

AGNIESZKA KACPRZAK

Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny
im. Kazimierza Pułaskiego w RadomiuRZYMSKIE KORZENIE REGRESU PORĘCZYCIELA.
OD PRAWA RZYMSKIEGO DO ‘USUS MODERNUS
PANDECTARUM’

1. WSTĘP

O tym, że większość podstawowych instytucji współczesnego prawa cywilnego wywodzi się z prawa rzymskiego, nikomu nie trzeba przypominać. Widomym świadectwem obecności rzymskiej tradycji we współczesnych porządkach prawnych są łacińskie paremie, widniejące na kolumnach gmachu Sądu Najwyższego w Warszawie. Jak uczył pomysłodawca tego rozwiązania, nasz nieodżałowany mistrz i mentor, profesor Witold Wołodkiewicz, to właśnie owe rzymskie korzenie są podstawą dialogu pomiędzy prawnikami, wykształconymi w różnych europejskich porządkach prawnych, i pozwalają zbudować pomost pomiędzy nimi.

Poniższe rozważania poświęcam jednej spośród tradycyjnych instytucji prawa cywilnego, ukształtowanych na gruncie wspólnych rzymskich rozwiązań, które jednak w drodze recepcji przybrały nieco odmienny kształt w trzech modelowych kodyfikacjach europejskich – francuskiej, austriackiej i niemieckiej. Chodzi o roszczenia regresowe poręczyciela względem dłużnika głównego oraz współporęczycieli. Moim zamiarem

jest odtworzenie meandrów tej recepcji, tj. zidentyfikowanie punktów, w których porównywane tradycje się rozeszły, oraz powodów ich rozjeścia się. Postaram się również pokazać, że za różnymi metodami regresu – z których jedna opiera się na samoistnym roszczeniu poręczyciela względem dłużnika głównego o zwrot kosztów zapłaty, druga zaś polega na przeniesieniu na poręczyciela roszczeń wierzyciela wobec dłużnika głównego, stoi inna koncepcja poręczenia, choć każda z nich ma swoje podstawy w źródłach rzymskich.

Regres poręczyciela to tylko jedna z wielu instytucji, których recepcja przebiegała inaczej w różnych krajach i doprowadziła do różnych rezultatów. Niech zatem rozważania te posłużą jako przyczynek do historii recepcji. Dedykuję je pamięci Profesora Witolda Wołodkiewicza.

1.1. STAN AKTUALNY

W kodeksach austriackim i niemieckim podstawowym rozwiązaniem pozwalającym poręczycielowi odzyskać od dłużnika głównego równowartość długu spłaconego wierzycielowi jest przejęcie przez niego roszczeń tego ostatniego wobec dłużnika głównego (*legale Zession*, § 1358 ABGB¹; § 774 BGB²). Rozwiązanie to zakłada, że spłata dokonana przez poręczyciela nie powoduje wygaśnięcia długu, lecz jedynie zmianę jego podmiotu po stronie wierzyciela – na dłużniku wciąż ciąży ten sam dług, tyle że względem poręczyciela, nie zaś względem pierwotnego wierzyciela. Logicznie rzecz biorąc, wymagałoby to przyjęcia założenia, że poręczyciel nie spłaca długu ciążącego na dłużniku głównym, lecz swój własny (w przeciwnym razie jego spłata powinna umorzyć wierzytelność główną, zgodnie z zasadą, że wygasa ona na skutek zaspokojenia wierzyciela bez względu na to, kto go dokonał). Na gruncie prawa polskiego za koncepcją, wedle której poręczyciel odpowiada za dług własny, odrębny od tego, który ciąży na dłużniku głównym, opowiadają się między

¹ ABGB § 1358: Wer die Schuld eines anderen bezahlt, tritt in der Rechte des Gläubigers, und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel auszuliefern.

² BGB § 774, Gesetzlicher Forderungsübergang, 1: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über.

innymi Mirosław Bączyk³, Witold Czachórski⁴ i Mieczysław Piekarski⁵. Doktryna austriacka przyjmuje koncepcję pośrednią, uznając, że dług poręczyciela jest formalnie jego własnym, lecz materialnie cudzym, tj. tym samym, który ciąży na dłużniku głównym⁶. W nauce niemieckiej dominuje natomiast jeszcze inne rozwiązanie: poręczyciel spłaca co prawda dług obciążający dłużnika głównego, a zatem cudzy, jednak spłata z jego strony nie powoduje wygaśnięcia wierzytelności głównej. By ten ostatni skutek nastąpił, dłużnik zobowiązany w pierwszym rzędzie (w opisywanym przypadku dłużnik główny) musi ponieść jej kosztą (por. niżej).

W kodeksie francuskim głównym środkiem regresu poręczyciela do dłużnika głównego miało być pierwotnie samoistne roszczenie o zwrot kosztów, powstające w momencie spłaty. Zostało ono wprowadzone w art. 2028 (obecnie art. 2305 CC)⁷. Jak słusznie podnosi się w doktrynie francuskiej, jego pierwowzorem była skarga ze zlecenia lub z prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia, którą juryści rzymscy przyznawali poręczycielowi z kontraktu werbalnego⁸. Konstrukcja ta zakłada, że spłacający dług poręczyciel działa w interesie dłużnika głównego, ponieważ zwalnia go z długu, a tym samym przynosi mu korzyść. To ostatnie

³ M. BĄCZYK, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 29.

⁴ W. CZACHÓRSKI, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 685.

⁵ M. PIEKARSKI, [w:] *Komentarz do kc*, II, Warszawa 1972, s. 1707.

⁶ Na gruncie prawa polskiego za tą koncepcją opowiedział się jako pierwszy R. LONGCHAMPS, *Uzasadnienie do kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1936, s. 265, a obecnie broni jej A. SZPUNAR, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, «Palestra» 36.11-12/1992, s. 23. Na marginesie warto zaznaczyć, że definicja poręczenia zawarta w art. 518 § 1 k.c. brzmi niemal identycznie, jak definicja zawarta w kodeksie austriackim w § 1346 ABGB: Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf dem Fall verpflichtet, dass der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle, wird ein Bürge [...].

⁷ Art. 2305 CC: La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donnée au su ou à l'insu du débiteur [...].

⁸ Jak wyjaśnia M. BUGNET, *Oeuvres de Pothier, Annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle*, II, Paris 1842, s. 233, samoistny regres z art. 2028 (obecnie art. 2305), przysługujący poręczycielowi bez względu na to, czy dłużnik wiedział czy nie o poręczeniu, jest to ten sam wywodzący się z prawa rzymskiego regres, oparty odpowiednio na zleceniu lub prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia, o którym pisał Pothier.

założenie klóci się z koncepcją leżącą u podłoża cesji wierzytelności: jeśli bowiem spłata ze strony poręczyciela nie umarza długu głównego, to nie widać, w jakim sensie miałyby ona przynosić dłużnikowi korzyść lub leżeć w jego interesie. Dłużnik główny czerpie, owszem, korzyść ze spłaty dokonanej przez poręczyciela, ale przy założeniu, że umarza ona jego dług. Bez tego założenia nie ma podstaw do skargi przeciw dłużnikowi z tytułu prowadzenia jego spraw czy też przysporzenia mu korzyści (choć oczywiście możliwa jest skarga z tytułu zlecenia tam, gdzie da się uzasadnić, że dłużnik go udzielił, choćby *per facta concludentia*). Jak postaram się pokazać w dalszej części rozważań, twórcy kodeksu francuskiego oparli metodę regresu poręczyciela do dłużnika głównego na konstrukcji, wedle której świadczenie, do którego zobowiązuje się ten pierwszy, polega na spłacie długu ciężącego na dłużniku głównym. Konsekwentnie, spełnienie tego świadczenia zwalnia dłużnika głównego z zobowiązania względem pierwotnego wierzyciela. Założenie to stanowi podstawę regresu, opartego na korzyści, jaką dłużnik odniósł ze spłaty. Na gruncie prawa polskiego koncepcji, wedle której poręczyciel spłaca dług ciężący na dłużniku głównym (a zatem cudzy), bronią między innymi Ewa Łętowska⁹ i Bronisław Łubkowski¹⁰. Przy takim ujęciu jednak spełnienie świadczenia przez poręczyciela powinno automatycznie spowodować wygaśnięcie długu głównego, a zatem i odpowiadającej mu wierzytelności, uniemożliwiając tym samym jej przejście na poręczyciela. Kłopot w tym, że kodeks francuski przewiduje obie te metody regresu równocześnie. Trzeba jednak zaznaczyć, że wedle twórców kodeksu francuskiego przewidziana w art. 2029 (obecnie art. 2306 CC¹¹) cesja uprawnień wierzyciela na poręczyciela (*subrogation*) była środkiem o charakterze komplementarnym, obejmującym jedynie zabezpieczenia z tytułu zastawu i hipoteki, nie zaś samą wierzytelność główną (ta

⁹ E. ŁĘTOWSKA, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, [w:] *System Prawa Cywilnego*, Wrocław-Warszawa 1982, s. 911.

¹⁰ B. ŁUBKOWSKI, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, t. II, Warszawa 1972, s. 1230.

¹¹ Art. 2029 (obecnie art. 2306 CC): La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

bowiem w momencie spłaty wygasła zgodnie z ich koncepcją)¹². Co więcej, uwzględniając akcesoryjny charakter wymienionych zabezpieczeń, pierwsi komentatorzy kodeksu francuskiego zakładali, że również one wygasają wraz z umorzeniem wierzytelności głównej. Zgodnie z ich poglądem odżywały one następnie z mocy prawa (tj. z mocy art. 2029, obecnie art. 2306) po stronie poręczyciela¹³. Choć brzmienie art. 2029 (dziś art. 2306) pozostało niezmienione, zmieniła się jego wykładnia: przyjęła się mianowicie koncepcja Ambroise Collina i Henri Capitanta, w myśl której poręczyciel może skorzystać z niego alternatywnie w stosunku do art. 2305, przyznającego mu regres samoistny, oraz że przewidziana w nim cesja legalna (subrogacja) obejmuje wierzytelność główną wraz ze wszystkimi jej zabezpieczeniami¹⁴. Wybór jednej z tych możliwości wyklucza jednak korzystanie z drugiej, tj. decydując się na regres z art. 2305, poręczyciel traci dostęp do zabezpieczeń wierzytelności głównej, zyskuje za to możliwość wyrównania ewentualnych strat, nieobjętych wierzytelnością główną. *I vice versa*.

Co ciekawe, obie formy regresu poręczyciela do dłużnika głównego mają swoje korzenie w prawie rzymskim. Koncepcja przeniesienia na poręczyciela wierzytelności głównej wraz z zabezpieczeniami dotarła do doktryny niemieckiej za pośrednictwem glosatorów i komentatorów,

¹² M. BUGNET, *op. cit.*, s. 233. Zdaniem Bugneta przewidziana w art. 2029 subrogacja nie może być niczym innym, jak przyznaniem poręczycielowi z mocy prawa zabezpieczeń wierzytelności głównej (tj. praw akcesoryjnych), które w momencie spłaty przechodzą na zabezpieczenie nowej wierzytelności, powstałej z mocy art. 2028 na rzecz poręczyciela względem dłużnika głównego. Na skutek spłaty przez poręczyciela dawna wierzytelność wygasła, dlatego nie może przejść na poręczyciela – subrogacja z art. 2029 nie obejmuje jej zatem. W jej miejsce powstaje natomiast nowa wierzytelność (art. 2028), poręczyciela względem dłużnika. Zabezpieczenia dawnej wierzytelności, wygasłej na skutek jej spłaty przez poręczyciela, przechodzą automatycznie z mocy art. 2029 na zabezpieczenie nowo powstałej wierzytelności.

¹³ Tak M. BUGNET, *op. cit.* s. 132 przyp. 2, tym razem w odniesieniu do art. 1251 (obecnie art. 1346), statuującego przejęcie przez poręczyciela, który spłacił dług, roszczeń wierzyciela przeciwko współporęczycielom.

