

# Jan Słonina

---

## Korzystanie z rzeczy używanej w prawie rzymskim

---

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 26/3-4, 181-212

---

1983

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.

JAN SŁONINA

### KORZYSTANIE Z RZECZY UŻYCZONEJ W PRAWIE RZYMSKIM

Treść: a. Terminologia, b. Wręczenie rzeczy jako element konstytutywny użyczenia, c. Charakter władztwa komodatariusza, d. Bezpłatność użyczenia, e. Obowiązek zwrotu rzeczy i przyczyny uwalniające od niego, f. Kształtowanie się zasad odpowiedzialności komodatariusza, g. Modyfikacja odpowiedzialności komodatariusza ze względu na korzyść komodanta, h. Zakończenie.

Stosunek komodatu (użyczenia) polegający na bezpłatnym korzystaniu z cudzej rzeczy był zawierany zazwyczaj między osobami związanymi przyjaźnią. W obrocie prawnym nie odgrywał on nigdy tak doniosłej roli jak kupno-sprzedaż czy najem, jednak jego znaczenie polegało na tym, że ułatwiał on życie codzienne. Dlatego też użyczenie stanowi nie tyle odbicie stosunków społeczno-gospodarczych, ile ukazuje najlepiej zasady etyki stosowane w sferze prawa.

a. Powstały w I w. p.n.e. kontrakt komodatu jako stan faktyczny znany był o wiele dawniej. Na jego oznaczenie były używane zarówno w literaturze nieprawniczej jak i prawniczej różne terminy.

Najdawniejsze źródła mówiące o stanie faktycznym uznanym później za kontrakt użyczenia pochodzą z literatury nieprawniczej, przede wszystkim z komedii Plauta<sup>1</sup>.

W komedii *Aulularia* przedstawia on chciwego skąpca Euklio, który strzeże w tajemnicy przed wszystkimi znalezionej stągiew ze złotem. W obawie, by ktoś z sąsiadów nie wypatrzył jego skarbu, poleca służącej, by wszystkich proszących o użyczenie przedmiotów codziennego użytku, jak np. noża kuchennego, siekiery, tłuczka czy moździerza, odsyłała mówiąc, że te rzeczy ukradli złodzieje.

v. 95 i n. ...Cultrum, securim, pistillum, mortarium,  
Quae utenda vasa semper vicini rogant,  
Fures venisse atque abstulisse dicito...

W tej samej komedii kucharz Antraks wychodząc z domu wy-

---

<sup>1</sup> Dyskusję o możliwości korzystania z komedii Plauta przy rekonstrukcji instytucji prawa rzymskiego przedstawia G. Rotelli, *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, BIDR 75, 1972, s. 97 i n.

daje polecenia kuchcikom i oznajmia, że sam idzie do sąsiada by użyczyć brytfanny.

v. 400 ...Ego hinc artoptam ex proximo utendam peto  
A Congriome...

W komedii *Rudens*, *Demones*, któremu przed laty ukradziono córeczkę, miał dziwny sen o małpie, która prosiła go, by zechciał użyczyć jej drabiny.

v. 602 i n. ...Postibi  
Videtur ad me simia adgredinier,  
Rogare scalas ut darem utendas sibi...

W komedii *Curculio*, *Planezjum* poznając pierścień użyzony jej ojcu przez matkę, wyraża to w następujących słowach:

v. 603 Mater ei utendum dederat.

W komedii *Maenechmi*, jeden z bohaterów tłumaczy się, iż przyjacielce swej nie podarował sukni, jak wmawia mu jego zazdrosna małżonka, tylko ją użyczył<sup>2</sup>.

v. 656 i n. ...Sed ego illam non condonavi,  
sed hic utendam dedi.

Na co usłyszał taką odpowiedź:

Equidem ecastor tuam nec chlamydem do foras  
nec pallium  
Cuiquam utendum. Mulierem aequom est vestimentum muliebre  
Dare foras, vinum virile...

W komedii *Persa*, niewolnik *Toksylus*, aby wyłudzić od stręczyciela pieniądze, posługuje się sprytnie obmyślonym podstępem. Podstęp polega na tym, że *Nasytek* użyczy swoją córkę, którą *Sagarystio* przebrany za *Persa*, sprzeda stręczycielowi *Dordalusowi*; a gdy tylko ten wypłaci za nią pieniądze, jej ojciec *Nasytek* ma podnieść zarzut, że jest ono wolno urodzona i zabierze ją. *Toksylus* w ten sposób zwraca się do *Nasytka*:

v. 127 i n.: ...; filiam utendam tuam  
Mihi da.

Ten mu odpowiada:

Numquam edepol cuiquam etiam utendam dedi.

Jak wynika z powyższych źródeł, *Plaut* w swych komediach na oznaczenie świadczenia przysługi przez użyczenie drobnych rzeczy posługuje się najczęściej sformułowaniem *utendum dare*<sup>3</sup>, zaś na oznaczenie wystąpienia z prośbą o użyczenie — *utendum rogare*<sup>4</sup>, *utendum petere*<sup>5</sup>.

Oprócz wymienionych wyrażań na oznaczenie użyczenia posługu-

<sup>2</sup> *Plaut* wyraźnie odróżnia tutaj użyczenie od darowizny. Por. także *Trin.* 1130.

<sup>3</sup> Por. np. *Rud.* 602; *Curc.* 603; *Maen.* 656 i n.; *Persa* 127 i n.

<sup>4</sup> Por. np. *Aul.* 95; *Rud.* 602.

<sup>5</sup> Por. np. *Aul.* 400.

je się on również innymi terminami. W komedii *Asinaria*, niewolnik imieniem Leonidas, udając dozorcę Saureza, w obecności kupca, aby go łatwiej oszukać, załatwia z Libanusem, również niewolnikiem, codzienne sprawy związane z prowadzeniem gospodarstwa.

v. 444 i n. Le. Scyphos quos utendos dedi Philodamo, retulitne?

Li. Non etiam

Le. Hem, non? si velis, da, commoda homini amico.

Me. Perii hercle

Jak widać, w powyższym tekście słowo *commodare* zostało użyte przez Plauta w tym samym znaczeniu co *utendum dare*. Oznacza to, iż w czasach komediopisarza na oznaczenie użyczenia posługiwano się zamiennie terminami *utendum dare* i *commodare*<sup>6</sup>.

Samo słowo *commodare* nie było jeszcze wtedy terminem technicznym na oznaczenie użyczenia rzeczy, ale było używane na określenie świadczenia różnego rodzaju korzyści.

W komedii *Persa*, *Sagarystio* dziękuje bogom za daną mu możliwość przysłużenia się przyjacielowi znajdującemu się w potrzebie.

v. 253 i n. ...Opes, spes bonas, copias commodanti lubens vitulorque merito,

Quia meo amico amiciter hanc commoditatis copiam / Danunt, argenti mutui ut tibi egenti opem adferam...

W komedii *Rudens*, dziewczyna *Ampeliska* prosi niewolnika imieniem *Sceparnio* o wodę. Ten, w zamian za wodę żąda okazania mu miłości. Wtedy ma miejsce następujący dialog:

v. 438 i n. Am. Cur tu aquam gravare, amabo, quam hostis hosti commodat?

Sc. Cur tu operam gravare mihi quam civis civi commodat?

Podobnie w komedii *Cistellaria* słowo *commodare* jest użyte na oznaczenie korzyści.

v. 740 *Commodo loquela tua tibi nunc prodes...*

Na oznaczenie dania rzeczy w użyczenie używał Plautus jeszcze innego terminu, jak np. w wymienionej już komedii *Persa*:

v. 320 *Credetur; commodabo...*

Przedstawiony tutaj przez Plauta stan faktyczny może się odnosić zarówno do pożyczki jak i użyczenia, a zatem wyrażenie *credere* może mieć zastosowanie zarówno w odniesieniu do pożyczki jak i użyczenia, ponieważ obrazowo trzosa z pieniędzmi przeznaczono-

<sup>6</sup> Co do częściowo pokrywającego się zakresu znaczenia sformułowań *utendum dare* i *commodare* por. H. Kaufmann, *Die altrömische Miete*, Köln—Graz 1964, s. 241 i n.

ny na zakup wołów jest przedstawiony jako żywe, już zakupione zwierzęta, które zostaną użyte<sup>7</sup>.

Podobne sformułowanie znajduje się u Katona w jego rozprawie o rolnictwie.

Cato, *De agricultura* VII = 5,3

...iniussu domini credat nemini; quod dominus crediderit, exigat. satui semen, cibaria, far, vinum, oleum mutuuum dederit nemini. duas aut tres familias habeat, unde utenda roget et quibus det, praeterea nemini.

Villicus<sup>8</sup> nie powinien zawierać z nikim czynności opartych na credere<sup>9</sup> bez polecenia swego pana. Gdyby je zawarł, to winien należność wyegzekwować<sup>10</sup>. Kato zezwala mieć dwa, trzy zaprzyjaźnione gospodarstwa, z którymi można zawierać czynności poprzez utendum rogare et dare<sup>11</sup>. Utendum dare et rogare jest jedną z form credere różną od mutuuum. Sformułowanie credere nemini jest szersze od sformułowania mutuuum dare nemini. Gdyby to były wyrażenia jednoznaczne, wtedy zbędne byłoby następne zdanie, gdyż w obu zdaniach mowa byłaby o tym samym. Pod pojęciem credere rozumie więc Kato zarówno mutuuum dare jak i utendum rogare et dare.

Różnorodność terminologii u pisarzy nieprawników nie jest czymś dziwnym, gdy weźmie się pod uwagę, że podobne trudności z wypracowaniem jednoznacznej terminologii dla komodatu mieli również juryści.

Ślady dyskusji na ten temat spotykamy w komentarzu Ulpiana do edyktu pretorskiego, w którym jurysta główną uwagę poświęca sprawie historii terminologii dotyczącej commodatum.

D. 13, 6, 1, pr. — 1 (Ulpianus l. 28 *ad edictum*):

Ait praetor: „Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo”. 1. Huius edic-

<sup>7</sup> Wyrażenie credere odnosi się u Plauta tak do mutuuum (np. Merc. 52; Persa 44; 432 i n.; 476 i n.; Pseud. 298; 506), jak i do depositum (np. Aul. 6—7; 15; Ba. 275; 285; Cap. 901; Cist. 760 i n.; Trin. 115; 621) oraz pignus (np. Rud. 581).

<sup>8</sup> Na temat villicusa por. C. Castello, *Sui rapporti tra „dominus” e „villicus” desunti dal „De agri cultura” di Catone, Atti Perugia, Roma, 1972 s. 79 i n.*

<sup>9</sup> Por. C. Castello, *Nuovi spunti su problemi di storia, economia e diritto desunti dal de agri cultura di Catone, Studi Donatuti I, Milano 1973, s. 251 i n.*, który zalicza niesłusznie kupno do czynności opartych na credere.

<sup>10</sup> Por. C. Castello, *Sui rapporti*, s. 99.

<sup>11</sup> Na oznaczenie użyczenia posługuje się Cato zasadniczo tą samą terminologią co Plaut w swoich komediach (np. Asin. 444; Aul. 96; 311; 400; Curc. 603; Maen. 657; Mil. 347; Rud. 602; Trin. 1131). Por. O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901, s. 602 i n.; J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, s. 96.

ti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Pacunius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.

