśli wyrażonej w tekstach D.17.1.35 oraz D.17.1.46. Fragmenty te zaczerpnięto z dzieł zmarłego w pierwszej połowie drugiego wieku Neratiusa Priscusa<sup>98</sup> i żyjącego na przełomie drugiego i trzeciego wieku Juliusa Paulusa<sup>99</sup>.

Zgodnie z *communis opinio doctorum* nie ma żadnych powodów, aby uważać *mandatum incertum* za nieważne lub prawnie nieskuteczne.

Teksty nie są jednak na tyle niejasne, by nie wyciągać dalej idących wniosków. Wydaje się, że w czasach klasycznych było dopuszczalne, zawieranie zlecenia, którego warunki mandant pozostawiał niedookreślone, zaś ostateczne sprecyzowanie przedmiotu świadczenia było w kompetencji mandatariusza. Ten ostatni musiał realizować mandat zgodnie z *interesse* mandanta, stąd ocena jego postępowania następowała w wyniku oszacowania *arbitrium boni viri*.

Może wobec tego zastanawiać co spowodowało tak radykalną pozycję Donatutiego, którą w ostatnim czasie poparł Scapini. Jak słusznie zauważa Watson<sup>100</sup>, należy odróżnić trzy rodzaje stanów faktycznych. Po pierwsze sytuację, gdy mandant pozostawia warunki zlecenia niedookreślone; po drugie, gdy zleceniobiorca powierza wykonanie zobowiązania osobie trzeciej; po trzecie, gdy mandant daje dokładne zlecenie, a mandatariusz wypełniając je nie dotrzymuje warunków i dlatego mandant ponosi szkodę. Donatuti<sup>101</sup> nie zauważa, że tylko pierwszy z przedstawionych stanów faktycznych to *mandatum incertum*. Są to trzy zupełnie różne sytuacje i stąd nie mogą być ze sobą mylone. Ponadto, zarówno Donatuti jak i Scapini, skupiają się nie tyle na zakresie swobody mandatariusza w wykonywaniu zlecenia, co na przekroczeniu *finis mandati* (*egressio mandati*) i dlatego zupełnie tracą z oczu *mandatum incertum*.

Donatuti rozumuje następująco: zdanie Paulusa *diligenter igitur finis mandati custodiendi sunt* nie dopuszcza żadnych wyjątków. *Fines mandati* są zawsze wyrażone w oświadczeniu woli mandanta. Skoro mandatariusz musi wykonać zlecenie ściśle z instrukcjami to nie może powierzyć wykonania osobie trzeciej. Konkludując Donatuti stwierdza, że jeżeli zobowiązaniem mandatariusza jest tylko to, co sprecyzował zleceniodawca, czyli mandat jest wtedy dokonany, gdy zleceniobiorca wykonuje działania wskazane przez

<sup>98</sup> Por. *Prawo Rzymskie – Słownik Encyklopedyczny* (red. W. Wołodkiewicz), Warszawa 1986, s. 165.

<sup>99</sup> Por. *Prawo Rzymskie – Słownik Encyklopedyczny* (red. W. Wołodkiewicz), Warszawa 1986, s. 166.

<sup>100</sup> A. Watson, op. cit., s. 92-93. Autor zarzuca Donatutiemu łączenie dyskusji nad nie wykonanie polecenia z mandatu ze zleceniem, którego pewne elementy pozostawiono do dyspozycji mandatariusza, niedostateczną analizę tekstów i nieuzasadnione żonglowanie nimi.

<sup>101</sup> G. Donatuti, op. cit., ult., s. 170-181.

mandanta, to nie istnieje taki rodzaj mandatu, w którym określenie mających się dokonać działań było pozostawione mandatariuszowi. Rozumowanie takie jest całkowicie nielogiczne, a jego wynik sprzeczny z treścią D.17.1.22.7.

W związku z tym jednak Donatuti<sup>102</sup> stawia tezę o istnieniu dwóch zupełnie odmiennych form zlecenia: *mandatum certum* i *mandatum incertum vel plurium causarum*. Różnica ujawnia się w procesie ich wykonywania. W przypadku *certum* dłużnik jest zobowiązany do dokładnego wypełnienia warunków stawianych przez mandanta, o ile są one ściśle określone w kontrakcie. Przy *incertum vel plurium causarum* uważa się, że mandat spełniono także wtedy, gdy mandatariusz dokonał czegoś innego niż to wynika z litery zobowiązania, lecz działał w niekwestionowanym interesie mandanta. Takie dwie formy zlecenia istniały zdaniem autora dopiero w prawie bizantyjskim.