¹⁴ A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Paris 1915, s. 89: „le débiteur se trouve libéré envers le créancier, mais sa dette n'est pas éteinte; la créance change simplement de titulaire, et passe de la tête du créancier sur celle du solvens. On dit alors que celui-ci est subrogé dans les droits du créancier”.

by w ostatecznej wersji przybrać postać cesji legalnej (*legale Zession*), tj. przeniesienia na poręczyciela ogółu roszczeń wierzyciela względem dłużnika głównego z mocy prawa, tzn. bez potrzeby jakiegokolwiek działania ze strony wierzyciela czy nawet jego zgody. Wstępną wersję tej koncepcji wypracowali prawnicy średniowieczni, wychodząc od Noweli 4.1. Justyniana, nakładającej na wierzyciela, który pozwał poręczyciela o zapłatę, obowiązek przeniesienia na niego skarg przeciwko dłużnikowi głównemu. W przeciwnym razie wierzyciel tracił możliwość uzyskania zasądzenia od poręczyciela. Jako istotny element wspierający ich konstrukcję posłużyły średniowiecznym jurystom między innymi rozwiązania prawników klasycznych, dotyczące szczególnego typu poręczenia, jakim było zlecenie udzielenia pożyczki osobie trzeciej (*mandatum pecuniae credendae*). Forma ta różniła się jednak od poręczenia *sensu stricto* właśnie w interesującym nas punkcie, tj. w kwestii skutków spłaty świadczenia przez poręczyciela: ponieważ spłacał on wierzycielowi jedynie koszt wykonania zlecenia, nie zaś dług główny, wierzycielność główna pozostawała w mocy i można ją było przenieść na poręczyciela. Co więcej, na podstawie kontraktu zlecenia mógł on żądać od wierzyciela jej przeniesienia. Przeciwnie poręczyciel w sensie ścisłym, który za pomocą kontraktu werbalnego zobowiązywał się względem wierzyciela do spłaty długu ciężącego na dłużniku głównym – jego spłata konsekwentnie zwalniała tego ostatniego *ipso iure* z zobowiązania, uniemożliwiając późniejszą cesję. Mimo że w prawie poklasycznym i justyniańskim oba te typy poręczenia w praktyce bardzo się do siebie zbliżyły (zleceniodawca uzyskał dostęp do wszystkich beneficjów, przysługujących poręczycielowi z kontraktu werbalnego), to jednak różnica w zakresie skutków spłaty pozostała w mocy, jak dowodzą liczne fragmenty inkorporowane do Digestów justyniańskich. Poręczyciel z kontraktu werbalnego zwalniał dłużnika *ipso iure*, zleceniodawca natomiast nie: dłużnikowi pozostawała jedynie możliwość podniesienia zarzutu nadużycia (*exceptio doli*), przeciw żądaniu zapłaty ze strony wierzyciela, który otrzymał już należność od poręczyciela. Pełna kontaminacja tych dwóch typów poręczenia, również w interesującym nas punkcie, była dziełem prawników średniowiecznych: w ostatecznym rozrachunku doszli oni do wniosku, że spłata ze strony jakiegokolwiek poręczyciela,

również tego z kontraktu werbalnego, pozostawia nienaruszoną wierzitelność główną, co umożliwia jej późniejszą cesję.

Twórcy kodeksu francuskiego powrócili do podstawowego, rzymskiego typu poręczenia z kontraktu werbalnego, przyjmując zgodnie z koncepcją jurystów rzymskich, że świadczenie poręczyciela polega na spłacie długu głównego, która w konsekwencji musi go umorzyć, co wyklucza późniejszą cesję. Za Rzymianami przyjęli oni również roszczenie z tytułu zlecenia lub prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia jako pierwowzór regresu poręczyciela do dłużnika głównego. Nawet rozwiązanie przenoszące na poręczyciela zabezpieczenia z zastawu i hipoteki (subrogacja z art. 2029 w jego pierwotnej interpretacji) było odbiciem rozwiązania rzymskiego z czasów pryncypatu, choć twórcy kodeksu nadali mu bardziej rygorystyczną, tj. zgodną z akcesoryjnym charakterem tych praw, wykładnię (por. niżej).

2. RZYMSKIE KORZENIE REGRESU PORĘCZYCIELA

2.1. PORĘCZENIE SENSU STRICTO (ZA POMOCĄ KONTRAKTU WERBALNEGO)

2.1.A. STRUKTURA

Prawo rzymskie znało trzy rodzaje poręczenia za pomocą kontraktu werbalnego. Dwa najstarsze, *sponsio* i *fidepromissio*, były niemal identyczne pod względem struktury (różnica sprowadzała się do tego, że drugi, w odróżnieniu od pierwszego, dostępny był również dla osób niebędących obywatelami rzymskimi). Poręczenie w obu tych formach mogło dotyczyć jedynie zobowiązania z kontraktu werbalnego i początkowo musiało być udzielone jednocześnie z zawarciem tego ostatniego¹⁵: każdy z poręczycieli oraz dłużnik główny zobowiązywali się do spełnienia tego samego świadczenia, przyrzekając wierzycielowi, jeden po drugim, świadczyć mu 'to samo' (*idem*), co przyrzekał dłużnik główny: *sponsor ita interrogatur: idem dari spondes? Fidepromissor (ita): idem fidepromittis?* (G. 3,116). W rezultacie, w początkowym okresie rozwoju stawali się wszyscy (zarówno względem dłużnika głównego, jak i między sobą)

¹⁵ P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, Padova 1962, s. 29; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München 1971, s. 661.

współdłużnikami solidarnymi. Solidarność w relacji między współporęczycielami (ale już nie w stosunku do dłużnika głównego) została zniesiona przez ustawę Furia¹⁶. Od jej czasu każdy z poręczycieli odpowiadał jedynie w przypadającej na niego części¹⁷. Zrezygnowano również z wymogu jednoczesności poręczenia z zaciągnięciem zobowiązania będącego jego przedmiotem¹⁸, zaś struktura zobowiązania z poręczenia ewoluowała w stronę akcesoryjności, która była od początku cechą najnowszej z jego trzech form, *fideiussio*¹⁹. Rudymetem równorzędności zobowiązań poręczyciela i dłużnika głównego, charakterystycznej dla dwóch najstarszych form poręczenia, było trwanie zobowiązania poręczyciela mimo wygaśnięcia wierzytelności głównej z winy poręczyciela (tj. wskutek następczej niemożliwości świadczenia, spowodowanej przez poręczyciela). W takiej sytuacji wygasł jedynie dług główny, zaś ten, który ciążył na poręczycielu, przekształcał się w obowiązek odszkodowawczy. Jak słusznie podnosi się w doktrynie, źródła, które przewidują opisany skutek, odnosiły się pierwotnie najprawdopodobniej do *sponsio* i *fidepromissio*, nie zaś do *fideiussio*. Osoba, która poręczyła w jednej z dwóch starszych form, inaczej niż *fideiussor*, miała początkowo pozycję

¹⁶ Nie znamy daty tej ustawy, została ona jednak uchwalona zapewne przed wprowadzeniem procesu formułkowego (między 199 a 123 r. p.n.e.). Por. P. FREZZA, *op. cit.*, s. 16.

¹⁷ *Fideiussores* pozostawali natomiast zobowiązani solidarnie względem siebie do czasu konstytucji Hadriana (*epistula Hadriani*), która dzieliła wierzytelność pomiędzy wszystkich wypłacalnych współporęczycieli, pozwalając wierzycielowi dochodzić od każdego z nich wyłącznie przypadającej na niego części; por. G. 3,121: *Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur. Fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur [...]. Sed nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui solvendo sint, partes petere. Eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, hoc onus ad ceteros non pertinet; sed ex fideiussoribus etsi unus tantum solvendo sit, ad hunc onus ceterorum quoque pertinet.*

¹⁸ Rodziło to praktyczny problem odróżnienia stypulacji gwarancyjnej od stypulacji nowacyjnej – por. P. FREZZA, *op. cit.*, s. 23-28; M. TALAMANCA, s. v. *Fideiussione (storia)*, Milano 1968, s. 330.

¹⁹ M. TALAMANCA, *op. cit.*, s. 329.

równorzędną z dłużnikiem głównym: była ona zobowiązana obok niego i alternatywnie do niego do spełnienia tego samego co on świadczenia. Tożsamość świadczenia przesądzała o wygaśnięciu obu zobowiązań (tj. dłużnika głównego i poręczyciela), jeśli zostało ono spełnione przez jednego z nich w całości. Odrębność zobowiązań, z których to świadczenie wynikało, umożliwiało natomiast zachowanie w mocy zobowiązania poręczyciela, jeśli wykonanie świadczenia stało się niemożliwe z jego winy. *Fideiussor* natomiast, jak podkreśla Talamanca, nie był podmiotem samodzielnego obowiązku świadczenia, odrębnego od tego, który ciążył na dłużniku głównym²⁰. Przyjmował on raczej odpowiedzialność za wykonanie przez tego ostatniego jego obowiązku²¹. Zobowiązanie fidejussora było zatem od początku akcesoryjne w stosunku do wiarygodności głównej, dlatego wygasało zawsze na skutek wygaśnięcia tej pierwszej, nawet bez zaspokojenia wierzyciela²². Konsekwentnie, wygasało również

²⁰ M. TALAMANCA, *op. cit.*, s. 333, podkreśla tę okoliczność w kontekście bezwzględnego wygaśnięcia zobowiązania fidejussora na skutek wygaśnięcia długu głównego, również z przyczyn innych niż jego spełnienie: „per la *fideiussio* compare una sua certa caratterizzazione come assunzione di responsabilità per un debito altrui, onde il fideiussore non può considerarsi come soggetto di un dovere di prestazione”. Należy jednak zaznaczyć, że jurysprudence klasyczna dopuściła możliwość zobowiązania się fidejussora do spłaty jedynie części długu głównego (*ibidem*, s. 332 i cytowane tam źródła). W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftstipulationen*, Weimar 1932, s. 52-54, uznaje wręcz, że fidejussor w początkowym okresie w ogóle nie zaciągał własnego długu (*Schuld*), a jedynie brał na siebie odpowiedzialność (*Haftung*) za dług cudzy.

²¹ Tak również P. FREZZA, *op. cit.*, s. 38, który określa pozycję fidejussora jako „gwaranta wykonania zobowiązania przez dłużnika” czy też „gwaranta transakcji zawartej przez dłużnika głównego”, przeciwstawiając ją pozycji sponsora i fidejussora, którzy stawali się współdłużnikami: „[...] lo sponsor assume una responsabilità del *correat* debendi, e il fideiussor quella di garante dell’*esecuzione* di una obbligazione non come *correat* del principale obbligato, ma come *mallevadore* del negozio da questi contratto [...]”. Ta różnica tłumaczy, zdaniem Frezzy, dlaczego nie było przeszkód w dopuszczeniu poręczenia z pomocą *fideiussio* za zobowiązanie polegające na działaniu.

²² W źródłach dyskutowana jest sytuacja, w której sam poręczyciel doprowadził do następczej niemożliwości świadczenia. Zasadniczo juryści rzymscy proponowali w takiej sytuacji pociągnięcie go do odpowiedzialności za pomocą skargi z tytułu podstępu (*actio doli*), ewentualnie skargi analogicznej (*actio utilis ex stipulatu* – co do klasycznego charakteru tej ostatniej są jednak wątpliwości; por. M. TALAMANCA, *op. cit.*,

wtedy, gdy stało się niemożliwe z winy fidejussora, co wykluczało przyznanie przeciw niemu skargi z poręczenia. Wierzycielowi przyznawano w takiej sytuacji przeciw fidejussorowi skargę deliktową²³. *Fideiussio* dostępna była dla wszystkich osób, niezależnie od ich statusu, zaś jej przedmiotem mogły być wszelkie zobowiązania, również naturalne: stąd dopuszczalna była nawet w odniesieniu do kontraktów zawartych przez niewolników. Od samego początku mogła ona być zawierana zarówno *ex ante*, jak i *ex post*. Zgodnie z jej formułą poręczyciel przyjmował na siebie odpowiedzialność za dług obciążający dłużnika głównego: *idem fide tua esse iubes?* ('Czy przyjmujesz na swoją wiarę, że tak jest?' G.3.117). W rezultacie, jak trafnie podkreśla Talamanca, *fideiussor* był zobowiązany do spełnienia świadczenia cudzego, tj. tego, które ciążyło na dłużniku głównym, nie zaś jakiegokolwiek własnego świadczenia, które byłoby od tego pierwszego odrębne.