W powyższym komentarzu<sup>12</sup> do edyktu po przytoczeniu słów ochrony pretorskiej, zajmuje się Ulpian kwestią ustalenia terminologii<sup>13</sup>. Zgodnie z jego relacją słowo commodare było użyte przez pretora w klauzuli edyktowej wprowadzającej ochronę dla commodatum, podczas gdy Pacunius<sup>14</sup> posłużył się sformułowaniem utendum dare<sup>15</sup>. Labeo natomiast wprowadził rozróżnienie między wyrażeniami commodare i utendum dare twierdząc, iż utendum dare (genus) ma szersze znaczenie i obejmuje swym zakresem pojęciowym danie do używania rzeczy ruchome i nieruchome, podczas gdy commodare (species) odnosi się do użyczenia tylko rzeczy ruchomych<sup>16</sup>. Jednakże, jak zauważa Ulpian, przedmiotem commodatum może być także nieruchomość i takie stanowisko zajął Cassius a także Vivianus, który nadto uznał użyczenie habitatio.

<sup>12</sup> Ze względu na niejasność sformułowań powszechnie przyjmuje się, że fragment został skrócony. Por. *Index Interp.* ad h. l.; M. Kaser, *Zum Ediktsstil, Festschrift Schulz II*, Weimar 1951, s. 67.

<sup>13</sup> Według F. Pastoriego, *Il comodato nel diritto romano (Contributi allo studio della responsabilità contrattuale)*, Milano 1954, s. 19, materiał do historii klauzuli odnoszącej się do komodatuzi zaczerpnął Ulpian z komentarza Pomponiusa i w konsekwencji zreferował problemy starej jurysprudencji.

<sup>14</sup> Osoba Pacuniusa pozostaje nadal bliżej nie zidentyfikowana. Por. mój artykuł, *Commodare habitationem*, *Prawo Kanon.* 25, 1982, nr 3—4, s. 201 uw. 10. Tam też przedstawiam szerzej zagadnienie terminologii użyczenia w źródłach prawniczych.

<sup>15</sup> W relacji Ulpiana wyrażenie edyktalne commodare zostało przeciwstawione wyrażeniu używanemu przez Pacuniusa utendum dare. Por. A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo (Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I—II)*, Halle 1873—1878, I, s. 429; C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano, Opere III*, Milano 1929, s. 95.

<sup>16</sup> Takie podkreślenie Labeona, iż utendum dare i commodare różni się tak jak genus i species, mogło nastąpić pod wpływem filozofii greckiej. Por. W. Macheiner, *Zu den Anfängen des Kontraktssystems, Festgabe Herdlitzka*, München—Salzburg 1972, s. 176; M. Talamana

Jak z powyższego wynika, zarówno w źródłach nieprawniczych jak i prawniczych nie było jednolitej terminologii na oznaczenie użyczenia. W potocznym znaczeniu posługiwano się zarówno terminem *utendum dare* (*rogare, petere*), *credere* jak również *commodare*. Wyrażenie *utendum dare* oznaczało używanie bez rozróżnienia jego wielorakich aspektów<sup>17</sup>; *commodare* nie miało wtedy jeszcze określonego technicznego znaczenia; *credere* obejmowało swym zakresem nie tylko komodat, ale również pożyczkę. Natomiast *jurisprudencia* wobec wyodrębnienia się wielu stosunków prawnych mieszczących się pod pojęciem *utendum dare*, ten stosunek, który odnosił się do bezpłatnego użyczenia zarówno ruchomości, nieruchomości czy służebności starała się oznaczyć słowem *commodare*<sup>18</sup>, ale poczynania te nie doprowadziły do stworzenia jednolitej terminologii.

b. Problem przekazania rzeczy do używania najogólniej przedstawił Paulus.

D. 13, 6, 17, 3 (Paulus 1. 29 *ad edictum*):

Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam

ca, *Lo schema „genus-species” nelle sistematiche dei giuristi romani, La filosofia greca e il diritto romano II*, Roma 1977, s. 216, 253 i n.

<sup>17</sup> Por. C. Ferrini, dz. cyt., s. 98.

<sup>18</sup> Por. F. Pastori, *Commodato*, s. 13 i n.

sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet, ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

W przytoczonym fragmencie<sup>19</sup> jurysta podaje, że użyczenie, które jest czynnością dobrowolną, nakłada jednak na strony pewne ograniczenia. Ograniczenia te mogą być wielorakie i powinny być wzajemnie respektowane. Najczęściej czyni je dający, a to z tego względu, że nie ma obowiązku dać rzeczy do używania<sup>20</sup>. Ale nawet on, chociaż jest dobroczyńcą, nie może po użyczeniu swobodnie dysponować swoją rzeczą, gdyż jest ograniczony nabytymi uprawnieniami komodatariusza co do sposobu i okresu korzystania z rzeczy. Commodatum więc, chociaż wypływa nie z konieczności (ex necessitate), ale z obowiązku moralnego (officium) i stanowi dobrodziejstwo (beneficium), to jednak rodzi między biorącym i dającym węzeł prawny. Paulus powołuje tutaj analogiczny obowiązek doprowadzenia do końca<sup>21</sup> czynności wykonywanych przez negotiorum gestora<sup>22</sup> czy mandatariusza<sup>23</sup>, podjętych także z obowiązku moralnego i przyjaźni<sup>24</sup>. Dlatego przy commodatum,

<sup>19</sup> Fragment ten jest podejrzany o liczne przekształcenia interpolacyjne. Por. *Index Interp.* ad h. l. Wydaje się, że nie ma podstaw do negowania autentyczności całego fragmentu. Można przyjąć — jak proponuje P. Krüger, ad h.l. — id est postquam commodavit, za gloskę. Jest to jednak glossa wyjaśniająca, która nie zmienia istoty rozstrzygnięcia Paulusa. Słuszna wydaje się być też sugestia F. Eisele, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, ZSS (Rom. Abt.) 30, 1909, s. 113, że lekcja tego tekstu winna być taka jak w Vulg., a więc interdum accipientemque, ponieważ między czynnością dania a przyjęciem nie powstaje zobowiązanie, o którym mowa w dalszych wierszach. W uw. 1 na s. 113 autor ten trafnie zauważa, że nie miałoby sensu, gdyby to interpretować: w odstępnie czasu między daniem a przyjęciem. Por. H. U. Kantorowicz, *Über die Entstehung der Digestenvulgata (Ergänzung zu Mommsen)*, ZSS (Rom. Abt.) 31, 1910, s. 80 uw. 8; H. Peters, *Brenkmanns Papiere zu Göttingen*, ZSS (Rom. Abt.) 32, 1911, s. 375; E. Betti, *Sul valore dogmatico della categoria „contrahere” in giuristi Proculiani et Sabiniani*, BIDR 28, 1915, s. 8; G. Segrè, *Sulle formule relative alla negotiorum gestio e sull' editto e il iudicium de operis libertorum*, *Scritti vari*, Torino 1953, s. 7 uw. 11; G. G. Archi, „Donare” e „negotium gerere”, *Studi Volterra I*, Milano 1971, s. 677.

<sup>20</sup> Z punktu widzenia prawa, działanie inspirowane voluntas i officium w sensie obowiązku moralnego nie jest działaniem wymuszonym. Por. Cicero, *in Verr.* 2, 62, 153; vi atque imperio... non officio ac voluntate. D. 50, 16, 214: ... „dona” autem proprie sunt, quae nulla necessitate iuris officii, sed sponte praestantur...

<sup>21</sup> Obowiązek ten nie rozciąga się na rozpoczęcie nowych spraw, por. D. 3, 5, 20(21), 2.

<sup>22</sup> Por. D. 3, 5, 34 (35) pr.; D. 42, 5, 23.

<sup>23</sup> Por. D. 17, 1, 1, 4; D. 17, 1, 27, 2.

<sup>24</sup> Por. Th. Mayer-Maly, *Obligamur necessitate*, ZSS (Rom. Abt.) 83, 1966, s. 52 in.; G. G. Archi, „Donare...”, s. 677 in.



podobnie jak przy *negotiorum gestio* i przy *mandatum* nie można odstąpić od umowy samowolnie, czy też zmieniać warunków takiej umowy, przez co poniósłoby szkodę biorący.

Samo jednak ustalenie warunków korzystania nie rodzi żadnych skutków, ale dopiero użyczenie. Paulus wprawdzie nie podaje wyraźnie, aby przez wręczenie rzeczy zostało zawarte użyczenie, ale określa to pośrednio stwierdzając, że dopiero wtedy, kiedy rzecz została użyczona, powstało zobowiązanie między dającym i przyjmującym<sup>25</sup>.

Stanowisko reprezentowane tutaj przez Paulusa, co do sposobu zawarcia kontraktu, znajduje potwierdzenie w innym jego rozstrzygnięciu, a także w wypowiedzi Modestyna.

D. 2, 14, 17 pr. (Paulus 1. 3 *ad edictum*):

...re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.

D. 44, 7, 52,1 (Modestinus 1. 2 *regularum*):

Re obligamur, cum res ipsa intercedit.

W cytowanych powyżej fragmentach wyrażona została zasada, że przez wręczenie rzeczy<sup>26</sup> powstaje kontrakt realny<sup>27</sup>.

W literaturze nie ma zgodności co do kwestii, kiedy w prawie klasycznym dochodziło do powstania kontraktu realnego poprzez *datio* oraz jak należy rozumieć *res* jako podstawę kontraktu. Niektórzy autorzy<sup>28</sup> uważają, że kontrakt realny powstaje tylko wtedy, gdy na biorącego przechodzi — na skutek *datio* — własność rzeczy, a sama *res*<sup>29</sup> identyfikowana jest z wręczaną rzeczą zmy-

<sup>25</sup> Definicja zobowiązania podana przez Paulusa w D. 44, 7, 3 pr. sprowadza istotę zobowiązania (*obligatio*) do związania polegającego na *dare, facere, praestare* dłużnika z wierzycielem. Por. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup> I—II, München 1971—1975, I, s. 150.

<sup>26</sup> Według U. Brasiello, *Obligatio re contracta, Studi Bonfante II*, Milano 1930, s. 581, wyrażenie *re enim* (w D. 2, 14, 17 pr.) może pochodzić od kompilatorów justyniańskich, ale dalsza część fragmentu jest niewątpliwie klasyczna.

<sup>27</sup> Por. S. Peruzzi, *Il contratto consensuale classico, Scritti giuridici II*, Milano 1948, s. 589 uw. 1; P. Voci, *La dottrina del contratto nei giuristi romani del' età classica, Scritti Ferrini*, Milano 1946, s. 389; M. Kaser, *Gaius und die Klassiker*, ZSS. (Rom. Abt) 70, 1953, s. 162.

<sup>28</sup> P. de Francisci, *Synallagma (Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati I—II)*, Pavia 1913—1916, II s. 398; S. Peruzzi, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> II, Roma 1928, s. 29; P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, s. 122; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, Napoli 1949, s. 302; B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, s. 80; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, s. 481.

<sup>29</sup> Co do różnych możliwości rozumienia słowa *res*, por. U. Brasiello, dz. cyt., s. 576 i n.

słową<sup>30</sup>. Według nich kontraktem realnym byłaby tylko pożyczka<sup>31</sup>.

Natomiast wg innych<sup>32</sup> kontrakt realny w okresie prawa klasycznego powstawał zarówno przy przeniesieniu na biorącego własności jak i posiadania czy detencji. Używana zaś przez jurystów terminologia *datio i dare* nie implikuje przeniesienia własności w pierwszym przypadku, a detencji w drugim i jest używana zamiennie<sup>33</sup>. *Res* natomiast oznaczała nie materialną wręczaną rzecz, ale *datio*, wręczenie rzeczy<sup>34</sup>. W związku z tym, kontraktami realnymi byłyby wobec tego zarówno *mutuum*<sup>35</sup> jak i *commodatum* czy *depositum* i *pignus*<sup>36</sup>.