Bez wątpienia terminy *certum* i *incertum* są przeciwstawne, nie musi to jednak od razu powodować przeciwstawienia sobie pojęć, których przydawkami są te przymiotniki. W szczególności nie musi to dla *contractus incertus* oznaczać, iż nie możnaby go uznać za ważny czy prawnie skuteczny, a zdaniem Donatutiego, takie właśnie jest *mandatum incertum* w prawie klasycznym.

W okresie bizantyjskim zlecenie istniało w dwóch formach, jak to wyżej przedstawiono. Możliwe, że juryści w tym czasie dopuszczali już nawet *egressio mandati*. Znaczyłyby to, iż uważali zlecenie za ważne również wtedy, gdy mandatariusz przekroczył ustalone przez zleceniodawcę warunki lub świadczył coś innego niż wynikałoby to z kontraktu konsensualnego<sup>103</sup>. Nie ma jednak żadnych poszlak w źródłach, które umożliwiłyby uprawdopodobnienie takiej tezy dla *mandatum incertum* okresu klasycznego.

Wskazano powyżej, że drugie zdanie tekstu Paulusa z 74 księgi *ad edictum* D.17.1.46 wyraża autentyczną myśl klasycznego jurysty, choć sam fragment kompilatorzy skrócili i przeredagowali. Wydaje się, że interpolacja nie spowodowała wprowadzenia figury *mandatum incertum*, ale za jej pomocą dokonano rozróżnienia dwóch zupełnie odmiennych form zlecenia.

Zdaniem jurystów klasycznych *mandatum incertum* różni się od *certum* tym tylko, że mandant nie precyzując pewnych warunków pozostawia je w kompetencji mandatariusza. Warunki zlecenia to nie to samo co *fines mandati*, które należy definiować jako ograniczenia zawarte w treści zlecenia, ale też zamiar mandanta oraz cel jaki pragnie osiągnąć zleceniodawca. *Egressio mandati* to przekroczenie ograniczeń jakie stawia zlecenie poprzez swoje zadeklarowane wolą mandanta warunki. *Egressio* prowadzi zawsze do odpowiedzialności mandatariusza za niewykonanie zobowiązania. Jeżeli

<sup>102</sup> G. D o n a t u t i, op. cit., ult., s. 189.

<sup>103</sup> Powstaje wątpliwość, czy dotychczasowe *mandatum* nie staje się *negotiorum gestio*.



tylko określono *fines mandati* wiadomo czym jest *interesse mandanta*. Nie ujawnienie przez zleceniodawcę zamiaru lub celu jaki pragnie przez udzielenie danego mandatu osiągnąć powoduje, iż zlecenie nie jest prawnie wiążące dla drugiej strony. To samo dzieje się, gdy *fines mandati* są zbyt ogólne, na przykład: zrób żebym zarobił, kup jakiegokolwiek stado bydła lub jakiegokolwiek grunt, i nic ponadto nie wynika w sposób oczywisty z okoliczności w jakich wypowiedziano dane słowa. Co innego, gdy poleca się przyjacielowi: kup wino na wieczór po wyścigach rydwanów, a jest już tradycją, że podczas takich spotkań pije się wyłącznie Falernum w ilości zależnej od wyniku zawodów. Pewne okoliczności mogą być więc zawarte w konsensualnym kontrakcie mandatu w sposób dorozumiany<sup>104</sup>, inne będą podlegać dookreśleniu przez zleceniobiorcę (w przykładzie cena wina, wielkość amfor, w których go zakupiono, to czy będzie już rozrobione z wodą etc.).

### Zakończenie

Po przeanalizowaniu tekstów rzymskich jurystów oraz po zapoznaniu się z opiniami autorów współczesnych wydaje się, że nie ma uzasadnienia dla tezy, która głosi, iż *mandatum incertum* uważano za nieważne lub prawnie nieskuteczne w okresie klasycznym prawa rzymskiego. Teksty są wystarczająco jednoznaczne, aby wyciągnąć nawet dalej idące wnioski. Źródła wskazują bowiem, że zawieranie *mandatum incertum* było dopuszczalne w tym okresie, jako że już w epoce prawa klasycznego juryści uznawali zlecenie, w którym mandant pozostawiał dookreślenie pewnych warunków kontraktu w kompetencji mandatariusza. Ten ostatni musiał realizować mandat zgodnie z *interesse* zleceniodawcy, a ocena jego postępowania dokonywała się przez oszacowanie według *arbitrium boni viri*.