Wspólne dla wszystkich trzech rodzajów poręczenia za pomocą kontraktu werbalnego były reguły rządzące wygaśnięciem zobowiązania poręczyciela i dłużnika głównego. Spełnienie świadczenia przez

s. 333, i przyp. 93, wraz z cytowaną tam literaturą), nie zaś za pomocą skargi z tytułu poręczenia. Implikuje to, że zobowiązanie z poręczenia wygasło na skutek wygaśnięcia wiarytelności głównej, zgodnie z jego akcesoryjnym charakterem. W nielicznych źródłach jednak dopuszcza się pozwanie poręczyciela bezpośrednio za pomocą skargi z tytułu poręczenia, co zakłada, że jego zobowiązanie nie wygasło, mimo wygaśnięcia wiarytelności głównej. Jak trafnie podkreśla Talamanca, za dominującą literaturą, te ostatnie źródła odnosiły się zapewne w swej oryginalnej wersji do *sponsio* lub *fidepromissio*, w których poręczyciele zobowiązani byli równorzędnie z dłużnikiem głównym, nie zaś akcesoryjnie w stosunku do niego. W kodyfikacji justyniańskiej terminy *sponsio* i *fidepromissio* zastąpiono terminem *fideiussio*, który w tym okresie funkcjonował już od dawna jako pojęcie ogólne, oznaczające poręczyciela. Dane o dwóch pierwszych formach dotarły do nas spoza kodyfikacji, tj. z Instytucji Gaiusa.

²³ Chodzi o skargę z tytułu podstępu, *actio doli*. Źródła mówią jednak również o kontraktowej skardze analogicznej do skargi z kontraktu werbalnego, *actio utilis ex stipulatu*, co do której klasycznego charakteru większość badaczy podnosi jednak wątpliwości (M. TALAMANCA, *op. cit.*, s. 333 przyp. 93, opowiada się za jej klasycznością, podążając za sugestią Frezzy). Poklasycznym tworem jest natomiast prawie na pewno wspomiane w źródłach przywrócenie do stanu poprzedniego, *restitutio in integrum* (Jak słusznie zwracają uwagę komentatorzy, nie widać, co konkretnie miałyby zostać przywrócone). *Ibidem*, s. 333, i przyp. 89.

dłużnika głównego lub przez któregokolwiek z poręczycieli w całości prowadziło do wygaśnięcia wierzytelności zarówno względem dłużnika głównego, jak i względem wszystkich pozostałych poręczycieli, co wynikało z tożsamości ich świadczeń²⁴. Podobnie, wniesienie skargi przeciw dłużnikowi głównemu lub przeciw poręczycielowi w całości (i doprowadzenie do zawisłości sporu – *litis contestatio*) skutkowało konsumpcją procesową obydwu skarg, tj. wierzyciel, który pozwał poręczyciela, tracił możliwość dochodzenia należności od dłużnika głównego i na odwrót. (W sytuacji, gdy było kilku współporęczycieli, wierzyciel mógł pozwać każdego z nich tylko o przypadającą na niego część długu. Udogodnienie to dla sponsorów i fidepromissorów wprowadziła *lex Furia*, uchwalona między 240 a 180 r. p.n.e.²⁵, zaś dla fidejussorów *epistula Hadriani*, ok. połowy II w. n.e.). Roszczenie względem poręczyciela wygasało również na skutek zwolnienia z długu dłużnika głównego²⁶, ale też na odwrót: zwolnienie poręczyciela skutkowało zwolnieniem dłużnika głównego²⁷. Jak podkreśla się w doktrynie, działo się tak dlatego, że zwolnienie

²⁴ Jak podkreśla P. FREZZA, *op. cit.*, s. 28, identyczność świadczenia, do którego zobowiązani byli poręczyciele z kontraktu werbalnego we wszystkich trzech formach, ze świadczeniem dłużnika głównego wynikała z zawartego w formule każdego z tych kontraktów odniesienia do treści zobowiązania dłużnika głównego (*idem* albo *id*).

²⁵ M. TALAMANCA, *op. cit.*, s. 327 przyp. 33.

²⁶ Dotyczyło to zarówno zwolnienia w formie *acceptilatio*, która była formalną deklaracją otrzymania należności z kontraktu werbalnego, prowadzącą do umorzenia wierzytelności również w braku rzeczywistej spłaty, jak i zwolnienia nieformalnego. Co do tego ostatniego część badaczy uważała, że zwolnienie poręczyciela wymagało podniesienia zarzutu procesowego (*exceptio pacti*), a nie następowało *ipso iure*. Jednak, jak słusznie wskazuje M. TALAMANCA (*op. cit.*, s. 334, przyp. 101), tekst Paulusa zamieszczony w D.18.5.3 wydaje się przesądzać na rzecz tego ostatniego rozwiązania.

²⁷ D. 46,4,13,7: *Si fideiussori accepto fuerit latum, cum reus re, non verbis fuisset obligatus, an reus quoque liberetur? Et hoc iure utimur, ut, licet reus non sit verbis obligatus, tamen acceptilatione per fideiussorem liberetur.* (Jeśli poręczyciel został formalnie zwolniony z długu, czy także dłużnik główny jest zwolniony, skoro zawarł kontrakt realny, a nie słowny? I tę zasadę stosujemy, że, chociaż dłużnika nie zawarł kontraktu słownego, mimo to jest wolny od zobowiązania wskutek formalnego zwolnienia z długu poręczyciela. Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski).

z długu postrzegane było jako surogat spłaty; funkcjonowało zatem analogicznie do tejże²⁸.

Istniejące w punkcie wyjścia różnice w strukturze odpowiedzialności pomiędzy *sponsio* i *fidepromissio* z jednej strony a *fideiussio* z drugiej zaczęły się zacierać już w okresie pryncypatu²⁹. W prawie justyniańskim *fideiussio* stała się ogólnym określeniem poręczenia z kontraktu werbalnego, którym zastąpiono terminy *sponsio* i *fidepromissio* w tekstach włączonych do Digestów³⁰. Wiadomości o dwóch starszych formach czerpiemy spoza kodyfikacji, tj. głównie z podręcznika Gaiusa.

Co do treści zobowiązania poręczyciela we wszystkich trzech formach można podsumować, że jego obowiązek polegał na spełnieniu tego samego świadczenia, do którego zobowiązany był dłużnik główny. W pierwotnej wersji *sponsio* i *fidepromissio* świadczenie to było zarazem własnym świadczeniem poręczyciela, ciążyło bowiem wspólnie na nim i na dłużniku głównym. (Byli oni współdłużnikami, *Gesamtschuldner*). *Fideiussor* natomiast zobowiązywał się spełnić świadczenie cudze, tj. obciążające dłużnika głównego. Niezależnie od tych różnic ani *sponsor* i *fidepromissor*, ani *fideiussor* nie mogli się wywiązać ze swoich zobowiązań inaczej, niż spełniając świadczenie ciężące na dłużniku głównym, była to bowiem jedyna treść ich zobowiązania. W obu przypadkach spełnienie świadczenia przez poręczyciela musiało więc prowadzić do umorzenia długu głównego. Konsekwencja ta była zgodnie uznawana przez jurystów rzymskich w odniesieniu do wszystkich rodzajów poręczenia za pomocą kontraktu werbalnego, tj. poręczenia we właściwym znaczeniu.

2.1.B. REGRES

Okoliczność, że spłata należności przez poręczyciela umarzała dług główny, a zatem również odpowiadającą mu wierzytelność, miała fundamentalne znaczenie dla regulacji regresu. Z jednej strony wykluczała ona regres w postaci przekazania poręczycielowi roszczeń względem dłużnika głównego (te bowiem przestawały istnieć w momencie spłaty),

²⁸ M. TALAMANCA, *op. cit.*, s. 334.

²⁹ P. FREZZA, *op. cit.*, s. 22.

³⁰ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München 1975, s. 438.

z drugiej strony umożliwiała regres oparty na prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia³¹: poręczyciel, który umarzał dług obciążający dłużnika głównego, działał obiektywnie w jego interesie, niezależnie od tego, czy działał się to za wiedzą dłużnika, czy bez jego wiedzy³².

Podstawowym środkiem regresu do dyspozycji poręczycieli z kontraktu werbalnego, niezależnie od jego rodzaju (tj. zarówno *sponsio* i *fidepromissio*, jak i *fideiussio*), była skarga z tytułu zlecenia. Pisze o niej między innymi Gaius w Instytucjach:

G. 3,127. *In eo quoque par omnium causa est, quod si quid pro reo soluerint, eius recipiendi causa habent cum eo mandati iudicium;*

W tym także jest równa sytuacja ich wszystkich, że jeśli któryś zapłacił <cokolwiek> za dłużnika głównego, ma przeciw niemu skargę ze zlecenia dla odzyskania tego, <co zapłacił>. [...] [Tłum. C. Kunderewicz].

Uznawano, że dłużnik, który godził się na to, aby osoba trzecia poręczyła za jego dług, tym samym zlecał jej udzielenie poręczenia. Ponieważ zlecenie należało do kontraktów konsensualnych, do jego zawarcia

³¹ O tym ostatnim środku regresu mówi Paulus w D. 17,1,20,1, podkreślając, że warunkiem regresu za pomocą skargi ze zlecenia jest zlecenie przez dłużnika udzielenia poręczenia, o czym nie może być mowy, gdy dłużnik nie był nawet świadomy jego udzielenia, np. ze względu na swoją nieobecność: *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.* (Poręczycielowi przysługuje skarga z tytułu prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia, gdyby udzielił poręki za nieobecnego. Skarga z tytułu zlecenia nie może bowiem przysługiwać, skoro wcześniej nie było żadnego zlecenia. Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski, z moją zmianą). Środek ten wspomniany jest również w innych źródłach w Kompilacji justyniańskiej: D. 3,5,3,11; D. 3,5,4; D. 3,5,5 pr.; D. 46,1,4pr. por. M. TALAMANCA, *op. cit.*, s. 337.

³² Ulpian podkreśla tę okoliczność także w kontekście skargi ze zlecenia (D. 17,1,29,6). Przypina on mianowicie możliwość skorzystania z niej również poręczycielowi, który spłacił dług główny, mimo że jego zobowiązanie z poręczenia wygasło (chodzi o poręczyciela w formie *sponsio*, którego zobowiązanie wygasło po dwóch latach; por. P. FREZZA, *op. cit.*, s. 163). Ulpian wskazuje dwie racje dopuszczalności skargi ze zlecenia w opisaney sytuacji: po pierwsze, poręczyciel dochował wiary względem dłużnika-zleceniodawcy (*fidem tamen implevit*), po wtóre zaś zwolnił go z zobowiązania (*et debitorem liberavit*).

wystarczała milcząca zgoda zleceniodawcy. W praktyce uznawano zlecenie za zawarte wszędzie tam, gdzie dłużnik nie wyraził sprzeciwu, o ile tylko wiedział o udzieleniu poręczenia³³. W przypadku jego niewiedzy poręczycielowi przychodziła z pomocą skarga z tytułu prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia – zwolnienie dłużnika z długu przez poręczyciela stanowiło wszak dla tego pierwszego korzyść majątkową. Na marginesie warto podkreślić, że nie mogłoby być mowy o korzyści, a tym samym o skardze z prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia, gdyby świadczenie poręczyciela na rzecz wierzyciela nie powodowało wygaśnięcia długu głównego.

Wadą opisaney konstrukcji był brak dostępu poręczyciela do zabezpieczeń kredytu. Wszystkie zabezpieczenia, zarówno osobowe, jak i rzeczowe, wygasły w momencie spłaty długu głównego. Konsekwentnie poręczyciel, który spłacił wierzyciela, tracił możliwość korzystania z zastawu czy hipoteki, zabezpieczających wierzytelność główną. Nie nabywał także żadnych roszczeń, choćby częściowych, względem pozostałych poręczycieli. W rezultacie ponosił pełne ryzyko ewentualnej niewypłacalności dłużnika głównego.

Co do zabezpieczeń rzeczowych w sukurs wierzycielowi przyszły konstytucje cesarskie. Konstytucja Septymiusza Sewera i Karakalli z 207 r. zobowiązywała wierzyciela, którego roszczenie zabezpieczone było zastawem i który zamierzał pozwać poręczyciela o zapłatę, do przekazania mu praw z zastawu:

C. 8.40 (41). 2 (Impp. Severus et Antoninus AA, Plotio, A.D. 207) pr.:
Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit. Quod cum facit, debet ius pignorum ad eum transferre.