Jakkolwiek Gaius w swoich Instytucjach 3,90 jako kontrakt realny wymienia tylko pożyczkę, to jednak dokładna interpretacja tekstu wskazuje, że ma na myśli jeszcze inne kontrakty<sup>37</sup>.

Gai 3, 90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datioe.*

Wyrażenie *velut* nie może się odnosić do *solutio indebiti*<sup>38</sup>, o

<sup>30</sup> Por. S. Perozzi, *Le obbligazioni romane, Scritti giuridici II*, Milano 1948, s. 345 w uwadze; P. de Francisci, dz. cyt. II, s. 398; P. Voci, *Dottrina romana*, s. 122.

<sup>31</sup> Co do zaliczenia do kontraktów realnych *fiducji*, por. S. Perozzi, *Istituzioni II*, s. 250.

<sup>32</sup> U. Brasiello, dz. cyt., s. 541; A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 1958, s. 491; C. A. Maschi, *Tutela. Fedecommissi. Contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, Studi Volterra IV, Milano 1971, s. 772; tenże, *La categoria dei contratti reali (Corso di diritto romano)*, Milano 1973, s. 238 i n.

<sup>33</sup> Por. C. A. Maschi, *Tutela...*, s. 749 i n.; tenże, *Contratti reali*, s. 238 i n.

<sup>34</sup> Por. U. Brasiello, dz. cyt., s. 541; C. A. Maschi, *Tutela...*, s. 749 i n.; tenże, *Contratti reali*, s. 238 in.

<sup>35</sup> Skrajne stanowisko zajął A. D'Ors, *Creditum und Contractus*, ZSS (Rom. Abt.) 74, 1957, s. 84, 87 oraz *De nuevo sobre „creditum”*, SD 41, 1975, s. 240 i n. Według niego *mutuum* nie było w prawie klasycznym uważane za kontrakt.

<sup>36</sup> Wątpliwości, czy *pignus* można zaliczyć do kontraktów realnych, podnosi C. A. Maschi, *Tutela...*, s. 749 i n.; tenże, *Contratti reali*, s. 238 i n.

<sup>37</sup> V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli 1958, s. 72 twierdzi, że Gaius w Instytucjach (Gai 3, 90) wymienia jedynie kontrakty prawa cywilnego. Trudno zgodzić się z tym poglądem, ponieważ Gaius przy omawianiu formuł dla depozytu w Gai 4, 47 wymienia formułę *in ius* i *in factum*, następnie zaznacza, że podobne do nich są formuły dla komodatów a więc uznawał on depozyt i komodat za kontrakty prawa cywilnego. Por. J. Söndel, *Szczególne rodzaje depozytu w prawie rzymskim*, Kraków 1967, s. 22 uw. 74; W. Wołodkiewicz, *Obligaciones ex variis causarum figuris*, Warszawa 1968, s. 18 i n.

<sup>38</sup> *Mutuum* zostało upodobnione do *solutio indebiti*, gdyż w obu przypadkach biorący jest zobowiązany do zwrotu uzyskanych wartości, a wierzyciel ma przeciw niemu tę samą skargę zwaną *condictio*.

której jest mowa w dalszych wierszach<sup>39</sup>, ponieważ solutio indebiti nie jest kontraktem<sup>40</sup>. Autor dodając velut zastrzega się, że zagadnienia kontraktów realnych nie przedstawia w sposób wyczerpujący, a przykładowy<sup>41</sup>. Taką hipotezę potwierdza fakt, iż pozostałe kontrakty realne nie były mu obce w Instytucjach<sup>42</sup>.

W res cottidianae<sup>43</sup> użyczenie zostało wyraźnie zaliczone do kontraktów realnych.

D. 44, 7, 1, 3 (Gaius 1. 2 aureorum):

Is quoque, cui rem aliquam commodamus,  
re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re  
quam acceperit restituenda tenetur.

W poprzednim fragmencie (D. 44, 7, 1, 2) Gaius omawia mutuum<sup>44</sup>. W odróżnieniu od tego kontraktu realnego, w którym istnieje obowiązek zwrotu rzeczy gatunkowo oznaczonych, jurysta w cytowanym fragmencie<sup>45</sup> podkreśla, że biorący w komodat ma zwró-

<sup>39</sup> C. A. Maschi, *Contratti reali*, s. 252, przypuszcza, że brak pełnej listy kontraktów realnych w Gai 3,90 może być też następstwem skrócenia oryginalnego tekstu.

<sup>40</sup> Gaius w Instytucjach przyjął dwójpodział źródeł zobowiązań, dzieląc je na kontraktowe i deliktowe. Solutio indebiti nie mieszcząca się w takim podziale, umieścił po omówieniu mutuum — instytucji najbardziej zbliżonej doń w skutkach. Por. W. Wołodkiewicz, dz. cyt., s. 19.

<sup>41</sup> A. Magdailain, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, s. 107, twierdził, że Gaius nie chcąc rozrywać edyktalnej kategorii kontraktów bonae fidei, celowo nie wymienił wśród kontraktów realnych depozytu, komodatu i fiducji. Użyte jednak velut w Gai 3, 90, nie odnosi się do solutio indebiti, o której mowa jest w Gai 3, 91, gdyż istnieje wyraźne rozróżnienie między tymi tekstami. A więc wyrażenie velut mutui datioe wskazuje na to, że jurysta wymienił kontrakt mutuum jako przykład kontraktu realnego. Por. W. Wołodkiewicz, dz. cyt., s. 19; C. A. Maschi, *Contratti reali*, s. 246 i n.

<sup>42</sup> O commodatum wspomina w Gai 3, 196. 197. 206; 4, 32. 47. 59. 62; o pignus w Gai 2, 60. 64; 3, 200. 204; 4, 147; o depositum w Gai 3, 207; 4, 47. 59. 60. 62. 182. Kontraktami tymi zajmuje się Gaius także w komentarzu do edyktu pretorskiego, np. D. 13, 6, 18; D. 13, 7, 12; D. 20, 1, 9; D. 20, 6, 2; D. 16, 3, 14.

<sup>43</sup> Jednym ze spornych problemów w historii źródeł prawa rzymskiego jest kwestia, czy Res cottidianae jest dziełem Gaiusa czy też powstała w czasach poklasycznych. W obecnym stanie badań nie ma podstaw do wysuwania twierdzeń o poklasycznym pochodzeniu Res cottidianae jako całości. Por. W. Wołodkiewicz, dz. cyt., s. 11—42, który zajmuje się zagadnieniem autorstwa, jak również i stopniem oryginalności przekazu Res cottidianae.

<sup>44</sup> Na temat mutuum por. M. Kaser, RPR I, s. 530 i n. oraz literatura tam cytowana.

<sup>45</sup> Przytoczony fragment wzięty jest z tej części Res cottidianae, która traktuje o źródłach zobowiązań. W D. 44, 7, 1 pr. wymienia Gaius trzy grupy źródeł zobowiązań: kontrakty, maleficia i varia caesarum figuris. Zarówno komodat jak i mutuum należą wg Gaiusa do tej samej kategorii kontraktów — kontraktów realnych. Zagadnienie różnicy pomiędzy Res cottidianae i Institutiones w przedstawianiu źródeł zo-

cić tę samą rzecz, którą otrzymał. Zaznaczył on jednak, że mimo zobowiązania do zwrotu rzeczy indywidualnie oznaczonej, przez użyczenie rzeczy zostaje też zawarty kontrakt, podobnie jak to ma miejsce przy mutuum<sup>46</sup>.

c. Stanowisko prawne komodatariusza różni się jednak od stanowiska pożyczkobiorcy<sup>47</sup>.

Gai 4, 153: Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur.

Z przedstawionego fragmentu wynika, że dający w komodat pozostaje właścicielem i posiadaczem rzeczy użyczonej. Powyższe stwierdzenie zgodne jest także z poglądem Marcellusa.

D. 41, 2, 20 (Marcellus l. 19 *digestorum*):

Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit emptorique tradi iusserit nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum repositenti ei commodatum non reddatur: quid enim si alia quaequam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret?

We fragmencie tym<sup>48</sup> Marcellus przedstawia następujący stan faktyczny: właściciel sprzedaje rzecz poprzednio użyczoną i poleca komodatariuszowi wydać ją kupującemu. Komodatariusz nie wydaje rzeczy. Powstaje problem, czy w takim przypadku sprze-

bowiazań omawia W. Wołodkiewicz, dz. cyt., s. 37 i n., a także s. 43—74.

<sup>46</sup> Jurysta chcąc zaakcentować realny charakter kontraktu komodatu powołał się na mutuum, gdyż podkreślanie realnego charakteru pożyczki było zaznaczone już w samej nazwie kontraktu. Na jego określenie rzadko używano terminu mutuum; często natomiast posługiwano się wyrażeniem mutui datio, a gdy przedmiotem były pieniądze — pecuniam dare. Por. R. E. Viard, *La „mutui datio”*, Paris 1939, s. 11 i n.

<sup>47</sup> Skutkiem dokonania datio przy mutuum było przeniesienie własności z pożyczkodawcy na pożyczkobiorcę. Por. np. D. 12, 1, 2, 2.

<sup>48</sup> G. Beseler, *Miscellanea*, ZSS (Rom. Abt.) 44, 1924, s. 377, przez proponowane zmiany sugeruje, że Marcellus przedstawił w tym fragmencie tylko swoje stanowisko. Wydaje się jednak bardziej prawdopodobne, że Marcellus przedstawił tutaj dyskusję jurystów dotyczącą przeniesienia posiadania rzeczy użyczonej, której odtworzenie z zachowanej redakcji tekstu jest niemożliwe.

dawca dalej pozostaje posiadaczem rzeczy, czy nie. Marcellus uważa, że właściciel nie traci posiadania, gdy domagając się zwrotu rzeczy użyczonej nie zostanie mu ona zwrócona. Swoje twierdzenie argumentuje tym, że nie zachodzi zmiana posiadania, jeśli istnieje jakaś słuszna i uzasadniona przyczyna odmówienia zwrotu rzeczy użyczonej. Takiej przyczyny nie stanowi chyba odmowa zwrotu z tego tytułu, że trwa kontrakt komodatu, gdyż to może podnieść komodatariusz zawsze, ale być nią może inne roszczenie, np. o zwrot nakładów. O istnieniu słusznego i uzasadnionego powodu zatrzymania rzeczy świadczy fakt, że komodatariusz nie dopuszcza się tutaj sprzeniewierzenia, ponieważ nie miał on zamiaru przywłaszczenia<sup>49</sup>. Gdyby bowiem miał zamiar przywłaszczenia, wtedy właściciel utraciłby posiadanie<sup>50</sup>. Natomiast przez uzasadnioną odmowę wydania rzeczy komodatariusz nie staje się posiadaczem rzeczy. Gdyby jednak odmówił jej zwrotu nie mając do tego powodu, stałby się jej posiadaczem. Posiadaczem byłby wówczas nie na podstawie *commodatum* a *furtum*<sup>51</sup>.

O tym, że komodatariusz nie staje się w wyniku zawarcia kontraktu ani posiadaczem ani właścicielem, świadczą także inni jurysci.

D. 13, 6, 8 (Pomponius 1. 5 *ad Sabinum*):

Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus:

D. 41, 2, 30, 6 (Paulus 1. 15 *ad Sabinum*):

Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo... et id quamlibet per plurimum personam factum observandum ita erit.