Ponadto należy uznać, iż w okresie klasycznym prawa rzymskiego istniała jednolita instytucja konsensualnego kontraktu mandatu, który mógł być ściśle określony przez podanie konkretnych ograniczeń lub mniej dokładnie sprecyzowany. W drugim przypadku mandatariusz sam decydował o tym, o czym nie postanowił mandant, a jego postępowanie, które musiało być podejmowane w niekwestionowanym interesie zleceniodawcy, podlegało ocenie na podstawie *arbitrium boni viri*. Przeciwwstawienie sobie dwóch odmiennych form zlecenia, jakiego dokonali kompilatorzy justyniańscy, to wynik usankcjonowania sytuacji prawnej obowiązującej w czasach bizantyjskich. Rozróżnienie dwóch mandatów jest bowiem raczej wynikiem dogmatycznego myślenia akademickiego o instytucjach prawnych niż kazuistycznej jursypudencji praktyków okresu klasycznego.

<sup>104</sup> Por. współcześnie R. J. P o t h i e r, *Oeuvres de Pothier annotée et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*, Paris, T. V, 1845, s. 175.

Warunki zlecenia to nie to samo co *fines mandati*. *Fines mandati* są ograniczeniami zawartymi w treści zlecenia, ale przede wszystkim celem jaki przez realizację mandatu chce osiągnąć zlecający. Cel ten może być podany wyraźnie lub w sposób dorozumiany. *Egressio mandati* jest przekroczeniem ograniczeń jakie w sposób wyraźny stawia zlecenie poprzez swoje zadeklarowane wola mandanta warunki.

Trzeba zauważyć, że z tego rozróżnienia nie zdają sobie sprawy ani Guido Donatuti, ani Nevio Scapini, którzy łączą dyskusję nad zleceniem o niedookreślonym przedmiocie z problemem *egressio mandati*. W rozważaniach, na których oparł swoje wnioski Donatuti, brak precyzyjnej definicji *mandatum incertum*. Pojawia się w nich również nielogiczne rozumowanie, jak to wykazano powyżej. Przytoczenie po pół wieku tych skrajnych poglądów przez Scapiniego trzeba uznać za zaskakujące, a ich obronę za nieudaną, szczególnie że autor nie wykorzystuje w pełni dostępnych tekstów źródłowych, ani nie bierze w swoich rozważaniach pod uwagę opinii wszystkich współczesnych autorów tracąc z tego powodu dużą część swej pracy na wyważanie otwartych drzwi.

*Mandatum incertum* należałoby rozpatrywać także w kontekście jego rozwoju historycznego<sup>105</sup>. Początkowo prawdopodobnie ograniczenia dotyczące określoności przedmiotu zlecenia były dość rygorystyczne. Możliwe, że zlecenie o niedookreślonym przedmiocie było w ogóle uważane za prawnie nieskuteczne. Z czasem wymagania te były liberalizowane, co dokonywać się musiało ewolucyjnie, drobnymi krokami, kiedy każde pokolenie prawników nieco inaczej ustosunkowywało się do zagadnienia. Zaczęto uznawać za ważne *mandatum plurium causarum* tylko przy poręczeniu. W czasach Neratiusa Priscusa i Iuliusa Paulusa *mandatum incertum* było w pełni akceptowane. Juryści poklasyfikowali, biorąc pod uwagę określoność przedmiotu, zaczynają odróżniać dwie formy zlecenia i dopuszczają nawet *egressio mandati* w przypadku *mandatum incertum*. Wydaje się jednak, że w źródłach jest zbyt mało informacji, które pozwoliłyby ukazać dynamiczny proces rozwoju tej instytucji w całej pełni.

### Mandatum Incertum in Classical Roman Law

*Mandatum incertum* occurs when the terms of this consensual contract are left imprecise by the mandator. The article focuses on the essential determination of the object for the validity of the mandate, therefore the main question is whether *mandatum incertum* was not unknown to the classical jurists, as there is no doubt it was not void in the Byzantine era. The problem was broadly discussed by several authors, i.e., V. Arangino-Ruiz, G. Donatuti, G. Longo, A. Watson and N. Scapini, though no general agreement among modern jurists was achieved.

<sup>105</sup> Por. G. Longo, op. cit., ult., s. 149; N. Scapini, op. cit., s. 1209.

It seems that terms of mandate are not the same as *finis mandati*. *Finis mandati* are not only the intrinsic restrictions given by the mandator, but the purpose to be achieved as well.

Yes, this purpose could be express or implied, then *egressio mandati* takes place only when the express boundaries are transgressed.

The thorough analysis of relevant classical sources in the full context of the institution allows to state that there is no reason to allege that *mandatum incertum* was considered invalid in the classical period of Roman law. The strong evidence has been shown that classical jurists recognized mandates with terms left to the discretion of the mandatary. However, the mandatary should execute a commission in favour of the mandator's *interesse* and this conduct is estimated according to the *boni viri arbitratus*.