Wierzyciel, który dla zabezpieczenia tego samego długu przyjął zarówno [rzeczy] w zastaw, jak i poręczyciela, może, jeśli zechce, pozwać poręczyciela o spłatę tych pieniędzy, za które ów się

³³ Jak podkreśla P. FREZZA, *op. cit.*, s. 159, jurysprudencja klasyczna co do zasady uznawała poręczyciela za zleceniobiorcę dłużnika głównego, o ile dłużnik główny wiedział o poręczeniu i nie wyraził sprzeciwu (D. 17,1,53, Papinianus, 9 *quaest*; *ibidem*, s. 162.

zobowiązał. Jeśli to jednak uczyni, musi przenieść na niego prawa z zastawów. [Tłumaczenie A.K.]

To samo rozwiązanie znajdujemy w konstytucji Aleksandra Sewera z 229 r. W paragrafie otwierającym (*principium*) cesarz przypomina zasadę, że poręczycielowi, który spłacił dług w całości, nie przysługują żadne roszczenia przeciw współporęczycielom. W paragrafie pierwszym zaznacza jednak, że spłacający całość należności poręczyciel może domagać się od wierzyciela, by ten przeniósł na niego prawa z zastawu:

C. 8,40,11 (Imp. Severus A, Salustio, A.D. 229) pr.: *Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit. I. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.*

Jeśli jeden z poręczycieli spłacił dług w całości, nie przysługuje mu skarga przeciw temu, kto poręczył wspólnie z nim. I. Jeśli spłaciłeś [należność] fiskusowi, mogłeś jednak żądać, aby prawa z zastawu, które przysługiwały fiskusowi, zostały przeniesione na ciebie, i jeśli to zostało uczynione, będziesz mógł korzystać z przeniesionych na ciebie skarg. Co powinno być przestrzegane również w odniesieniu do długów prywatnych. [Tłum. A.K.].

Konstytucja Aleksandra Sewera dotyczyła konkretnej sprawy, w której poręczyciel odpowiadał za zobowiązanie względem fiscusa. Rozstrzygnięcie opiera się jednak na tej samej regule, która została wyrażona w konstytucji poprzedników i która, jak podnosi się w doktrynie, była już w tym czasie zasadą ogólną, obowiązującą wszystkich wierzycieli. Zawarte w ostatnim zdaniu stwierdzenie, że rozwiązanie dotyczy również wierzycieli prywatnych, co dla odbiorców z III w. n.e. musiało być oczywiste, jest zapewne późniejszą glosą³⁴.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że na mocy obu pochodzących z początku III w. n.e. konstytucji cesarskich cesji podlegały tylko roszczenia z tytułu zabezpieczeń rzeczowych, nie zaś cała wierzytelność główna

³⁴ P. FREZZA, *op. cit.*, s. 184.

(do dochodzenia równowartości tej ostatniej poręczycielowi pozostawała nadal skarga ze zlecenia przeciw dłużnikowi)³⁵. Okoliczność ta wydaje się znacząca: założmy, że przed dokonaniem spłaty przez poręczyciela wierzyciel scedowałby na niego swoją skargę. Skarga ta jednak wygasłaby i tak w momencie, w którym poręczyciel spłaciłby wierzyciela lub choćby został na jego rzecz zasądzony. Zważywszy, że w prawie rzymskim cesji skarg dokonywano za pomocą ustanowienia cesjonariusza pełnomocnikiem procesowym cedenta (*procurator in rem suam*), poręczyciel będący formalnie jedynie zastępcą wierzyciela w procesie przeciw dłużnikowi i tak nie mógłby z niej już później skorzystać. Przesunięcie spłaty należności z tytułu poręczenia do czasu, gdy wierzyciel udostępni poręczycielowi swoją skargę przeciw dłużnikowi, nie rozwiązuje zatem problemu: wygaśnie ona i tak z chwilą, gdy wierzyciel zostanie zaspokojony³⁶. Jedynie za cenę uznania, że spłata ze strony poręczyciela nie powoduje wygaśnięcia długu ciężącego na dłużniku głównym, tak że skarga przeciw niemu nadal przysługuje, można zabezpieczyć poręczycielowi możliwość jej dochodzenia również po spłacie wierzyciela. Jak zobaczymy, rozwój cesji jako środka regresu poręczyciela przeciw dłużnikowi głównemu jest historią wysiłków podejmowanych dla przewyciężenia powyższej trudności, tj. dla uzasadnienia przetrwania wierzytelności głównej mimo spłaty ze strony poręczyciela.

Konstytucje cesarskie z III w. omijały ten problem, przenosząc na poręczyciela nie samą wierzytelność główną, lecz tylko zabezpieczającą ją prawa rzeczowe (zastaw lub hipotekę)³⁷. Ściśle rzecz biorąc, na mocy zasady akcesoryjności również wspomniane zabezpieczenia powinny

³⁵ P. FREZZA, *op. cit.*, s. 181.

³⁶ Jak trafnie zauważa M. TALAMANCA, *op. cit.*, s. 337, przyp. 137, gdyby *beneficium cedendarum actionum* istniało w prawie klasycznym, powodowałoby liczne problemy strukturalne, związane przede wszystkim z umarzającym skutkiem spłaty ze strony poręczyciela. Nic zatem dziwnego, że teksty klasyczne, odpowiadające w swej treści temu *beneficium*, odnoszą się wyłącznie do *mandatum pecuniae credendae*, ale nie do poręczenia *sensu stricto* (tj. za pomocą kontraktu werbalnego). Por. P. FREZZA, *op. cit.*, s. 188.

³⁷ P. FREZZA, *op. cit.*, s. 181.

wygasnąć z chwilą umorzenia wierzytelności głównej. W ich przypadku jednak zasada akcesoryjności nie była przestrzegana tak ściśle, jak w przypadku poręczenia³⁸ – prawo rzymskie знаło różne odstępstwa od niej: na skutek *litis contestatio* wygasła co prawda wierzytelność główna, ale zastaw i hipoteka pozostawały w mocy do chwili rzeczywistego zaspokojenia dłużnika³⁹. W przypadku nowacji ze zmianą podmiotu⁴⁰, która działała analogicznie jak *litis contestatio*, tj. powodowała wygaśnięcie pierwotnej wierzytelności i powstanie na jej miejsce nowej (przeciw nowemu dłużnikowi lub na rzecz nowego wierzyciela), przy zmianie dłużnika wierzyciel zachowywał zastaw i hipotekę, ustanowione przez pierwszego z nich⁴¹. Nowy wierzyciel, jeśli zmiana nastąpiła po tej stronie zobowiązania, mógł także przejąć zastaw przysługujący dawnemu, o ile strony tak uzgodniły⁴². Była to istotna różnica w stosunku do poręczenia,

³⁸ Według opinii przeważającej w doktrynie zasada wygaśnięcia zastawu i hipoteki w przypadku nowacji została przyjęta dopiero przez jurysprudence z okresu dynastii Sewerów. Wcześniej jedynie pełne zaspokojenie wierzyciela (*solutio* w ścisłym sensie) powodowało ten skutek. Por. A. MASI, v: *Novazione (dritto romano)*, «ED» 28/1978, s. 773. Zdaniem H. ANKUMA, *Pignus und novatio im klassischen roemischen Recht*, [w:] *Festschrift für E. Seidl*, Köln 1975, odbyło się to za pomocą rozszerzającej interpretacji sformułowania *soluta pecunia*, zawartego w formule *a. serviana*.

³⁹ D. 13,7,11 pr. (Ulp. 28 ad. ed.): *Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito vel si fideiussor conventus fuerit*. (Nie uważa się, że miało miejsce świadczenie, jeśli doszło do zawisłości sporu z dłużnikiem lub z poręczycielem. Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski, a moją zmianą).

⁴⁰ Tak samo działała nowacja między tymi samymi podmiotami.

⁴¹ D. 16,1,13,1 (Gai. 9 ad. ed. prov.): *De pignoribus prioris debitoris non est creditor nova actione opus, cum quasi serviana (quae et hypothecaria vocatur) in his utilis sit: quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam*. (W odniesieniu do zastawów (hipotek) ustanowionych przez poprzedniego dłużnika wierzyciel nie potrzebuje żadnej nowej skargi, ponieważ *actio quasi Serviana* [chroniąca przysługujące mu prawa zastawnicze] (którą nazywa się też *actio hypothecaria*) znajduje zastosowanie w takim przypadku. Jest bowiem prawdą, że miało miejsce porozumienie się co do ustanowienia zastawu, a świadczenie pieniężne [zastawem tym zabezpieczone] nie zostało spełnione. Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski).

⁴² D. 13,7,11,1 (Ulp. 28 ad. ed.): *Novata autem obligatione pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur*. (Natomiast nowacja dłużnego świadczenia powoduje wygaśnięcie zastawu, chyba że postanowiono, że zastaw zostanie wzięty ponownie. Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski, z moją zmianą).

które w przypadku nowacji wygasało bezwzględnie wraz z wygaśnięciem zabezpieczonej nim wierzytelności⁴³. Można przypuszczać, że wymienione odstępstwa od zasady akcesoryjności zastawu (i hipoteki) wynikały z ich rzeczowego charakteru: zastaw był przywiązany do rzeczy i mógł być przekazany wraz z nią nowemu wierzycielowi. Mechanizm analogiczny do tego, który stosowano w przypadku nowacji, umożliwiał przeniesienie zastawu na poręczyciela, o ile nie dokonał on jeszcze spłaty: zastaw „odrywał się” od wierzytelności głównej, która wygasała dopiero wraz z jej spłatą przez poręczyciela, i przechodził na zabezpieczenie wierzytelności z tytułu zlecenia, przysługującej poręczycielowi względem dłużnika, za którego poręczył. Późniejsze umorzenie wierzytelności głównej (na skutek jej spłaty przez poręczyciela) nie miało już zatem wpływu na dalsze trwanie zastawu, nie ona była bowiem przedmiotem zabezpieczenia.

Konstytucje cesarskie z III w. nie rozwiązywały jednak problemu ewentualnych roszczeń do pozostałych poręczycieli, dotyczyły one bowiem tylko praw rzeczowych. W Rzymie zabezpieczenia o charakterze osobowym były cenione wysoko, wyżej nawet niż zabezpieczenia rzeczowe⁴⁴. Problem nie był zatem bynajmniej marginalny. Polegał on na tym, że gwarancje osobiste były ściślej związane z wierzytelnością główną niż zabezpieczenia rzeczowe (*vide supra*), dlatego trudno je było przenieść, nie przenosząc zarazem wierzytelności głównej. Rozwiązanie tego problemu zaproponował Paulus w komentarzu do dzieł Plautiusa (tekst ten okazał się jednym z kluczowych dla rozwoju cesji jako środka regresu poręczyciela, począwszy od średniowiecza):

⁴³ C. 8,40,4 *Imperator Antoninus. Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt.* *ANT. A. RUF. AE. *<A 213 PP. XV K. OCT. ANTONINO A. IIII ET BALBINO CONSS.>. (Na skutek dokonania zgodnej z prawem nowacji długu, przeniesionego na inną osobę, poręczyciele i zleceniodawcy pożyczki z poprzedniego kontraktu bez wątpienia zostają zwolnieni, chyba że zobowiążą się na poczet kolejnego (nowego) kontraktu. Tłum. A.K.).

⁴⁴ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I..., s. 660.

D. 46,1,36 (Paul. 14 *ad Plaut.*): *Cum is qui et reum, et fideiussorem habens ab uno ex fideiussoribus pecunia accepta praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quoddammodo nomen creditoris vendit.*

Jeżeli wierzyciel mający dłużnika głównego i kilku poręczycieli, po otrzymaniu od jednego z nich pieniędzy, odstępuje mu skargi, można by powiedzieć, że ich już nie ma, gdyż [wierzyciel] otrzymał już swoją należność i wskutek jej przyjęcia wszyscy zostali zwolnieni. Lecz nie jest tak, gdyż nie przyjął [pieniędzy] jako spłaty [wierzytelności głównej], lecz w pewnym sensie sprzedał wierzytelność. [Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski, z moimi zmianami].