Jak z przytoczonych fragmentów wynika, własność i posiadanie zachowuje dający w użyczenie. Natomiast komodatariusz nie uzyskuje posiadania.

D. 41, 2, 3, 20 (Paulus 1. 54 *ad edictum*):

Sed si is, qui apud me deposuit vel com-

<sup>49</sup> Gdyby to miało miejsce, wtedy byłoby popełnione *furtum*. Por. Gellius, *Noctes atticae* 11, 18, 20; Gai 3, 195. 197; Pauli Sent. 2, 31, 1 = Coll. 7, 5, 1; D. 13, 1, 20; D. 47, 2, 1, 3; D. 47, 2, 46, 7; D. 47, 2, 50, 2; D. 50, 16, 225. Na temat elementu animus przy *furtum* por. E. Albertario, *Animus furandi*, *Studi III*, Milano 1936, s. 209—235.

<sup>50</sup> Por. D. 41, 2, 3, 18; D. 41, 2, 47; D. 47, 2, 68(67) pr., a także A. Pernice, *Parerga (Überwirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze)*, ZSS (Rom. Abt.) 19, 1898, s. 96 uw. 2.

<sup>51</sup> *Furtum rei* zakłada pozbawienie posiadania. Wynika z tego, że nie można popełnić kradzieży rzeczy, która nie miała posiadacza, np. nie może zaistnieć *furtum rei hereditariae*. Wprawdzie w D. 47, 2, 69(68)—71(70) są przedstawione przypadki, w których można popełnić *furtum rei hereditariae*, ale zastawcy i komodatariuszowi przysługuje *actio furti* nie z tytułu nabycia posiadania, a z tytułu *custodia*.

modavit, eam rem vendiderit mihi vel do-  
naverit, non videbor causam possessionis  
mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

Jurysta zastanawiając się<sup>52</sup>, czy nastąpiła zmiana causa possessionis, jeśli komodatariusz uprzednio użyczoną rzecz kupił albo otrzymał jako darowiznę stwierdza, że nie ma miejsca zmiana causa possessionis, gdyż biorący nie był posiadaczem rzeczy<sup>53</sup>.

D. 13, 6, 9 (Ulpianus 1. 2 ad edictum):

nemo enim commodando rem facit eius cui  
commodat.

D. 43, 26, 1, 3 (Ulpianus 1. 1 institutionum):

Et est simile commodato: nam et qui com-  
modat rem, sic commodat, ut non faciat  
rem accipientis, sed ut ei uti re commodata  
permittat.

Fragment powyższy<sup>54</sup> wzięty jest z tytułu omawiającego precarium<sup>55</sup>. Przy okazji ukazywania tego stosunku prawnego jurysta stwierdza — podobnie jak to czyni w D. 13, 6, 9 — że komodat nie polega na uczynieniu rzeczy (własnością) biorącego<sup>56</sup>, ale jedynie na zezwoleniu korzystania z niej.

Ponieważ komodatariusz, jak wynika z powyższych tekstów, nie jest ani właścicielem, ani posiadaczem<sup>57</sup>, ma ograniczony zakres

<sup>52</sup> Oryginalność słów vel commodavit, a więc zastosowanie do komodatu rozstrzygnięcia w tym fragmencie zawartego, kwestionują: A. Pernice, *Labeo II*, 2, s. 428 uw. 4; De Ruggiero, *Depositum vel commodatum (Contributo alla teoria delle interpolazioni)*, BIDR 19, 1907, s. 53; S. Riccobono, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse (Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta)*, ZSS (Rom. Abt.) 31, 1910, s. 328; G. Beseler, *Miscellanea*, ZSS (Rom. Abt.) 44, 1924, s. 377, który także ma zastrzeżenia co do oryginalności frazy qui ne possidebam quidem.

<sup>53</sup> W przypadku tym może mieć miejsce tzw. traditio brevi manu. Por. S. Riccobono, *Traditio ficta*, ZSS (Rom. Abt.) 33, 1912, s. 273.

<sup>54</sup> Fragment powyższy znajduje się również w Ulpiani ex libris Institutionum fragmenta Vindobonensia 1, l. E. Huschke, *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*, ZSS (Rom. Abt.) 9, 1888, s. 362, uważa, że sic commodat występuje zamiast sic modo dat.

<sup>55</sup> Na temat precarium por. ostatnio P. Zamorani, *Precario habere*, Milano 1969, oraz rec. G. Provera, *Index I*, 1970, s. 380—389 i M. Kaser, *Zur Geschichte des precarium*, ZSS (Rom. Abt.) 89, 1972, s. 94—148; J. Sondel, *Precarium w prawie rzymskim*, Kraków 1971.

<sup>56</sup> Por. E. H. Kaden, rec. (J. Stock, *Zum Begriff der donatio insbesondere in Verhältnis zum commodatum*, Leipzig 1932 — praca niedostępna), ZSS (Rom. Abt.) 53, 1933, s. 616; J. Sondel, *Precarium...*, s. 14 i n.

<sup>57</sup> Prekarzysta natomiast często stawał się posiadaczem rzeczy danej mu w precarium, jak to można wnioskować np. z D. 19, 1, 13, 21; D. 41, 2, 13, 7; D. 41, 2, 36; D. 43, 26, 4, 1; D. 43, 26, 6, 3; D. 43, 26, 22 pr. Por. C. Ferrini, dz. cyt., s. 121; J. Sondel, *Precarium...*, s. 57 i n.

uprawnień w stosunku do rzeczy<sup>58</sup>. Uprawnienia te są ograniczone do możliwości korzystania z rzeczy<sup>59</sup>.

d. Za korzystanie z rzeczy nie świadczy się żadnego ekwiwalentu.

D. 19, 5, 17, 3 (Ulpianus l. 28 *ad edictum*):

Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodarem, ut opus faceret, et apud alterum bos periret, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.

W przytoczonym fragmencie Ulpian przedstawia sytuację, w której sąsiedzi na mocy wzajemnego porozumienia korzystają ze sprzężonych wołów. Świadczenia stron są wzajemne, więc mają charakter odpłatny<sup>60</sup>. Umowę o takie świadczenia uważa Ulpian za kontrakt, ponieważ udziela stronom ochrony cywilnej. Nie jest to jednak kontrakt komodatu<sup>61</sup>, ale umowa nieotypizowana (w doktrynie określana jako kontrakt realny nienazwany), chroniona tylko skargą praescriptis verbis<sup>62</sup>.

D. 13, 6, 5, 12 (Ulpianus l. 28 *ad edictum*):

Rem tibi dedi, ut creditor tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi redas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit...

W cytowanym fragmencie<sup>63</sup> przedstawiony jest następujący stan

<sup>58</sup> Komodatariusz nie ma prawa pobierania pożytków, jak to ma miejsce przy precarium. Por. J. Soudel, *Precarium...*, s. 15.

<sup>59</sup> Por. G. E. Schmidt, *Das commodatum und precarium*, Leipzig 1841, s. 165 i n.

<sup>60</sup> J. Michel, dz. cyt., s. 99, zwraca uwagę, że jest bez znaczenia fakt, czy odpłatność polegałaby na świadczeniu pieniędzy czy byłaby w naturze.

<sup>61</sup> Por. W. Osuchowski, *O nieoznaczonych prawnie stosunkach kontraktowych w klasycznym prawie rzymskim*, Lwów 1933, s. 111, który twierdzi, że za czasów Ulpiana traktowano ten stosunek prawny raczej jako kontrakt użyczenia, choć sam Ulpian nie przyjmuje zaistnienia w tym wypadku commodatum.

<sup>62</sup> Również Ulpian w D. 19, 5, 19, 1 traktuje stosunek oparty na wzajemnej wymianie usług jako nieoznaczony stosunek kontraktowy. Natomiast jeżeli będzie miało miejsce świadczenie zapłaty, uważa za kontrakt locatio conductio. Por. W. Osuchowski, dz. cyt., s. 113; Marcianus w D. 19, 5, 25 wzajemne świadczenia w naturze traktuje jako zamianę. Por. J. Michel, dz. cyt., s. 100.

<sup>63</sup> Fragment powyższy w części zaczynającej się od nisi merces intervenit, jest uważany w mniejszym lub większym stopniu za nieoryginalny. Por. *Index Interp.* ad h.l. E. Albertario, *La costruzione*

faktyczny: dający przekazuje biorącemu rzecz, aby ten dał ją w zastaw swojemu wierzycielowi<sup>64</sup>. Biorący nie wykupuje zastawu, by rzecz daną w zastaw zwrócić dającemu. Labeo traktuje ten stosunek prawny jako kontrakt komodatu, co aprobuje Ulpian z zastrzeżeniem, że nie nastąpiła zapłata; gdyby bowiem miała miejsce zapłata, wtedy powyższy przypadek zostałby zakwalifikowany jako locatio conductio lub stan faktyczny chroniony skargą *in factum*.

W obu fragmentach wyraźnie zostało podkreślone, że komodat powstaje tylko wtedy, gdy ktoś daje rzecz w używanie nieodpłatnie. Jeśli świadczenia stron są wzajemne, ma miejsce umowa nieutypizowana, chroniona skargą *praescriptis verbis*, lub gdy ekwiwalent wyrażony jest w pieniądzu — *locatio conductio*.

Jednakże ostrożnie sformułowanie Ulpiana w D. 13, 6, 5, 12 zaznaczone przez *puto*, przemawia za tym, że bezpłatność użyczenia, która była oczywista dla Labeona, musiała być przez Ulpiana akcentowana z tego względu, iż w jego czasach komodat wychodził powoli z użycia, co widać w terminologii stosowanej w konstytucjach cesarskich, kiedy termin *commodare* traci sens techniczny<sup>65</sup>.

e. Do obowiązków komodatariusza należy zwrócenie rzeczy. Obowiązek ten bliżej precyzuje Pomponius.

D. 19, 5, 26 (Pomponius 1. 21 *ad Sabinum*):

Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est...

Z relacji Pomponiusa wynika, że jeżeli została wręczona rzecz z zastrzeżeniem, że należy oddać tę samą, to powstaje wtedy kontrakt zaskarżalny na podstawie *actio commodati*<sup>66</sup>. Ocena, czy

„*nisi... tunc enim*” *ed altre somiglianti*, *Studi VI*, Milano 1953, s. 72 i n., uważa frazę *nisi* — *agendum erit* za dopisaną przez kompilatorem, gdyż konstrukcja *nisi-tunc* jest jego zdaniem pochodzenia justyniańskiego. W tej części fragment za nieoryginalny uważa też H. H. Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, ZSS (Rom. Abt.) 65, 1947, s. 128; J. Michel, dz. cyt., s. 100. Wydaje się jednak, że klauzula dotycząca świadczenia zapłaty (*merces intervenit*) jest z upodobaniem stosowana przez Ulpiana, por. np. D. 4, 9, 3, 1: *si quidem merces intervenit*; D. 16, 5, 1, 9: *si quidem merces intervenit, puto esse...*; D. 19, 5, 19, 1: *nisi merces intervenit, si intervenit...* Z innych autorów tylko raz używa jej Paulus (D. 19, 3, 2). Z tego względu nie można jej przyjąć za interpolowaną.

<sup>64</sup> O możliwości dania cudzej rzeczy w zastaw świadczy też D. 13, 7, 9 pr.; D. 13, 7, 9, 4; D. 13, 7, 20 pr. Por. też F. Pastori, *Gaio e la responsabilità contrattuale*, LABEO 2, 1956, s. 308 i n.