Paulus zastanawiał się, czy wierzyciel mógł przenieść na poręczyciela, który spłacił mu całą należność, wszystkie swoje skargi (tj. zarówno przeciw dłużnikowi głównemu, jak i przeciw pozostałym poręczycielom)⁴⁵. Problem z dopuszczeniem tego rodzaju możliwości polegał na tym, jak precyzyjnie wskazuje jurysta, że spłata wierzytelności przez jednego z poręczycieli zwalniała wszystkich pozostałych (*perceptione omnes liberati sunt*), tj. zarówno dłużnika głównego, jak i innych poręczycieli. Skoro bowiem wierzyciel otrzymał już swoją należność (*suum perceperit*), jego wierzytelność wygasła, a wraz z nią także zabezpieczające ją poręczenia. Aby uniknąć tej konsekwencji, jurysta zastosował genialny wybieg, zakładając, że wierzyciel przyjął zapłatę od poręczyciela nie na poczet zaspokojenia swojej wierzytelności względem dłużnika głównego, lecz jako cenę jej sprzedaży: sprzedał on jak gdyby poręczycielowi tytuł wierzyciela – powiada Paulus. Aby wywiązać się z kontraktu sprzedaży, powinien on następnie przekazać poręczycielowi swoje skargi zarówno przeciw dłużnikowi głównemu, jak i przeciw pozostałym poręczycielom. Zastosowany przez Paulusa wybieg pozwolił rozwiązać kilka problemów jednocześnie. Przede wszystkim uniezależnił on trwanie wierzytelności głównej (a tym samym związanych z nią zabezpieczeń) od spłaty ze strony poręczyciela, ponieważ stwarzał dla niej odrębną

⁴⁵ P. FREZZA, *op. cit.*, s. 182.

podstawę prawną: poręczyciel nie spłacał wierzycielowi należności od dłużnika głównego, lecz tylko płacił mu cenę jej zakupu. Wierzyciel zachowywał zatem zarówno wierzytelność, jak i jej zabezpieczenia, zobowiązując się jedynie do ich sukcesywnego przeniesienia na poręczyciela, w zamian za otrzymaną od niego zapłatę. Rozwiązanie to było korzystne dla poręczyciela również dlatego, że kontrakt sprzedaży zapewniał mu roszczenie do wierzyciela o cesję skarg, uniezależniając go tym samym od dobrej woli tego ostatniego. Dodatkowo domniemanie, że wierzyciel, który przyjmował świadczenie od poręczyciela, czynił to zawsze na poczet ceny za sprzedaż wierzytelności, pozwalało przyjść poręczycielowi w sukurs zawsze, o ile tylko wierzyciel nie oświadczył wprost, że przyjął świadczenie jako spłatę wierzytelności głównej. Innymi słowy, poręczyciel nie musiał przeprowadzać żadnego dowodu na okoliczność tego, że kupił wierzytelność zamiast ją spłacić.

Podsumowując: by umożliwić wierzycielowi przeniesienie na poręczyciela, który spłacił wierzytelność główną, skarg przeciwko innym poręczycielom, należało zachować w mocy tę ostatnią (tj. uniknąć jej wygaszenia na skutek spłaty), co osiągnięto, traktując dokonaną przez poręczyciela wypłatę na rzecz wierzyciela nie jako spełnienie świadczenia z tytułu poręczenia, lecz jako zapłatę ceny kupna wierzytelności głównej.

2.2. ZLECENIE UDZIELENIA POŻYCZKI (MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE)

2.2.A. STRUKTURA

Institucją, która pełniła funkcję poręczenia obok kontraktu werbalnego w opisanych wyżej wariantach, było zlecenie udzielenia pożyczki osobie trzeciej (*mandatum pecuniae credendae*). Ta forma miała jednak zupełnie inną strukturę niż wyżej opisane poręczenie w formie kontraktu werbalnego (poręczenie *sensu stricto*). Rolę poręczyciela odgrywał w tym przypadku zleceniodawca, zobowiązany względem kredytodawcy do zwrotu kosztów wykonania zlecenia, kosztem była zaś kwota pożyczki, wypłaconej przez zleceniobiorcę osobie wskazanej przez zleceniodawcę. Należy podkreślić, że świadczenie poręczyciela-zleceniodawcy było w tym przypadku całkowicie niezależne od tego, do którego był zobowiązany dłużnik główny. Poręczyciel-zleceniodawca nie spłacał bowiem

w ogóle długu głównego, lecz tylko zwracał wierzycielowi nakłady, które ten poniósł na poczet zlecenia. Jego świadczenie było zatem różne od świadczenia dłużnika głównego zarówno co do podstawy (wynikało z kontraktu zlecenia między poręczycielem a kredytodawcą), jak i co do treści (stanowił ją zwrot kosztów zlecenia, nie zaś zwrot długu, jaki pożyczkobiorca miał względem pożyczkodawcy). Nic zatem dziwnego, że spełnienie tego świadczenia pozostawało bez wpływu na zobowiązanie dłużnika głównego. Wierzytelność względem niego pozostawała w mocy, wierzyciel mógł ją zatem bez przeszkód przenieść na poręczyciela⁴⁶. Gdyby pomimo zaspokojenia uzyskanego od poręczyciela chciał on nadal dochodzić należności od dłużnika głównego, mógł być przez niego oddalony zarzutem podstępu⁴⁷.

⁴⁶ P. FREZZA, *op. cit.*, s. 218.

⁴⁷ D. 17,1,28 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere*; (Papinian w trzeciej księdze problemów stwierdza, że ten, który zlecił udzielenie pożyczki osobie trzeciej, spłacając jej dług nie zwalnia - z mocy samego prawa - tej osoby ze zobowiązania (ze względu bowiem na swoje własne zlecenie kredytowe i w swoim imieniu dokonuje zapłaty) i dlatego [jurysta] sądzi, że skargi przeciwko dłużnikowi winny zostać przeniesione [przez wierzyciela] na zleceniodawcę. Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski); D.46.3.95.10 (Pap. 28 *quaest.*): *Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupili: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfaciatur [...]*. (Jeśli na moje zlecenie pożyczylbyś pieniądze Titiusowi, tego rodzaju umowa podobna jest do tej, pomiędzy opiekunem a dłużnikiem podopiecznego. Stąd, jeśli zleceniodawca został pozwany i zasądzone, rozum podpowiada, że dłużnik nie jest zwolniony, choć pieniądze zostały zwrócone, lecz także wierzyciel powinien odstąpić zleceniodawcy skargę, przeciwko dłużnikowi, aby ten go zaspokoił [...]) Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski). Jak podkreśla P. FREZZA, *op. cit.*, s. 218-220, oba teksty potwierdzają zarówno niezależność zobowiązania dłużnika od zobowiązania zleceniodawcy, jak i przysługującą zleceniobiorcy możliwość dochodzenia od zleceniodawcy cesji skarg przeciwko dłużnikowi za pomocą *actio mandati directa*.

2.2.B. REGRES

Podstawowym środkiem regresu, dostępnym w omawianej sytuacji, była skarga wierzyciela do dłużnika głównego, którą wierzyciel miał obowiązek przenieść na poręczyciela⁴⁸. Prawo rzymskie nie знаło cesji wierzytelności w sensie ścisłym, dlatego mechanizm, który stosowano w tym celu, polegał na ustanowieniu poręczyciela zastępcą procesowym wierzyciela, z zastrzeżeniem, że należność wyegzekwowaną od dłużnika będzie on mógł zatrzymać dla siebie (*procurator in rem suam*). Zważywszy, że spłata ze strony poręczyciela nie umarzała skargi względem dłużnika głównego, wierzyciel mógł ją przenieść na poręczyciela zarówno przed, jak i po spłacie. Poręczyciel z kolei mógł żądać od wierzyciela jej przeniesienia, wszczynając przeciw niemu proces z tytułu zlecenia (*actio mandati directa*), nawet przed dokonaniem spłaty, wierzytelność do dłużnika głównego stanowiła bowiem przysporzenie należne mu z tytułu zlecenia:

D. 17,1,27,5 (Gai. 9 *ad ed. prov*): *Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed ob id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

Jeśli na moje zlecenie udzieliłś pożyczki Tytusowi i pozwiesz mnie z tytułu zlecenia, nie inaczej mogę zostać zasądzony, jak tylko wtedy, gdy odstąpisz mi przysługujące ci przeciw Tytusowi skargi. Lecz jeśli pozwiesz Tytusa, ja nie będę wprawdzie zwolniony z odpowiedzialności, lecz moje zobowiązanie względem ciebie będzie opiewało na kwotę, której nie będziesz mógł uzyskać od Tytusa. [Tłum. Digesta Justyniańskie, red. T. Palmirski].

Zastosowanie opisanego rozwiązania było możliwe bez uciekania się do fikcji sprzedaży (inaczej niż w przypadku poręczenia *sensu stricto*), dlatego że świadczenie poręczyciela było w tym przypadku odrębne, zarówno co do podstawy, jak i co do przedmiotu, od tego, które ciążyło na dłużniku głównym. Jego spełnienie nie umarzało zatem wierzytelności

⁴⁸ P. FREZZA, *op. cit.*, s. 218-220.

względem tego ostatniego. Poręczyciel dysponował ponadto dogodnym środkiem nacisku na wierzyciela głównego: mógł uchylić się od zapłaty oraz uniknąć zasądzenia w ewentualnym procesie o zwrot kosztów zlecenia, o ile wierzyciel nie przeniósł na niego skargi przeciw dłużnikowi głównemu (i ewentualnie przeciwko innym poręczycielom). Mógł też domagać się cesji już po spłacie, wysuwając przeciw wierzycielowi roszczenie o zwrot korzyści z tytułu zlecenia.

2.2.C. PRAWO JUSTYNIAŃSKIE (NOWELA 4.1)

Nowela 4.1. Justyniana z 535 r. dawała wszystkim poręczycielom (również z kontraktu werbalnego) prawo domagania się od wierzycieli, by przenieśli na nich swoje skargi względem dłużnika głównego. Stosowała przy tym podobny środek nacisku, jak w przypadku zlecenia udzielenia pożyczki: poręczyciel, pozwany o zapłatę, mógł uniknąć zasądzenia, o ile wierzyciel nie przeniósł na niego swoich skarg:

Nov. 4,1: (...) *si vero fideiussor aut mandator aut qui sponsioni se subiecit adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est creditorem mittere alicubi, cum possit mox fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem exigere. (...) Probet igitur fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem, et causae residens iudex det tempus fideiussori, idem est dicere sponsori et mandatori, volentibus principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conventionem, et sic ipsi in ultimum subsidium reserventur: sitque solacio intercessori in hoc quoque iudex (fideiussoribus enim et talibus prodesse sanctum est), ut illo deducto interim conventione liberentur, qui pro eo in molestia fuerunt. Si vero tempus in hoc indultum excesserit (convenit namque etiam tempus definita iudicantem), tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exequatur litem, et debitum exigatur contra eum, quem fidedixit aut pro quo mandatum scripsit aut sponsionem suscepit, a creditore actionibus sibi cassis.*

Jeśli jednak fidejussor albo zleceniodawca, albo ten kto wziął na siebie odpowiedzialność za pomocą formalnego przyrzeczenia, są obecni w trakcie procesu, natomiast dłużnik główny jest nieobecny, zbyt surowym jest wymagać od wierzyciela, by udał się w inne miejsce [w którym przebywa dłużnik], by dopiero potem mógł dochodzić [należności] od fidejussora, zleceniodawcy lub

przysiężającego. (...). Wówczas [wierzyciel] może [dochodzić należności] od fidejussora, zleceniodawcy lub przysiężającego, lecz sędzia, który prowadzi sprawę, da czas fidejussorowi, a także zleceniodawcy i przysiężającemu, którzy chcieliby doprowadzić dłużnika głównego, żeby to on w pierwszym rzędzie wywiązał się z umowy, i żeby [poręczyciel] odpowiadał jedynie w ostateczności. Sędzia musi udzielić poręczycielowi pomocy w tej sprawie (jest bowiem jak najsluszniejszym przychodzić z pomocą poręczycielom i innym podobnym osobom), tak by został zwolniony do czasu, w którym dłużnik, za sprawą którego [poręczyciel] był niepokojony, się stawi. Jeśli jednak czas na to wyznaczony minie (sędzia musi bowiem również wyznaczyć czas), wówczas proces będzie prowadzony przeciw fidejussorowi lub zleceniodawcy lub przysiężającemu i dług zostanie wyegzekwowany od fidejussora, lub zleceniodawcy, lub przysiężającego, po tym jak [wierzyciel] przeniesie na niego skargi. [Tłum. A.K.].