<sup>65</sup> Por. F. de Francisci, dz. cyt. I, s. 182; W. Osuchowski, *O nieoznaczonych...*, s. 100; P. Michel, dz. cyt., s. 102; C. A. Maschi, *Contratti reali*, s. 295.

<sup>66</sup> Por. D. 12, 1, 2 pr.: *Muttum damus recepturi non eandem specie quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem*



rzecz została zwrócona czy nie, zależy nie tylko od obiektywnych przesłanek zwrócenia rzeczy, ale także od jakości zwróconej rzeczy.

D. 13, 6, 3, 1 (Ulpianus 1. 28 *ad edictum*):

Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.

Według cytowanego fragmentu Ulpiana, biorący w użyczenie ma obowiązek zwrócenia rzeczy, nisi quid interest praestetur<sup>67</sup>. Klauzula ta wskazuje na możliwość świadczenia różnicy między rzeczą pełnowartościową a zniszczoną, w celu zaspokojenia roszczeń komodatanta<sup>68</sup>. Zwrócenie rzeczy zniszczonej traktuje się jako brak zwrotu<sup>69</sup>. Wynika stąd, że korzystanie z rzeczy nie powinno wykraczać poza granice jej używalności<sup>70</sup>. W rozstrzygnięciu tym nie zajmuje się Ulpian kwestią, czy zniszczenie rzeczy nastąpiło z winy komodatariusza czy nie, a jedynie stwierdza, że zniszczenie nastąpiło i że za to korzystający z niej jest odpowiedzialny.

Powstaje jednak problem, czy każdy brak zwrotu rzeczy używanej, ewentualnie zwrócenie jej w nieodpowiednim stanie należy traktować jako niewywiązanie się z przyjętego zobowiązania.

D. 44, 7, 1, 4 (Gaius 1. 2 *aureorum*):

Et ille quidem qui mutuuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare com-

genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuuum.

<sup>67</sup> Oryginalność tej klauzuli kwestionuje G. Beseler, *Miszelen*, ZSS (Rom. Abt.) 47, 1927, s. 366; M. Kaser, *Quanti ea res est (Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht)*, München 1935, s. 77; za jej oryginalnością opowiada się D. Medicus, *Id quod interest (Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes)* Köln—Graz 1962, s. 260 i n.

<sup>68</sup> Por. C. Ferrini, dz. cyt., s. 86; D. Medicus, dz. cyt., s. 260 i n.

<sup>69</sup> Obowiązek zwrotu tej samej rzeczy istnieje także przy depositum. Por. D. 16, 3, 1, 16; D. 44, 7, 1, 5, gdzie analogicznie zwrot rzeczy zniszczonej jest traktowany jako brak zwrotu. Jednakże sformułowania Ulpiana dicit potest i non videbitur wskazują, że obowiązek ten nie jest bezwzględny.

<sup>70</sup> Por. A. Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, s. 132; C. A. Maschi, *Contratti reali*, s. 164 i n.

pellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit, sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.

Gaius przedstawiając odpowiedzialność kontraktową stwierdza, że mutuum accipiens jest zobowiązany z kontraktu mutuum bez względu na to, w jakich okolicznościach utracił rzecz. Komodatariusz zaś, prawdopodobnie dlatego, że przedmiot komodatu były rzeczy indywidualnie oznaczone, jest zwolniony z zobowiązania, jeśli utracił rzecz na skutek zaistnienia casus maior. Okoliczności, którym nie można się przeciwstawić, na skutek których ginie rzecz, jak np. pożar, zatonięcie, zwalniają od odpowiedzialności, gdyż korzystający z rzeczy nie ma możliwości ich zwrotu. Biorący w używanie jest tylko detentorem, więc ryzyko losowej utraty nie należy do niego. Pożyczkobiorca natomiast z chwilą otrzymania rzeczy staje się ich właścicielem i jako taki ponosi wszelkie ryzyko przypadkowego ich zaginięcia. Jednocześnie jest on zobowiązany do zwrotu określonego gatunku i do chwili świadczenia obojętne jest, czy pożyczone przez niego rzeczy przepadły, ponieważ ciągle pozostają inne rzeczy z tego gatunku, które nadal winien on świadczyć<sup>71</sup>. Interpretacja dalszej części tekstu ze względu na podejście o przeróbki interpolacyjne rodzi poważne trudności<sup>72</sup>. Według poglądu niektórych romanistów tekst zaczynający się od alias... wprowadza odrębne kryterium odpowiedzialności, oparte na custodia, które nie ma żadnego odniesienia do części pierwszej omawianego źródła<sup>73</sup>. Wydaje się jednak, że chociaż w pierwszej części tekstu wyraźnie nie ma mowy o custodia, to z przedstawionego tam stanu faktycznego wynika, że wtedy, gdy istnieje możliwość przeciwdziałania utracie rzeczy, należy ją wykorzystać. Dopiero, kiedy człowiek z powodu swojej słabości nie jest w stanie zapobiec utracie rzeczy, nie jest za nią odpowiedzialny. Trudno się też zgodzić z poglądem<sup>74</sup>, że w tej części tekstu klasyczne poję-

<sup>71</sup> Por. F. de Robertis, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana II*, Bari 1972, s. 312 i n., według którego pożyczkobiorca ponosi odpowiedzialność za wszelkie ryzyko, a więc spoczywa na nim odpowiedzialność absolutna, tj. także za vis maior. Krytycznie do tego poglądu ustosunkował się M. Kaser, *RPR II*, s. 370 uw. 11.

<sup>72</sup> Por. *Index Interp.* ad h.l.

<sup>73</sup> Por. C. A. Cannata, *Ricerche sulla responsabilità nel diritto romano I*, Milano 1966, s. 118.

<sup>74</sup> Por. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità*, s. 73, który podnosi

cie custodia zostało wchłonięte i przetransponowane z kryterium odpowiedzialności obiektywnej na subiektywną, gdzie custodia miałyby wskazywać na odpowiedzialność obiektywną, a diligentia na odpowiedzialność opartą na kryterium subiektywnym. Z interpretacji tekstu wynika bowiem, że w rzeczywistości nie da się oddzielić custodia od diligentia<sup>75</sup> i dlatego w razie losowego zaginięcia rzeczy nie tylko custodia, ale także diligentia exactissima nie może być brana pod uwagę<sup>76</sup>. Można jedynie przyjąć, że w miejsce custodiam praestare debet została wstawiona fraza exactissimam diligentiam... poterit<sup>77</sup>. Klasycy mówili o custodia praestare, poklasycy używali custodiam plenam albo diligentiam w stopniu najwyższym. Dlatego chociaż exactissima diligentia i diligentia quam suis rebus adhibet są wyrażeniami pochodzącymi od kompilatorów, to jednak nie wprowadzają one zmiany merytorycznej<sup>78</sup>. Jeśli przyjmie się, że była to interpolacja, to należy zastrzec, że dotyczyła ona tylko formy wyrażenia, a nie meritum rozstrzygnięcia, uwzględniając zwłaszcza, że wyrażenie exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur w D. 44, 7, 1, 4 odpowiada w Gai 3, 206 necesse habet custodiam praestare<sup>79</sup>. Dlatego można stwierdzić, że mimo ewentualnych przeróbek sens omawianego fragmentu nie został zmieniony<sup>80</sup>.

także, że jest to fraza gramatycznie błędna, gdyż występuje w niej diligentia custodiendae rei zamiast diligentia custodienda re i z tego względu nie może być ona klasyczną.

<sup>75</sup> W źródłach literackich spotyka się wyrażenie diligentia i custodia występujące łącznie. Por. np. Cicero, *ad fam.* 6, 5, 1: ...legitur a me diligenter et custoditur diligentissime; Seneca, *de benef.* 5, 5, 2: ... admonitiones, severitatem et inconsultae adulescentiae diligentem custodiam; Plinius, *nat. hist.* 33, 118: ... nullius rei diligentiore custodia. Por. także D. 13, 6, 5, 5: Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.

<sup>76</sup> Por. P. Krü ck m a n n, *Custodia*, ZSS (Rom. Abt.) 64, 1944, s. 33.

<sup>77</sup> H. H. Pflüger, dz. cyt., s. 132 i n., uważa, że wprawdzie można skreślić exactissimam diligentiam... poterit i wstawić w to miejsce custodiam praestare debet, ale wtedy łagodzi się zakres odpowiedzialności. W związku z tym skreśla alias tamen... poterit, a w konsekwencji także maioribus casibus, nie w to miejsce nie wstawiając.

<sup>78</sup> Por. C. Alzon, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en Droit romain*, Paris 1964, s. 92 i n.

<sup>79</sup> Por. V. Arangio-Ruiz, *D. 44, 7, 25 § 1 e la classificazione Gaiana delle fonti di obbligazione*, *Melanges Cornil I*, Paris 1926, s. 93 i n.; tenże, *Responsabilità*, s. 73; G. Mac Cormack, *Custodia*, ZSS (Rom. Abt.) 89, 1972, s. 174.

<sup>80</sup> Por. P. Krü ck m a n n, dz. cyt., s. 33; C. Alzon, dz. cyt., s. 92 i n.; G. Mac Cormack, *Custodia*, s. 174. Inaczej E. Grupe, *Zur Sprache der Gaianischen Digestenfragmente*, ZSS (Rom. Abt.) 18, 1897, s. 218; F. Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht (Über Haftung für custodia)*, ZSS (Rom. Abt.) 40, 1919, s. 202 i n.; W. Kunkel, *Diligentia*, ZSS (Rom. Abt.) 45, 1925, s. 271 i n.; por. też H. Heumann — E. Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>10</sup>, Graz 1958 (s.v. custodia), s. 116 i n.

Ostatnia fraza tekstu zawiera rozstrzygnięcie, według którego mimo zaistnienia casus maior, komodatariusz jest odpowiedzialny, ponieważ rzecz zginęła, kiedy korzystał z niej inaczej niż mu zezwolono.

Powyższe rozstrzygnięcie Gaiusa znajdujące się w Res cottidianae koresponduje z rozstrzygnięciem z jego komentarza do edyktu pretorskiego.

D. 13, 6, 18 pr. (Gaius 1. 9 ad edictum provinciale):

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet...

W cytowanym fragmencie<sup>81</sup> Gaius określa odpowiedzialność biorącego w użyczenie według kryterium diligentia oraz wymienia sytuacje przypadkowej utraty, za którą ten nie ponosi odpowiedzialności<sup>82</sup>. Przy korzystaniu z rzeczy użyczonej należy dolożyć takiej staranności, z jaką każdy troskliwy ojciec rodziny dba o swoje dobra<sup>83</sup>. Biorący w użyczenie nie odpowiada tylko za takie wy-

<sup>81</sup> Fragment powyższy jest uważany za interpolowany. Por. *Index Interp. ad h.l.*; H. Heumann — E. Seckel, *Handlexicon, s.v. custodia*, s. 116 i n.

<sup>82</sup> Według zwolenników interpolacji tego tekstu słowo diligentia użyte w relacji do vis maior zostało wstawione w miejsce custodia. Por. B. Kübler, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, ZSS (Rom. Abt.) 39, 1918, s. 177 i n.; F. Haymann, dz. cyt., s. 204; W. Kunkel, dz. cyt., s. 271; D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens*, ZSS (Rom. Abt.) 73, 1956, s. 81; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità*, s. 73 uw. 1 Jednak, jak słusznie podnosi C. A. Cannata, dz. cyt., s. 145, w D. 13, 6, 18 pr. przedstawione są przypadki, które nie mogą być oceniane wg kryterium custodia, jak np. fuga servorum qui custodiri non solent, dlatego nie można mówić, że tekst ten jest interpolowany. Por. G. MacCormack, *Custodia*, s. 208 i n.

<sup>83</sup> P. Krückmann, dz. cyt., s. 33, przyznaje, że przez przyjęcie

darzenia, jakie nastąpiły sine dolo et culpa<sup>84</sup>, jeśli im nie można zapobiec, jak w przypadku śmierci niewolników, napadu zbirów, wtargnięcia wrogów, zasadzki piratów, rozbicia okrętu, pożaru, ucieczki niewolników, którzy nie wymagali pilnowania. Następnie jurysta przedstawia okoliczności, które nie wyłączają odpowiedzialności komodatariusza nawet za losową utratę rzeczy. Do takich okoliczności należy korzystanie z rzeczy w sposób sprzeczny z wolą dającego w używanie.

Podobne kryterium odpowiedzialności komodatariusza przy zaistnieniu casus maior zostało także sformułowane przez Ulpiana.

D. 13, 6, 5, 4 (Ulpianus l. 28 ad edictum):

Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

W przytoczonym fragmencie<sup>85</sup> jurysta przedstawia przypadki, kiedy rzecz została zniszczona, a nie można za to winić biorącego w używanie. Ma to miejsce np. wtedy, gdy użyczony niewolnik zmarł, gdy rzecz użyczona została zrabowana, czy dom, w którym się znajdowała spłonął lub zawalił się, czy nastąpiło inne damnum fatale. Jeśli biorący nie ponosił winy za skutki wydarzenia losowego, ryzyko utraty spoczywało na tym, do kogo należał przedmiot użyczony. Komodatariusz jest odpowiedzialny za utratę rzeczy tylko wtedy, gdy sam zawińił nastąpieniu wypadku losowego,

---

tak wysokiego stopnia odpowiedzialności, Gaius faktycznie uznał odpowiedzialność za casus.

<sup>84</sup> Wyrażenie sine dolo et culpa eius accidunt z tego względu, że nie można go pogodzić z odpowiedzialnością za custodia, uważaną za oryginalną, jest przyjmowane za interpolowane. Por. F. Haymann, dz. cyt., s. 204; F. Pastori, *Commodato*, s. 273 uw. 29. C. A. Cannata, dz. cyt., s. 145, uważa, że zabicie niewolnika nie należy do problemu custodia, a komodatariusz jest tylko wtedy za nie odpowiedzialny, gdy on sam zabił (dolus), albo dał powód do zabicia (culpa).

<sup>85</sup> Cały fragment uważa za poklasyczny P. Collinet, *La genèse du digeste du code et des institutes de Justinien*, Paris 1952, s. 140 i n. i V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità*, s. 97, z tego względu, że zawiera tłumaczenie odpowiedzialności wg teorii winy powstałej wg nich w okresie poklasycznym. Por. też C. Ferrini, dz. cyt., s. 156 uw. 1; W. Kunkel, dz. cyt., s. 269 uw. 1; H. H. Pflüger, dz. cyt., s. 124 i n. Natomiast wg G. MacCormacka, *Custodia*, s. 210 uw. 176, nieoryginalność tego tekstu nie została udowodniona.

albo, jeśli taki wypadek nastąpił, ratował tylko swój dobytek, nie troszcząc się o rzecz daną w użyczenie<sup>86</sup>.

f. Odpowiedzialność komodatariusza za uszkodzenie lub zniszczenie rzeczy uzależniona też była od sposobu określenia korzystania z rzeczy użyczonej.

D. 13, 6, 5, 7 (Ulpianus l. 28 ad edictum):

Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduces, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligavit.

We fragmencie tym<sup>87</sup> uzależnia Ulpian odpowiedzialność komodatariusza za mortis damnum od oznaczenia sposobu używania. Jeżeli sposób korzystania z rzeczy został wyraźnie określony, a komodatariusz korzystał z rzeczy inaczej, wtedy on ponosi odpowiedzialność za jej utratę. Sprzeniewierzenie używania ma miejsce wtedy, gdy np. koń użyczony został do przejażdżki do zabudowań

<sup>86</sup> Por. Pauli Sent. 2, 4, 2, a także na temat stosunku tego tekstu do D. 13, 6, 5, 4 P. Collinet, dz. cyt., s. 140 i n. Por. także G. MacCormack, *Culpa*, SD 38, 1972, s. 166.

<sup>87</sup> Cytowany fragment jest w mniejszym czy większym stopniu uważany za przerobiony. Por. F. Haymann, dz. cyt., s. 261 i n.; W. Kunkel, dz. cyt., s. 273 i n.; E. Seckel — E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS (Rom. Abt.) 47, 1927, s. 253 uw. 1; G. Beseler, *Romanistische Studien*, TR 8, 1928, s. 286; H. H. Pflüger, dz. cyt., s. 126 i n.; M. Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, SD 20, 1954, s. 204. Krytycznie co do przeróbek interpolacyjnych tego tekstu ustosunkował się W. W. Buckland, *Diligens Paterfamilias, Studi Bonfante II*, Milano 1930, s. 93 i n. twierząc, że treść tego fragmentu mimo wielu usterek gramatycznych i stylistycznych powstałych na skutek streszczenia rozważań Ulpiana, dokonanego przez kompilatorów jest pochodzenia klasycznego. Opinię tę uważa za właściwą G. MacCormack, *Custodia*, s. 210.

wiejskich, a komodatariusz zabrał go z sobą na wojnę. Natomiast jeżeli koń został użyzony na wojnę, to ryzyko utraty ponosi komodant. Analogicznie będzie wyglądała sytuacja przy użyczeniu niewolnika.

Dalsze rozważania Ulpiana jeszcze wyraźniej eksponują skutki sposobu określenia korzystania z rzeczy użyczonej. Namusa powołany przez Ulpiana uważa, że jeżeli niewolnik tektor został użyzony, to przez to należy rozumieć, że będzie on pracował na rusztowaniu<sup>88</sup>. Jeżeli użyzony niewolnik tektor spadnie z rusztowania, to ryzyko ponosi komodant. Ulpian natomiast wychodzi z założenia, że użyczenie tektora nie zakłada jego pracy na rusztowaniach, gdyż można było tego tektora wykorzystywać także do innych czynności niż jego kwalifikacje zawodowe. W swoich wywodach uwzględnia on wszelkie możliwe sytuacje, jakie mogą zaistnieć przy posługiwaniu się niewolnikiem tektorem. Niewolnik tektor został użyzony, ut et in machina operaretur; następnie, że komodatariusz otrzymał go, ut de plano opus faceret (w obu wypadkach niewolnik został użyzony do pracy wykonywanej w odpowiednio określonych warunkach); oraz, że niewolnik został użyzony, ut et in machina operaretur, ale machina została sporządzona nie przez użyczonego niewolnika, albo materiał użyty w tym celu był niewłaściwy.

Wyliczenie wszystkich tych okoliczności wskazuje, że sposób korzystania z niewolnika został w umowie wyraźnie określony<sup>89</sup>, a odpowiedzialność za ryzyko jest uzależniona od tego, czy rzecz była używana zgodnie z umową czy nie<sup>90</sup>. Jeżeli komodatariusz korzysta z niewolnika w sposób umówiony, ryzyko utraty ponosi dający. Natomiast przy korzystaniu niezgodnym — ryzyko należy do komodatariusza.

W omawianym fragmencie można dopatrywać się pewnej ewolucji poglądów prawników. Według Namusy sposób korzystania z rzeczy określałoby jej naturalne przeznaczenie. Jednak już wg Ulpiana cel użyczenia i sposób korzystania z rzeczy użyczonej winien być określony przez dającego w komodat.

<sup>88</sup> A więc w sposób określony zgodnie z jego naturalnym przeznaczeniem. Por. G. E. Schmidt, dz. cyt., s. 159 i n.; F. Pastori, *Commodato*, s. 135. Por. także *Fragm. Vat.* 72 i n., D. 7, 1, 12, 1.

<sup>89</sup> Inaczej G. Cicogna, *Ancora sull'uso nel commodato*, BIRD 19, 1907, s. 243, który twierdzi, że użyczenie niewolnika-tektora ut de plano opus faceret, nie implikuje określonego sposobu korzystania; podobnie jak w D. 13, 6, 5, 13: Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem, nie ma mowy o wyraźnym określeniu sposobu korzystania. Por. też poprzednio B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>9</sup> II, Frankfurt am Main 1906, s. 592 i n.

<sup>90</sup> Por. G. E. Schmidt, dz. cyt., s. 161 i n.; J. Miquel, *Periculum locatoris (Ricerche in tema di responsabilità contrattuale)*, ZSS (Rom. Abt.) 81, 1964, s. 151; G. MacCormack, *Culpa*, s. 166.

O tym, że sposób korzystania z rzeczy i związany z tym zakres odpowiedzialności uzależniony jest od umowy, świadczą także teksty Pomponiusa, Gaiusa i Paulusa.

D. 13, 6, 23 (Pomponius 1. 21 *ad Quintum Mucium*):  
Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.

We fragmencie tym<sup>91</sup> przedstawiony jest przypadek użyczenia konia do określonej podróży. Komodatariusz korzysta z niego w sposób wyznaczony przez dającego, dlatego też skutki uszkodzenia konia ponosi dający.

D. 47, 2, 77 (76) pr. (Pomponius 1. 38 *ad Quintum Mucium*):

Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.

We fragmencie tym<sup>92</sup> ocena prawidłowego korzystania z komodatu uzależniona jest wyłącznie od woli strony dającej. Jeżeli bowiem ktoś rzecz użyczoną używa inaczej niż mu zezwolono, gdyż uważa, że nie czyni tego wbrew woli właściciela, nie odpowiada za furtum. Odpowiedzialność komodatariusza będzie uzależniona od tego, czy miał podstawy sądzić, że na takie używanie zgodzi się właściciel<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> F. Haymann, dz. cyt., s. 176 uw. 6 poddaje w wątpliwość oryginalność tego fragmentu. Za interpolowany uważa go też G. Beseler, *Unklassische Wörter*, ZSS (Rom. Abt.) 56, 1936, s. 49; za oryginalnością tego tekstu opowiadają się F. Pastori, *Commodato*, s. 288 i n.; D. Nörr, dz. cyt., s. 98 uw. 122; C. Alzon, dz. cyt., s. 66 uw. 347; G. MacCormack, *Custodia*, s. 212.

<sup>92</sup> Fragment ten w części dotyczącej depositum jest uważany za wstawkę poklasyczną. Por. W. Litewski, *Depositary's Liability in Roman Law*, AG 190, 1976, s. 13 uw. 39 i autorzy tam cytowani. Także odniesienie culpa do commodatum bezzasadnie kwestionują jako klasyczne F. Haymann, dz. cyt., s. 182; J. Burillo, *Las formulas de la „actio depositi”*, SD 28, 1962, s. 270; por. też F. Pastori, *Commodato*, s. 279; G. MacCormack, *Custodia*, s. 211 uw. 180.

<sup>93</sup> Por. G. MacCormack, *Custodia*, s. 211; tenże, *Culpa*, s. 166; W. Litewski, dz. cyt., s. 13.



Gai 3, 196: Ita que si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit. Et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset.

W przytoczonym fragmencie Gaius mówi, że furtum popełnia ten, kto korzysta z rzeczy użyzyczonej w inny sposób niż to było umówione<sup>94</sup>.

Gai 3, 197: Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri; optima sane distinctio, quod furtum sine dolo malo non committitur.