Jak widać z powyższego, nadal obowiązywała zasada, że przeniesienie skarg na poręczyciela musiało nastąpić najpóźniej przed zasądzeniem, gdyż zasądzenie, na równi ze spłatą, powodowało ich wygaśnięcie. W Noweli nie ma jednak śladów fikcji sprzedaży wierzytelności głównej poręczycielowi. Wiąże się to najprawdopodobniej z ewolucją konstrukcji cesji w prawie poklasycznym i justyniańskim: cesjonariusz zyskał już do tego czasu samodzielną pozycję względem cedenta, przestając być li tylko jego zastępcą procesowym. Przejawiało się to między innymi w tym, że zachowywał scedowaną na niego skargę mimo utraty możliwości jej dochodzenia przez cedenta, na przykład na skutek śmierci tego ostatniego. Nie było już zatem może tak trudno uznać, że zachowywał ją również wówczas i pomimo tego, że wygasła ona po stronie wierzyciela-cedenta na skutek spłaty.

3. REGRES PORĘCZYCIELA W ŚREDNIOWIECZU

Jedno z pierwszych kompleksowych opracowań pozycji prawnej poręczyciela w doktrynie średniowiecznej zawiera Komentarz Azona do

tytułu pierwszego księgi 8 Kodeksu Justyniana (*Summa Codicis, tit. 8, De fideiussoribus et mandatoribus*).

Glosator w zgodzie z rzymską konstrukcją zakłada, że już samo zasądzenie poręczyciela względem wierzyciela, a tym bardziej spłata z jego strony, prowadzi do wygaśnięcia nie tylko wierzytelności głównej, lecz także jej zabezpieczeń. Wygasają zatem zarówno prawa z zastawu, jak i roszczenia przeciw pozostałym poręczycielom, których w rezultacie nie będzie już można później przenieść. Nowela 4 Justyniana, jak pamiętamy, próbowała ominąć ten problem, nakładając na wierzyciela obowiązek ich przeniesienia jeszcze przed zasądzeniem (jeśli tego nie uczyni, nie uzyska korzystnego dla siebie wyroku). Azon podkreśla, że przeniesione na poręczyciela skargi pozostają skuteczne nawet potem, gdy dokona on spłaty, choć gdyby pozostały przy wierzycielu, na skutek spłaty stałyby się bezskuteczne. Glosator konfrontuje się zapewne z opisanym wyżej problemem, że skoro są to te same skargi, które przysługiwały wierzycielowi, to powinny one wygasnąć w momencie jego zaspokojenia przez poręczyciela, niezależnie od tego, że zostały już przeniesione na kogo innego. Podążając za Modestynem (D. 46,3,76), glosator pozostawia poręczycielowi także możliwość nabycia od wierzyciela roszczeń (zarówno do dłużnika głównego, jak i do pozostałych poręczycieli) już po dokonaniu spłaty, pod warunkiem jednak, że najpóźniej w momencie jej dokonania zastrzegł, że dokonuje jej we własnym imieniu, nie zaś w imieniu dłużnika. Jeśli wierzyciel przed przyjęciem należności lub jednocześnie przeniósł na poręczyciela swoje roszczenia, żadne dodatkowe zastrzeżenie nie jest konieczne, uznaje się bowiem, że sam fakt ich nabycia wskazuje na zamiar poręczyciela dokonania spłaty we własnym imieniu, nie zaś w imieniu dłużnika. Jeśli jednak spłacił, nie nabywając roszczeń wcześniej ani nie wyrażając woli ich późniejszego nabycia, traci nieodwracalnie tę możliwość. Jak z powyższego wynika, elementem, który zabezpiecza wierzytelność przed wygaśnięciem, umożliwiając tym samym jej przeniesienie na poręczyciela (wszystko jedno, czy przed, czy po spłacie), jest zdaniem glosatora brak intencji zwolnienia dłużnika głównego. Choć Azon powołuje się na tekst Modestyna, inaczej niż jurysta rzymski nie odwołuje się do konstrukcji kupna wierzytelności przez spłacającego, lecz jedynie do jego zamiaru

działania we własnym, nie zaś w cudzym imieniu. Dla wzmocnienia swojej argumentacji glosator przywołuje także tekst Papiniana dotyczący zlecenia (D. 17,1,28), stwierdzający, że poręczyciel-zleceńodawca, płacąc na ręce wierzyciela-zleceńobiorcy, spłaca jedynie swój własny dług ze zlecenia, nie zaś ten, który ciążył na dłużniku głównym⁴⁹. Pokazuje to, że Azon przechodzi do porządku dziennego nad różnicą struktury zobowiązań poręczyciela-zleceńodawcy i poręczyciela *sensu stricto*, która dla prawników rzymskich była kluczowa⁵⁰.

Za takim rozumowaniem Azona podąża *Glossa Ordinaria*.

W nawiązaniu do D. 46,1,36 autorstwa Paulusa Glosa konsekwentnie tłumaczy, że cesja skargi na poręczyciela możliwa jest po spłacie o tyle, o ile spłacający umówił się wcześniej z wierzycielem, że ten przeniesie na niego w przyszłości skargę przeciw dłużnikowi. (Znajdujemy w tym punkcie odesłanie do tekstu Modestyna, zamieszczonego w D. 46,3,76, w oryginale dotyczącego współopiekunów). Jeśli zaś poręczyciel spłacił

⁴⁹ AZO, *Summa Codicis* (Tit. 7, 40, *Effectus*): *Videamus hoc ita si fiat cessio ante solutionem, vel etiam postea, cum autem prius convenisset de actionibus cedendis, ut tt. de solut. l. Modestinus. Vel distinguas in fideiussore solvat nomine suo ut tunc quandoquomque possent ei cedi, ut tt. ma. L. prop* (D. 17,1,28: *propter mandatu suo solvit*), *an nomine debitoris et tunc nunquam cedantur ei. An solvit simpliciter, ut tunc, si quidem creditor cedat in continenti, praesumitur quod fideiussor solverit nomine suo, non debitoris, si ex intervallo, contrarium est, ut dixi. Et erit hic notandum quia licet actio quae cedit inutilis esset penes cedentem, est tamen utilis penes eum, cui ceditur.* (Zważmy, że tak jest, jeśli cesja zostanie dokonana przed spełnieniem świadczenia, lub nawet po jego spełnieniu, o ile jednak wcześniej [poręczyciel z wierzycielem] porozumieli się co do cesji skarg, jak [głosi] fragment *Modestinus* tytułu *O wykonaniu zobowiązań*. Lub też należy odróżnić w odniesieniu do fideiussora, czy spłaci w imieniu własnym i wtedy skargi mogą być na niego przeniesione w dowolnym momencie, jak [głosi] fragment *propter* tytułu *O skardze bezpośredniej ze zlecenia*, czy w imieniu dłużnika, a wtedy nigdy nie mogą być na niego przeniesione. Albo też płaci po prostu [tj.bez żadnej deklaracji], jeśli jednak wierzyciel od razu przeniesie na niego [skargi], uważa się, że fideiussor spełnił świadczenie w imieniu własnym, nie zaś w imieniu dłużnika, jeśli natomiast [wierzyciel przeniesie na niego skargi] po jakimś czasie, jest przeciwnie, tak jak powiedziałem. Należy też zauważyć, że chociaż odstępowana [poręczycielowi] skarga byłaby beзуżyteczna dla cedenta, jest jednak użyteczna dla tego, komu zostaje odstąpiona. Tłum. A.K.).

⁵⁰ Różnicę tę pomijali również późniejsi glosatorzy; por. W. GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemmeinem Civilrechte Historische Abteilung, Buch*, s. 212.

bez takiego porozumienia, wierzyciel nie może już później przenieść na niego skargi przeciw dłużnikowi, gdyż ta wygasła na skutek spłaty (glosa do D. 46,1,36, *In solutum*)⁵¹.

Glosa do wyżej wymienionego tekstu Modestyna (D. 46,3,76) powtarza zasadę, że po spłacie wierzyciela przez jednego ze współdłużników skargi względem pozostałych wygasają, przy czym odnosi ją w równym stopniu do poręczycieli, o których pisał Paulus, jak i do opiekunów, do których odnosi się Modestyn. Znajdujemy w tym miejscu odesłanie do omówionego wyżej fragmentu D. 46,1,36, w którym jurysta Paulus deklarował, że efektu tego można uniknąć, jeśli wierzyciel „sprzeda” poręczycielowi swoją wierzytelność, przyjmując zapłatę na poczet ceny, nie zaś jako spłatę długu głównego. Następnie wymienia się serię przypadków, w których cesja skargi następuje już po spłacie wierzytelności głównej: w odniesieniu do nich wszystkich Glosa podsumowuje, że wierzyciel musiał jeszcze przed przyjęciem należności umówić się ze spłacającym poręczycielem, że przeniesie na niego swoją wierzytelność w przyszłości. Co ciekawe, Glosa całkowicie przemilcza fikcję sprzedaży, na której oparli swoje rozwiązania zarówno Modestyn, jak i Paulus. Założenie uprzedniego porozumienia co do cesji wierzytelności pełni bowiem u średniowiecznych prawników zupełnie inną funkcję niż u ich rzymskich poprzedników. U glosatorów służy ono wyłącznie ustaleniu intencji spłacającego, mianowicie tego, czy płacił on w imieniu dłużnika głównego (co miało mieć miejsce wówczas, gdy nie zabezpieczył sobie na przyszłość cesji wierzytelności), czy też w imieniu własnym (na co wskazywać miało porozumienie co do przyszłej cesji). W tym ostatnim przypadku umarzał on jedynie swój własny dług, nie zaś ten, który

⁵¹ D. 46,1,36, Glosa *In solutum: ut sic extinguerentur obligationes omnino secundum quosdam. Et intellege, quando in continenti post solutionem cedit actionem. 2. Vel si ex intervallo: dic hoc actum in solvendo, ut postea possit fieri cessione, sit contra. j. De sol. l. Modestinus. Vel etiam dixit solvens, solvo ut cedas, ut C. de act. et obl. l.j. Wówczas, zdaniem niektórych, wygasną zobowiązania, Jednak zważ, że wtedy, gdy [wierzyciel] przenosi skargę bezpośrednio po spełnieniu świadczenia; 2. lub nawet po jakimś czasie, lecz spełniając świadczenie porozumiano się, żeby [skargi] mogły być przeniesione, będzie przeciwnie; tak fragment *Modestinus* w tytule *O wykonaniu zobowiązań*. Lub też spełniając [świadczenie], mówi, spełniam, byś przeniósł [na mnie skargi], jak w tytule Kodeksu *O skargach i zobowiązaniach*. [tłum. A.K.].*

ciążył na dłużniku głównym, o czym Glosa mówi wprost, przywołując fragment D. 46,3,95,10 autorstwa Papiniana: „lecz tutaj ten, kto zlecił udzielenie pożyczki, a także opiekun, spłacali jedynie własne zobowiązanie, tj. umówiono się, że wierzyciel będzie mógł na nich scedować w przyszłości swoje skargi przeciw dłużnikowi głównemu”⁵². Glosa do omawianego fragmentu kończy się konkluzją, że w braku odnośnego porozumienia poręczyciel spłaca dług główny, powodując jego umorzenie.