Gaius rozważa tu<sup>95</sup> sytuację, gdy biorący korzysta z rzeczy w inny sposób, niż było mu zezwolone. Furtum popełnia on tylko wtedy, gdy uważa, że takie korzystanie jest sprzeczne z wolą dającego. Natomiast jeżeli komodatariusz uważa, że dający zaakceptowałby jego postępowanie, wtedy, wg Gaiusa, nie popełnia furtum, gdyż nie robi tego podstępnie<sup>96</sup>.

D. 47, 2, 40 (Paulus 1. 9 ad Sabinum):

Qui iumenta sibi commodata longius duxerit alienave re invito domino usus sit, furtum facit.

W powyższym fragmencie mowa jest o tym, że ten, kto zwierzęta juczne jemu użyzyczone dalej prowadził niż to było umówione, czy rzecz użyzyczoną bez zgody właściciela inaczej używał, popełnia furtum.

Na konieczność określenia sposobu korzystania z rzeczy użyzyczo-

<sup>94</sup> Por. Gai Epitome 2, 11, 4: Et si quis rem utendam acceperit aut commendatam apud se habuerit, et ea aliter usus fuerit, quam accepit, furti actione tenetur.

<sup>95</sup> Oryginalność tego fragmentu kwestionuje E. Albertario, *Delictum e crimen, Studi III*, Milano 1936, s. 182; S. Solazzi, *La responsabilità del commodatario nelle Istituzioni di Gaio*, IURA 6, 1955, s. 144.

<sup>96</sup> Por. D. 47, 2, 46, 7: Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? is ergo solus fur est, qui adtrectavit. quod invito domino se facere scivit.

nej wskazuje także Ulpian w dalszym fragmencie cytowanego już komentarza.

D. 13, 6, 5, 8 (Ulpianus l. 28 ad edictum):

Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro undecimo digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio: si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur.

W przytoczonym fragmencie<sup>97</sup> mowa jest o użyczeniu kodeksu. Jeżeli dający kodeks zezwolił na uczynienie w nim zapisu, a później ten zapis wymazał, jest zobowiązany z tego tytułu. Natomiast jeżeli taki kodeks został użyczony, ale nie w celu uczynienia w nim zapisu, a biorący w używanie zapis w nim uczynił, ponosi za to odpowiedzialność. Wynika z tego, że sposób korzystania z rzeczy musi być wyraźnie określony, skoro używanie rzeczy nawet zgodne z jej naturalnym przeznaczeniem, a niezgodne z umową, rodzi odpowiedzialność. Wskazuje na to zarówno Ulpian w słowach: quin immo et qui alias re commodata utitur..., jak i cytowany przez niego Iulian w słowach: quoniam aliter re commodata usus es<sup>98</sup>.

D. 13, 6, 10 pr. (Ulpianus l. 29 ad Sabinum):

Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit, verum est: nam si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur.

I tu Ulpian zajmuje się odpowiedzialnością za korzystanie z rzeczy użyczonej. Jeżeli biorący w komodat korzystał z rzeczy w sposób umówiony i zniszczył ją, nie odpowiada za to, jeżeli nie było z jego strony culpa; gdy zaś zniszczył ją w sposób zawiniony, jest za to zniszczenie odpowiedzialny.

Z przytoczonych rozważań wynika, iż sposób korzystania z rzeczy przy commodatum powinien być wyraźnie określony przez

<sup>97</sup> Co do przeróbek tego fragmentu por. *Index Interp.* ad h.l.

<sup>98</sup> Por. G. E. Schmidt, dz. cyt., s. 163 i n.

strony. Takie określenie sposobu korzystania wpływa bowiem na zakreszenie granic odpowiedzialności (popelnienie *furtum* — odpowiedzialność za zniszczenie rzeczy). Może się bowiem zdarzyć (jak w D. 13, 6, 5, 7; D. 13, 6, 5, 8), iż komodatariusz używa rzeczy zgodnie z jej naturalnym przeznaczeniem, a mimo to ponosi odpowiedzialność, ponieważ przekroczył granice umowy. Określenie sposobu korzystania przeszło pewną ewolucję. Według Namusy cytowanego przez Ulpiana (D. 13, 6, 5, 7), sposób korzystania wynikał z naturalnego przeznaczenia rzeczy. Prawdopodobnie jednak zdarzały się sytuacje, gdy strony określały sposób korzystania inaczej, niż wynikałoby to z jej przeznaczenia, np. D. 13, 6, 5, 7, dlatego też juryści okresu klasycznego podkreślali, iż przy komodacie strony powinny wyraźnie określić sposób korzystania, ponieważ takie dokładne określenie wpływało na wyznaczenie granic odpowiedzialności. Jeżeli sposób korzystania z rzeczy wyznaczało jej naturalne przeznaczenie, ryzyko przypadkowej utraty ponosi dający w komodat. Jeżeli natomiast sposób korzystania został bliżej sprecyzowany, a biorący w używanie korzysta z rzeczy w sposób sprzeczny z umową, ryzyko utraty należy do biorącego.

g. Oprócz określenia sposobu korzystania z rzeczy, innym elementem wpływającym na zakres odpowiedzialności była *utilitas contrahentium*.

D. 13, 6, 5, 2—3 (Ulpianus l. 28 *ad edictum*):

Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. 3. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

W przytoczonym fragmencie<sup>99</sup> mowa jest o tym, że kryterium odpowiedzialności kontraktowej jest niekiedy dolus, niekiedy culpa, a czasem i wszelkie ryzyko. Za dolus odpowiada się przy depozycie, ponieważ depozytariusz nie ma żadnej korzyści z kontraktu. Jeśli zaś obaj kontrahenci mają pożytek z kontraktu, odpowiadają wtedy za dolus i culpa, jak to ma miejsce przy emptio-ventitio, locatio-conductio, dos, pignus i societas. Natomiast commodatum należy do tych kontraktów, które z zasady przynoszą korzyść tylko stronie biorącej, wobec tego komodatariusz odpowiada za dolus i culpa oraz diligentia, a nawet w przypadku użyczenia res aestimata — za omne periculum.

Fragment powyższy stanowi część komentarza mówiącą o odpowiedzialności komodatariusza, którą jak widać, wkomponował Ulpian w system odpowiedzialności kontraktowej, opartej na zasadzie korzyści<sup>100</sup>. Przyjmuje się, że sama zasada wyrażona w regule, iż strona, która czerpie korzyść z kontraktu, odpowiada za culpa, natomiast jeśli nie czerpie korzyści — za dolus, sformułowana została dopiero przez doktrynę poklasyczną<sup>101</sup>. Jednak już w czasach klasycznych jurysprudencja stopniowała odpowiedzialność w zależności od osiągniętej korzyści z kontraktu<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Wyrażenie et quidem in contractibus interdum dolus solum, interdum et culpam praestamus, które zakłada odpowiedzialność na podstawie winy, uważane jest za przeróbkę poklasyczną, dokonaną w celu wprowadzenia nowej orientacji, bazującej na teorii winy. Por. F. Haymann, dz. cyt., s. 218 uw. 2; W. Kunkel, dz. cyt., s. 312; F. Wieacker, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, ZSS (Rom. Abt.) 54, 1943, s. 53 i n.; H. H. Pflüger, dz. cyt., s. 121 i n.; P. Collinet, dz. cyt., s. 135 i n.; F. Pastori, *Commodato*, s. 220. Por. też trafną egzegezę tekstów dokonaną przez D. Nörra, dz. cyt., s. 103 i n. Oryginalności tekstu broni P. Krückmann, dz. cyt., s. 16 i n.; na temat interpolacji poszczególnych słów por. G. Mac Cormack *Custodia*, s. 207 uw. 169 i cytowani tam autorzy.

<sup>100</sup> H. H. Pflüger, dz. cyt., s. 121, uważa, że Ulpian w oryginalnym rozstrzygnięciu traktował tylko o odpowiedzialności biorącego w użyczenie, natomiast przedstawienie systemu odpowiedzialności kontraktowej jest przeróbką poklasyczną.

<sup>101</sup> Por. M. Kaser, RPR I, s. 512 z lit. w uw. 74, a także RPR II, s. 346 i n. z lit. w uw. 6.

<sup>102</sup> Por. G. Segre, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, *Scritti vari*, Torino 1953, s. 76 i n.; B. Kübler, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, *Festgabe Gierke II*, s. 235—276 (praca niedostępna), której tezy powtórzył on także w *Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, ZSS (Rom. Abt.) 38, 1917, s. 73 i n.; tenże, *Die Haftung*, s. 181; F. Wieacker, dz. cyt., s. 54; G. Morton, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, RIDA 3, 1949, s. 187; K. Visky, dz. cyt., s. 483; F. Pastori, *Commodato*, s. 225 i n. uw. 32; D. Nörr, dz. cyt., s. 119; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità*, s. 98.

Przykładem takiego stopniowania odpowiedzialności może być także tekst Gaiusa.

Gai 3, 206: Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare. 207. Sed is apud quem res deposita est custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo <mallo> fecerit. Qua de causa <si> res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino competat.

Gaius uzasadnia zobowiązanie komodatariusza do custodia<sup>103</sup> korzyścią, którą czerpie z kontraktu, podobnie jak wspomniani wcześniej w Gai 3, 205 fullo i sarcinator<sup>104</sup>. Korzyść uzyskana przez komodatariusza z kontraktu usprawiedliwia jego obowiązek custodia, którego nie ma przy depositum<sup>105</sup>. Na podstawie powyższych rozważań Gaiusa zamieszczonych w Instytucjach, które uległy przeróbkom kodyfikatorów justyniańskich<sup>106</sup>, można wnio-

<sup>103</sup> Na temat klasycznego pochodzenia sformułowania custodiam praestare, por. F. Pastori, *Commodato*, s. 187 i n. oraz polemikę co do jego twierdzeń: S. Solazzi, *Responsabilità*, s. 139 i n.; F. Pastori, *Gaio*, s. 291 i n., 313 i n.; G. I. Luzzatto, *Commodati... vel contra*, LABEO 2, 1956, s. 360 i n. Por. też M. A. Metro, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966 (praca niedostępna — rec. P. Cornioley, *Due aspetti poco noti della „custodia”*, LABEO 15, 1969, s. 201 i n.; rec. R. Villers, *„Custodiam praestare”* Index 1 1970, s. 33 i n.; C. A. Cannata, dz. cyt., s. 37 uw. 79; rec. J. Sordel, *Per lo studio della responsabilità contrattuale*, Index 1, 1970, s. 377 i n.); B. Albanese, D. 13, 6, 9 e D. 19, 2, 41 *nel quadro dei problemi della „custodia”*, *Studi Grosso* I, s. 79 i n.; M. Kaser, *RPR* I, s. 506 i n.; G. Mac Cormack, *Custodia*, s. 155 i n.

<sup>104</sup> Fullo i sarcinator w Gai 3, 205 są wymienieni przykładowo, por. Gai 3, 162. Do custodia są zobowiązane także inne osoby zawierające kontrakt locatio-conductio, jeśli czerpią korzyść z tego kontraktu: np. nauta, caupo, stabularius — por. D. 4, 9, 3, 1; D. 4, 9, 5 pr. łącznie z D. 19, 2, 40; D. 47, 5, 1, 4, horrearius — por. D. 1, 15, 3, 2; D. 19, 2, 55 pr.; D. 19, 2, 60, inspector — por. D. 13, 6, 10, 1; D. 19, 5, 17, 4. Por. też D. 47, 2, 14, 17.

<sup>105</sup> Depozytariusz, ponieważ nie ma korzyści z kontraktu, odpowiada tylko za dolus, por. D. 44, 7, 1, 5; D. 13, 6, 5, 2; D. 19, 5, 72; Coll. 10, 2, 1. Por. F. Wieacker, dz. cyt., s. 63; D. Nörr, dz. cyt., s. 75; W. Litewski, dz. cyt., s. 36 i n. Odpowiedzialność depozytariusza za custodia może mieć miejsce wtedy, gdy ją wyraźnie umówiono. Por. D. 16, 3, 1, 35. Por. też W. Litewski, dz. cyt., s. 55 i n.

<sup>106</sup> Bezzasadny wydaje się być pogląd G. Beselera, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen II*, Tübingen 1911, s. 116 i n.; ten-

skować o klasycznym pochodzeniu zróżnicowania odpowiedzialności kontrahentów ze względu na uzyskiwaną korzyść z kontraktu, a tym samym jest to dowód pośredni na klasyczne pochodzenie tekstów, które traktują o zasadzie korzyści.

D. 13, 6, 18 pr. (Gaius 1. 9 *ad edictum provinciale*):

...haec ita, si dumtaxat accipientis gratia comodata sit res. at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam susceperis et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

Fragment<sup>107</sup> powyższy dotyczy również ustalenia kryterium odpowiedzialności, która jest uzależniona od korzyści uzyskanej z kontraktu. W tekście w zasadzie mowa jest o określeniu odpowiedzialności w sytuacji, kiedy korzyść uzyskuje komodatariusz. Jurysta zastrzega jednak, że korzyść z kontraktu komodatu mogą czerpać wyjątkowo obaj kontrahenci, np. gdy ktoś dał w używanie swoje naczynie na ucztę dla wspólnego przyjaciela. Gaius stwierdza, że niektórzy jurysci uważają, iż w takim przypadku komodatariusz odpowiada tylko za dolum, natomiast sam przyznaje, iż nie powinien on odpowiadać za culpa<sup>108</sup>. Sytuacje, w których komodant ma korzyść z kontraktu, są przedstawione także w innych źródłach.

że, *Romanistische Studien*, TR 8, 1928, s. 282 i n., że Gai 3, 206 jest dodatkiem poklasycznym. F. Wieacker, dz. cyt., s. 62 uważa, że tekst ten, ponieważ tłumaczy odpowiedzialność za custodia ze względu na utendi commodum, gdy równocześnie utendi commodum uprawnia do actio furti, jest nielogiczny albo przerobiony. Oryginalność tego tekstu neguje też Solazzi, *Responsabilità*, s. 139 i n., podnosząc równocześnie zarzuty G. Beselera. Oryginalność tego fragmentu przyjmuje m. in. F. Haymann, dz. cyt., s. 168 uw. 1; W. Kunkel, dz. cyt., s. 212; F. Pastori, *Commodato*, s. 180 uw. 5; tenże, *Gaio*, s. 313 i n.; D. Nörr, dz. cyt., s. 71 uw. 13; G. MacCormack, *Custodia*, s. 160 uw. 144.

<sup>107</sup> Fraza haec ita — debeas uważana jest za oryginalną, natomiast sed videndum — fin. powszechnie przyjmuje się za interpolowane. Por. *Index Interp.* ad h.l. Oryginalności tej części tekstu broni D. Nörr, dz. cyt., s. 83 i n.

<sup>108</sup> Istnieje trudność w interpretacji tego fragmentu. Być może, mówiąc apud quosdam, Gaius miał na myśli poglądy jurystów, którzy przyjmowali zasady odpowiedzialności obiektywnej, a sam, choć jeszcze nieśmiało, próbował wprowadzić zasady odpowiedzialności subiektywnej. Por. D. Nörr, dz. cyt., s. 82 i n.

Ulpian po omówieniu w D. 13, 6, 5, 2—9 odpowiedzialności komodatariusza w przypadku, gdy tylko on czerpie korzyść z kontraktu, powraca do zasygnalizowanego już w D. 13, 6, 5, 3 słowem *plerumque* problemu odpowiedzialności w sytuacjach, gdy obie strony czerpią korzyść z kontraktu.

D. 13, 6, 5, 10 (Ulpianus l. 28 *ad edictum*):

Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit: ut puta si quis ita convenit, vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit.

Odpowiedzialność komodatariusza jest uzależniona od tego, czy użyczenie nastąpiło tylko w jego interesie, czy także w interesie dającego. Komodatariusz odpowiada za *dolus*, gdy dający w komodat użycza *sua dumtaxat causa*, albo ewentualnie, gdy ten zakres został zastrzeżony<sup>109</sup>. W D. 13, 6, 5, 10 Ulpian nie sprecyzował wyraźnie zasady korzyści, ale uzależnienie przez niego odpowiedzialności komodatariusza za *dolus* od korzyści uzyskiwanej przez dającego świadczy o tym, że taką zasadę zastosował w swoich rozstrzygnięciach<sup>110</sup>.

h. Komodat jako jeden z kontraktów realnych dochodzi do skutku (zostaje zawarty) poprzez wręczenie rzeczy. Wręczenie to przenosi na komodatariusza tylko detencję i w związku z tym nie może on swobodnie dysponować przedmiotem komodatu. Uprawnienia komodatariusza ograniczają się do korzystania z rzeczy. Korzystanie to, zgodnie z opinią jurystów klasycznych, jest bezpłatne. Świadczenie jakiegokolwiek ekwiwalentu powoduje powstanie bądź *locatio conductio*, bądź umowy nieotypizowanej. Po zgaśnięciu kontraktu komodatariusz zobowiązany jest do zwrotu rzeczy. Ponieważ zwrot rzeczy zniszczonej traktowano na równi z brakiem zwrotu, korzystanie z rzeczy przez komodatariusza nie powinno wykroczać poza granice jej używalności. Jedynie utrata lub pogorszenie rzeczy, powstałe na skutek zaistnienia okoliczności, którym komodatariusz nie może się przeciwstawić (siła wyższa), zwalniają go z zobowiązania. Lecz i tu istniały wyjątki, bowiem komodatariusz był odpowiedzialny za utraconą rzecz, o ile był winny zaistnienia wypadku losowego lub ratował tylko swój dobytek, choć miał możliwość ocalenia też rzeczy danej w używanie, a przede

<sup>109</sup> Por. też np. D. 13, 6, 5, 2; D. 47, 2, 14, 17.

<sup>110</sup> Por. F. Wieacker, dz. cyt., s. 59. D. Nörr, dz. cyt., s. 78 i n., twierdzi, że chcąc udowodnić, iż zasada korzyści nie ma znaczenia przy określaniu odpowiedzialności, należałoby wykazać, że cały ten komentarz Ulpiana jest interpolowany, co jest trudne do przeprowadzenia.

wszystkim, gdy używał jej niezgodnie z wolą komodanta. Wynika stąd, że sposób korzystania z rzeczy powinien być wyraźnie określony. Początkowo, w czasach Namusy, sposób korzystania wynikał z naturalnego przeznaczenia rzeczy. Prawdopodobnie jednak strony zaczęły dawać w komodat rzeczy określając sposób korzystania z nich inaczej niż wynikałoby to z ich przeznaczenia i dlatego zaczęto przyjmować zasadę, że zawsze w komodacie wola stron powinna określać sposób używania rzeczy. Precyzyjne bowiem określenie sposobu korzystania wpływało na określenie granic odpowiedzialności komodatariusza. Innym kryterium wpływającym na zakres jego odpowiedzialności była *utilitas contrahentium*. Zarówno Gaius jak i Ulpian stwierdzają, że jeśli tylko komodatariusz czerpie korzyść z kontraktu, odpowiada on za *culpa* i jest zobowiązany do *custodia*. Jeśli zaś wyjątkowo i komodant ma korzyść z kontraktu, wówczas komodatariusz odpowiada tylko za *dolus*.

#### Utilisation d'une chose prêtée dans le droit romain

Les sources non-juridiques (Plautus, Cato), de même que juridiques, transférées dans les Digestes, prouvent qu'il n'y avait pas de terminologie homogène pour déterminer un prêt. Dans les sources non-juridiques on appliquait aussi bien le terme *utendum dare* (*rogare, petere*) que *commodare*. Le transfert d'Ulpien (D. 13, 6, 1 pr.-1) est le plus intéressant des sources juridiques. On y présente la discussion sur la signification du terme *utendum dare* et *commodare*. Le commodat en tant qu'un contrat réel est conclu par la remise de la chose (D. 13, 6, 17, 3; D. 44, 7, 1, 3). Cette remise transfère sur le commodataire seulement la détention (D. 13, 6, 8; D. 13, 6, 9; D. 41, 2, 3, 20; D. 41, 2, 30, 6; Gai 4, 153) et en conséquence ce dernier ne peut pas disposer librement de l'objet de commodat. L'autorisation du commodataire se limite à l'utilisation de la chose (D. 43, 26, 1, 3). L'utilisation était à titre gratuit puisque la prestation d'un équivalent quelconque occasionnait l'apparition de *locatio-conductio* ou du contrat non-nommé (D. 19, 5, 17, 3). Après l'extinction du contrat le commodataire était obligé de rendre les choses (D. 19, 5, 26). Etant donné que le retour de la chose détruite était considéré en tant que le manque du retour (D. 13, 6, 3, 1), l'utilisation de la chose ne devait pas dépasser les limites de son application. Cependant la perte ou l'endommagement de la chose effectués en conséquence des circonstances auxquelles le commodataire ne pouvait pas s'opposer, le dispensait de l'obligation. (D. 13, 6, 5, 4; D. 13, 6, 5, 7; D. 13, 6, 18 pr.; D. 44, 7, 1, 4) Mais aussi dans ce cas il y avait des exceptions puisque le commodataire répondait de la chose perdue lorsqu'il était responsable de l'apparition du cas fortuite. (D. 13, 6, 18 pr.; D. 44, 7, 1, 4) ou lorsque au cas où la force majeure se produisit, il sauvait seulement son bien, malgré la possibilité de sauver aussi la chose donné en commodat (D. 13, 6, 5, 4), et surtout lorsqu'il ne l'employait pas en bonne intelligence avec le commodant (D. 13, 6, 5, 7). On peut conclure alors que le moyen de l'utilisation de la chose devrait être strictement précisé. On peut considérer cette précision dans son évolution: Premièrement le moyen de l'utilisation résultait de la destination naturelle de la chose. Ensuite les parties com-



mencèrent probablement à donner la chose en commodat en définissant le moyen de son utilisation qui n'était pas conforme à sa destination. Ce pourquoi on accepta le principe que la volonté des parties, déterminée dans le contrat, devrait être dans ce domaine décisive (D. 13, 6, 5, 7—8; D. 13, 6, 5, 10 pr.; D. 13, 6, 23; D. 47, 2, 40; D. 47, 2, 77 (76) pr.; Gai 3, 196—197). La définition précise du moyen de l'utilisation influençait la détermination des limites de la responsabilité du commodataire. Le critère à part, qui influençait la détermination de la responsabilité du commodataire fut le si nommé *utilitas continenti*. Aussi bien Gaius qu'Ulpien constatent que lorsque le commodataire tire profit du contrat, il répond de *culpa* et est obligé à *custodia* (D. 13, 6, 5, 2—3; D. 13, 6, 18 pr.; Gai 3, 206). Cependant en cas que le commodant profite exceptionnellement du contrat, le commodataire répond uniquement pour *dolus*. La limitation de la responsabilité à *dolus* peut être aussi concertée (D. 13, 6, 5, 10).