Uderzające jest to, że Glosa przywołuje fikcję wcześniejszego porozumienia o cesji również w odniesieniu do sytuacji, w której z rzymskiego punktu widzenia nie było to w ogóle potrzebne: osoba, która zleciła udzielenie pożyczki, była zobowiązana względem pożyczkodawcy do zwrotu kosztów wykonania zlecenia, nie zaś do spłaty długu głównego. Nic zatem dziwnego, że dokonana przez nią zapłata nie zwalniała *ipso iure* dłużnika głównego, co wielokrotnie podkreślali juryści rzymscy⁵³. Przeciwnie, spłata ze strony poręczyciela w sensie ścisłym, który zobowiązywał się do spłaty długu głównego umarzała wierzytelność główną, uniemożliwiając jej późniejszą cesję. Umowa kupna wierzytelności w tej ostatniej sytuacji stwarzała alternatywną podstawę prawną dla świadczenia ze strony poręczyciela, pozwalającą mu uiścić zapłatę, a jednocześnie uniknąć umorzenia wierzytelności głównej: poręczyciel nie spłacał bowiem w takim przypadku długu głównego, lecz jedynie płacił wierzycielowi cenę zakupu wierzytelności. Co istotne, bez kupna wierzytelności poręczyciel nie mógłby świadczyć jedynie „za siebie”, tj. bez naruszenia długu głównego, gdyż jedynym świadczeniem, do którego był zobowiązany z tytułu poręczenia, była spłata wierzytelności głównej w zastępstwie dłużnika. Spełniając to świadczenie, poręczyciel nie mógł zatem uniknąć umorzenia wierzytelności głównej, nie miał bowiem żadnego innego świadczenia do wyboru, które mógłby spełnić zamiast spłaty długu ciążyącego na dłużniku głównym. Ujmując rzecz

⁵² D. 46,3,95,10, Glosa: (...) *sed ibi solverat pro sua obligatione tantum mandator et tutor, ut ibi not. Vel actum fuit ut postea possent cedi.*

⁵³ Por. też D. 26,7,25 (cesja skargi minora przeciwko kuratorowi, który udzielił zgody na niekorzystne rozporządzenie, na opiekuna kontrahenta, od którego żąda restytucji: Glosa mówi, że już w momencie *solutio* było porozumienie co do przyszłej cesji, tak jak u Modestyna).

kolokwialnie, nie miał on nic „swojego” do spłaty, co nie byłoby jednocześnie spłatą długu głównego.

Jedyny tekst, w odniesieniu do którego Glosa obywa się bez założenia wcześniejszego porozumienia o cesji, to fragment D. 17,1,28 Papiniana. Także i tym razem dotyczy on zlecenia udzielenia pożyczki, nie zaś poręczenia w sensie ścisłym. Papinian przywołuje zasadę, że zleceniodawca, który spłaca należność kredytodawcy, działającemu na jego zlecenie, nie zwalnia dłużnika głównego, w związku z czym skarga wierzyciela przeciwko temu ostatniemu pozostaje w mocy i może być scedowana na kogo innego. Glosa podkreśla, tym razem w zgodzie z konstrukcją rzymską, że jest to zasada mająca zastosowanie jedynie do osób, które zleciły pożyczkę (a zatem do dłużników zobowiązanych do różnych, niezależnych od siebie świadczeń), ale nie do poręczycieli w sensie ścisłym.

Z powyższych fragmentów wyłania się następujący obraz poręczenia, jakim operowali glosatorzy: każdy poręczyciel, bez względu na formę, w jakiej udzielił poręczenia (tj. zarówno fidejussor, który się zobowiązał za pomocą kontraktu werbalnego, jak i ten, kto zlecił udzielenie pożyczki), miał do wyboru dwie możliwości: mógł albo spłacić wierzycielowi bezpośrednio dług ciążyący na dłużniku głównym, doprowadzając tym samym do jego wygaśnięcia (co wykluczało późniejszą cesję), albo spełnić jedynie swoje własne zobowiązanie względem wierzyciela, pozostawiając dług główny w mocy (co umożliwiało jego cesję w przyszłości). O ile konstrukcja ta dobrze pasuje do zlecenia udzielenia pożyczki (treścią własnego zobowiązania zleceniodawcy względem wierzyciela było pokrycie kosztów wykonania zlecenia, nie zaś spłata długu głównego), o tyle jest problematyczna w stosunku do poręczyciela *tout court*: nie wiadomo, co innego miałoby być treścią jego zobowiązania, poza spłatą długu głównego. Rzymianie znaleźli rozwiązanie w postaci fikcji kupna wierzytelności głównej przez poręczyciela – w tej sytuacji płacił on wierzycielowi jedynie cenę jej zakupu, nie spłacał natomiast długu głównego. Jak jednak widzieliśmy, juryści średniowieczni nie stosowali tej fikcji. Pytanie, co uważali oni za świadczenie, wynikające z kontraktu poręczenia, lecz alternatywne do spłaty długu głównego, które poręczyciel mógłby spełnić zamiast tego ostatniego, pozostaje zatem otwarte.

Ostateczną konsekwencję z opisanego wyżej toku myślenia wyciągnął Bartolus, wprowadzając rozróżnienie między współdłużnikami głównymi (*hi, qui principaliter tenentur*) a dłużnikiem zobowiązanym akcesoryjnie (*qui tenentur accessoriae*): ci pierwsi zobowiązani są do spłaty wspólnego długu, zatem ten, który go spłaci, umarza go w całości⁵⁴. Natomiast w odniesieniu do dłużnika zobowiązanego akcesoryjnie (jak fidejussor) należy przyjąć, że spłaca on wyłącznie swój własny dług, nie zaś ten, który ciążył na dłużniku głównym. Konsekwentnie, cesja wierzytelności głównej możliwa jest zarówno przed, jak i po spłacie wierzyciela, bowiem poręczyciel dokonuje jej na poczet własnego długu, nie zaś tego, który ciążył na dłużniku głównym⁵⁵. W rezultacie wierzyciel traci jedynie wierzytelność względem poręczyciela, zachowuje jednak tę, którą miał w stosunku do dłużnika głównego i nie ma żadnych przeszkód, aby przeniósł ją na poręczyciela.

Proces przejścia od koncepcji rzymskich jurystów do tej, którą znajdujemy u Bartolusa, można podsumować jako odwrócenie wyjściowej konstrukcji poręczenia: w ujęciu prawników rzymskich okresu pryncypatu poręczyciel zobowiązany był wyłącznie do spłaty długu głównego, według Glosy alternatywnie, do spłaty długu głównego lub własnego, wynikającego z poręczenia (o tym, który z nich spłacił, decydowała jego intencja), wedle Bartolusa natomiast przede wszystkim do spłaty długu własnego, odrębnego od długu głównego.

⁵⁴ BARTOLUS przywołuje w tym punkcie tekst Modestyna, co oznacza, że mówiąc o dłużnikach, zobowiązanych wspólnie do spłaty tego samego długu, ma na myśli m.in. opiekunów. Odróżnienie ich od poręczyciela, będącego dłużnikiem akcesoryjnym, pozwala mu wyjaśnić, dlaczego sprzedaż wierzytelności, od której Modestyn uzależnia możliwość cesji skarg na rzecz spłacającego całość współopiekuna, nie jest potrzebna w przypadku poręczyciela. Por. W. GIRTANNER, *op. cit.*, s. 218.

⁵⁵ BARTOLUS, *Lectura super Dig. nov., de Fideiussionibus*, L. 36. (D. 46,1,36): *Glosa diceret verum in his qui principaliter tenentur, ut diceret lex Modestinus. Sed in his qui tenentur accessoriae semper solvens pro suis obligationibus videtur solvere* Glosa mówiła prawdę w odniesieniu do tych, którzy są zobowiązani jako dłużnicy główni, tak jak mówił fragment *Modestinus*. Jednak w odniesieniu do tych, którzy są zobowiązani akcesoryjnie, uważa się, że ten, który świadczy, świadczy zawsze na poczet własnych zobowiązań. [tłum. A.K.].

Kluczowe w tym procesie jest pojawienie się nowego świadczenia, niepolegającego na spłacie długu głównego i ciężącego na poręczycielu, wedle Glosy jako alternatywa dla spłaty długu głównego, wedle Bartolusa zaś jako główna treść zobowiązania poręczyciela. Narzuca się pytanie, na czym wedle prawników średniowiecznych mogło polegać owo świadczenie, innymi słowy do czego jeszcze, poza spłatą długu głównego, zobowiązywał się poręczyciel. Jak doszło do konceptualizacji owego własnego świadczenia poręczyciela, niepolegającego na spłacie długu głównego?

Odpowiedzi na to pytanie należy poszukiwać, jak się wydaje, w Noweli 4 Justyniana z 535 r.⁵⁶ Wprowadzone przez nią rozwiązania były wspólne dla wszystkich poręczycieli (zarówno z kontraktu werbalnego, jak i tych, którzy zlecili udzielenie pożyczki), co przyczyniło się do zatarcia różnic między nimi.

Jednym z tych rozwiązań była zasada subsydiarności, obca jurystom rzymskim wieków wcześniejszych. Również wcześniej oczekiwano wprawdzie od wierzyciela, by zanim pozwie któregoś z poręczycieli, wezwał do zapłaty dłużnika głównego, prawnicy podkreślali jednak swobodę wierzyciela w wyborze, od kogo zażąda zapłaty. Pozwanie poręczyciela z pominięciem dłużnika głównego było jak najbardziej możliwe.

Nowela 4 z 535 r. dała wszystkim poręczycielom (zarówno tym z kontraktu werbalnego, jak i tym, którzy zlecili udzielenie pożyczki) możliwość uchylenia się od spłaty należności wierzycielowi, o ile ten ostatni nie przeprowadził uprzednio postępowania przeciw dłużnikowi głównemu (*beneficium excussionis vel ordinis*). Pozwany o zapłatę poręczyciel mógł zostać zasądzony tylko wtedy, jeśli wierzyciel wykazał, że nie uzyskał pełnego zaspokojenia od dłużnika głównego, mimo że go pozwał (tj. dłużnik okazał się nie w pełni lub w ogóle niewypłacalny), względnie nie mógł go pozwać, z powodu jego nieobecności. W tym ostatnim przypadku sędzia miał obowiązek odroczyć postępowanie,

⁵⁶ M. KASER, s. 459: „Dieses, (unrömisch sog.) ‘beneficium excussionis’ oder ‘ordinis’, das der heutigen ‘Einrede der Vorausklage’ entspricht, macht die Haftung der Bürger zu einer subsidiärer”.

zakreślając poręczycielowi czas na odnalezienie dłużnika (o ile oczywiście poręczyciel zgłosił taki wniosek).

Przywołana Nowela obrazuje znaczącą zmianę, jaka dokonana się w sposobie myślenia o zobowiązaniu poręczyciela. W przypadku zlecenia udzielenia pożyczki zmiana ta dotyczyła koncepcji kosztów zlecenia, do pokrycia których zobowiązany był zleceniodawca-poręczyciel. O ile w prawie klasycznym koszt stanowiła sama kwota wypłacona pożyczkobiorcy (pożyczkodawca ponosił go zatem już w momencie udzielenia pożyczki), o tyle teraz powstawał on dopiero po bezskutecznej próbie wyegzekwowania zwrotu od dłużnika głównego: można zatem powiedzieć, że na gruncie Noweli 4 zleceniodawca-poręczyciel był zobowiązany do wyrównania wierzycielowi szkody, którą ten poniósł na skutek niewywiązania się przez dłużnika głównego z zobowiązania. Podobnie poręczyciel z kontraktu werbalnego: jako że był on zobowiązany do zapłaty tylko na wypadek, gdyby nie udało się wyegzekwować należności od dłużnika głównego, można postrzegać jego zobowiązanie jako prowadzące się do pokrycia wierzycielowi wynikającej z tego faktu szkody. W ten sposób nie tylko zobowiązanie poręczyciela z kontraktu werbalnego stało się w swej treści różne od zobowiązania dłużnika głównego (zamiast spłaty długu głównego pokrycie wierzycielowi strat z tytułu jej braku), ale też treść zobowiązania z poręczenia werbalnego bardzo się zbliżyła do treści zobowiązania ze zlecenia udzielenia pożyczki: w obu przypadkach poręczyciel był zobowiązany pokryć wierzycielowi straty wynikające z niewywiązania się przez dłużnika głównego z zobowiązania, nie zaś spłacić dług, ciążyący na tym ostatnim⁵⁷. Tłumaczy to w pełni zbiorcze potraktowanie obu tych form poręczenia przez prawników średniowiecznych⁵⁸, ale także pomaga zrozumieć, jak mogła pojawić się

⁵⁷ Por. W. GIRTANNER, *op. cit.*, s. 201.

⁵⁸ Jak podkreśla W. GIRTANNER, *op. cit.*, s. 202-203, prawnicy średniowieczni nie poszli jednak konsekwentnie tą drogą, uznawali bowiem możliwość rezygnacji przez poręczyciela z *beneficium excussionis*, co pozwalało wierzycielowi na dochodzenie od niego należności również bez wcześniejszego pozwania dłużnika głównego. Girtanner wskazuje na względy praktyczne, którymi kierowali się prawnicy średniowieczni: obowiązek cesji wierzytelności na poręczyciela wzmocnił jego pozycję na tyle, że można było ograniczyć w interesie wierzyciela zakres korzystania przez niego z *beneficium*

w ich doktrynie koncepcja samodzielnego zobowiązania poręczyciela, niezależnego od zobowiązania dłużnika głównego i możliwego do umorzenia bez jednoczesnego wygaszenia długu głównego. Można je ująć jako zobowiązanie do pokrycia wierzycielowi strat z tytułu niewywiązania się przez dłużnika głównego z jego zobowiązania.

4. DOKTRYNA SIEDEMNASTO- I OSIEMNASTOWIECZNA

W doktrynie siedemnastowiecznej rozeszły się poglądy dotyczące skutków spłaty długu przez poręczyciela. Część jurystów podążyła za poglądem Bartolusa, uznając, że spełnienie świadczenia przez poręczyciela pozostawia nienaruszoną wiarygodność główną, umożliwiając tym samym jej późniejszą cesję na poręczyciela⁵⁹. Stanowisko to przyjęli Donellus⁶⁰,

excussionis, tj. wstrzymania się ze spłatą do czasu zakończenia postępowania przeciw dłużnikowi głównemu. Klauzula zrzeczenia się przez poręczyciela z tego ostatniego przywileju upowszechniła się zresztą już wcześniej w praktyce notarialnej. Od strony dogmatycznej warto przypomnieć, że w świetle koncepcji prawników średniowiecznych poręczyciel był zobowiązany do spełnienia alternatywnie jednego z dwóch świadczeń: swojego własnego lub ciężącego na dłużniku głównym. Rezygnując z *beneficium excussionis*, zobowiązywał się tym samym do spłaty wyłącznie tego drugiego.

⁵⁹ To stanowisko było konsekwencją zrównania pozycji poręczyciela w sensie ścisłym z pozycją zleceniodawcy pożyczki. Zwolennicy opisanego poglądu przyjmowali, podążając w tym względzie za nauką średniowieczną, że spłata dokonana przez fidejussora, tak samo, jak ta dokonana przez zleceniodawcę pożyczki, nie zwalniała dłużnika głównego *ipso iure*, lecz jedynie *ope exceptionis*. Por. W. GIRTANNER, *op. cit.*, s. 253: „Der zweite Grund beruhte auf der Gleichstellung des Fideiussor mit dem Mandator. Sowie dieser, so hebe auch jener durch seine Zahlung die Hauptschuld nicht ipso iure auf, sondern nur ope exceptionis; die Cession sei also auch noch nach der Zahlung möglich”.

⁶⁰ H. DONELLUS, *Comentarii in codicem Iustiniani*, Francoforte 1622, Lib. 8, Tit. 41 *de fideiussoribus et mandatoribus*, L. *cum alter*, 11.7: *Hic unus ex fideiussoribus solidum solvendo, dum solvit suo nomine, debitorem ipso iure non liberat, sive quod idem est, principalem obligationem non tollit [...]. Sed liberatur tantum per exceptionem, non ipso iure, ut declaratur in dict. L. Papinianus, D. mand. Qua res facit, ut reliqui confideiussores etiam adhuc teneantur: ut qui nisi liberato debitore principali non liberentur. Atque hinc etiam fit, ut creditor, quamvis pecunia ab uno ex fideiussoribus accepta, salvas habeat veteres actiones cum adversus debitorem, tum adversus reliquos fideiussores, qui nihil*

a za nim Carpov i Struv⁶¹. Carpov powtarza niemal dosłownie argument Bartolusa, wedle którego poręczyciel, inaczej niż współdłużnik solidarny, spłaca jedynie swój własny dług, nie zaś ten, który ciąży na dłużniku głównym. Wierzytelność względem tego ostatniego pozostaje

solverunt. Et quia habet, etiam potest cedere et fideiussori, qui solvit. (Tutaj jeden spośród poręczycieli, spełniając świadczenie w całości, jeśli spełnia je w swoim imieniu, nie zwalnia dłużnika z mocy samego prawa, to jest nie umarza wierzytelności głównej (...). Lecz [dłużnik] zostaje zwolniony jedynie poprzez podniesienie zarzutu, nie zaś z mocy samego prawa, jak głosi fragment *Papinianus* tytułu *O skardze bezpośredniej ze zlecenia*. To sprawia, że pozostali poręczyciele pozostaną zobowiązani również po spłacie: zostaną bowiem zwolnieni dopiero po zwolnieniu dłużnika głównego. Z tego powodu dzieje się tak, że wierzycielowi, mimo że przyjął pieniądze od jednego z poręczycieli, nadal przysługują dawne skargi, zarówno przeciw dłużnikowi, jak i przeciw pozostałym poręczycielom, którzy niczego nie świadczyli. A ponieważ je ma, może je również przenieść na tego poręczyciela, który spełnił świadczenie [w całości]. Tłum. A.K.). Podążając za opinią Bartolusa, Donellus odróżnia sytuację współdłużników i współopiekunów, którzy są stroną jednego, wspólnego zobowiązania, od poręczycieli, którzy są stroną zobowiązania akcesoryjnego w stosunku do tego, które ciąży na dłużniku głównym. To ostatnie jest zatem jego zdaniem odrębne od pierwszego: „*At cum plures fideiussores dati sunt, etiamsi quis concedat omnium fideiussorum unam obligationem esse, tamen nihilominus in hac causa duae sunt obligationes longe distinctae, una debitoris qua est principalis, una fideiussoris qua est accessoria (ibidem)*. (Jeśli zostało danyh kilku współporęczycieli, nawet jeśli ktoś uzna, że zobowiązanie współporęczycieli jest jedno, mimo to istnieją w tej sytuacji dwa zobowiązania, bardzo od siebie odległe, jedno ciężące na dłużniku, które jest główne, oraz drugie, ciężące na poręczycielu, które jest akcesoryjne. Tłum. A.K.).

⁶¹ G.A. STRUV, *Syntagma Iurisprudentiae, secundum ordinem pandectarum concinnatum*, Pars II, 1687 Exerc. 47. Lib. 46, tit. 1 (*De fideiussoribus et mandatoribus*), 55: *An etiam fideiussor, qui iam solvit, petere possit ut sibi cedatur actiones, licet cum solveretur pactum de cedendis actionibus non intervenerit? Quod affirmatur, quia fideiussor, si solverit creditori quod Titio creditum est, hac solutione nec Titium, nec reliquos fideiussores ipso iure liberavit: adeoque actiones adhuc supersint et cedi queunt.* Arg. L. 28 *mandat.*, L. 21 § 3 *de fideiuss.*, L. 43 *de solut.*, *Non obstat* L. 76 *de solut.*, L. 39, § 1 *Inst. q. m. tol. obl.*». (Czy także poręczyciel, który już spełnił świadczenie, może się domagać, by zostały na niego przeniesione skargi [wierzyciela], mimo, że kiedy spełniał świadczenie, nie było porozumienia o cesji skarg? Uznaje się, że tak, ponieważ poręczyciel, który świadczył wierzycielowi to, co zostało pożyczone Tytusowi, przez to świadczenie nie zwolnił z mocy prawa ani Tytusa, ani pozostałych poręczycieli: dlatego też można żądać przeniesienia skarg, które nadal istnieją. Tłum. A.K.).

zatem w mocy i może zastać bez przeszkód przeniesiona na poręczyciela w dowolnym momencie⁶². Jedyną trudność, na jaką naraża się poręczyciel, o ile nie zabezpieczy sobie cesji przed spłatą, polega na tym, że traci on możliwość wymuszenia na wierzycielu jej późniejszego dokonania, a to dlatego, że z wierzycielem nie łączy go żaden węzeł obligacyjny, który mógłby stanowić podstawę odnośnego żądania⁶³. (Poręczyciel, który nie spłacił jeszcze należności, mógł się zasłonić zarzutem podstępny przeciw żądaniu wierzyciela, o ile ten ostatni odmawiał dokonania cesji)⁶⁴.

⁶² B. CARPZOV, *Definitiones forensen ad constitutiones electorales saxonicas*, Francofurti 1673, Pars II, Const. 17, Def. 15,6. *Etenim quia plurium principaliter obligatorum una et eadem censetur esse obligatio, utique et solutio pro tota obligatione facta videtur, qua extincta, nil restat de ea quot cedi queat. 7. Ut ita ad utilem negotiorum gestorum actionem confugere necesse sit. 8. Aliter vero res se habet in accessorie obligationis. Nam qua fideiussor suo tantum nomine solvere censetur, salva remanet obligatio debitoris principalis, et consequenter etiam fideiussorum, quae solventi fideiussori adversus confideiussores cedi potest.* (Ponieważ zobowiązanie kilku [osób], zobowiązanych jako dłużnicy główni, jest uważane za jedno i to samo, zatem również świadczenie [przez jednego z nich] uważa się za spełnione na poczet całego zobowiązania. Stąd po jego wygaśnięciu [na skutek świadczenia przez jednego ze współdłużników], nie pozostaje nic, co mogłoby być przeniesione. 7. Tak więc trzeba się wówczas uciec do skargi z prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia. 8. Inaczej natomiast rzecz się ma ze zobowiązaniami akcesoryjnymi. Co do poręczyciela uważa się bowiem, że świadczy jedynie we własnym imieniu, zatem zobowiązanie dłużnika głównego pozostaje w mocy, a w rezultacie także i [zobowiązania pozostałych] poręczycieli, tak że [roszczenia] względem współporęczycieli mogą być przeniesione na tego, który spełnił świadczenie. Tłum. A.K.).

⁶³ H. DONELLUS, *loc. cit.*: *Sed potest, ut dixi, cedere, si velit, si nolit, nulla est actio fideiussori ad eum cogendum, ubi fideiussor non solverit hac lege, ut sibi cederentur actiones.* (Tak jak powiedziałem, [wierzyciel] może przenieść [swoją wiarygodność], jeśli zechce, lecz jeśli nie chce, poręczycielowi nie przysługuje żadna skarga, by go do tego zmusić, o ile poręczyciel nie świadczył z tym zastrzeżeniem, by [skargi] zostały na niego przeniesione. Tłum. A.K.).

⁶⁴ B. CARPZOV, *op. cit.*: *rejecta opinione iam dicta, ex intervallo quoque cessionem fieri, adeo, ut nulla praemissa reservatione cessionis, fideiussor etiam post solutionem compellere possit creditorem ad cedendum sibi actiones, intentata videlicet contra ipsum actione ex empto ad tradendum sibi iura. 8. Videtur enim per solutionem a fideiussore factam et receptam a creditore, emptio et venditio quaedam nominis contracta.* (Odrzuciwszy wyżej wspomnianą opinię, i uznając, że cesji można dokonać również bez wcześniejszego zastrzeżenia o [przyszłej] cesji, poręczyciel także po dokonaniu spłaty

W opisywanym okresie obserwujemy jednak przede wszystkim powrót do doktryny rzymskiej, zgodnie z którą poręczyciel w sensie ścisłym (*fideiussor*), inaczej niż osoba, która zleciła udzielenie pożyczki (*mandans*), spłacając dług, umarza wierzytelność główną, uniemożliwiając tym samym jej późniejszą cesję⁶⁵. Owa zmiana poglądu wynika, jak się wydaje, z większej wagi, jaką przywiązywano w tych czasach do konstrukcji rzymskich w ich oryginalnym, historycznym kształcie, będącej spuścizną humanizmu. Stanowisko to stało się dominujące w omawianej epoce. Większość autorów – co ciekawe również tych, którzy opowiadali się za dopuszczalnością cesji nawet po spłacie wierzytelności przez poręczyciela – powoływała się na fragment *principium* tytułu 29 księgi 3 Instytucji Justyniańskich (I.3.29 pr.), stwierdzający,

może zmusić wierzyciela do odstąpienia mu skarg, mianowicie wnosząc przeciw niemu skargę z tytułu kupna o przeniesienie na niego praw. 8. Uważa się bowiem, że poprzez świadczenie przez poręczyciela i jego przyjęcie przez wierzyciela, zostaje niejako zawarta umowa kupna-sprzedaży wierzytelności. Tłum. A.K.) Carpov, jak widać, również odwołuje się do fikcji sprzedaży, jednak dla innych celów niż większość ówczesnej doktryny, tj. nie po to, by uchronić wierzytelność główną przed wygaśnięciem na skutek jej spłaty (Carpov zakłada bowiem, że spłata poręczyciela nie umarza wierzytelności głównej, inaczej niż spłata ze strony współdłużnika solidarnego), lecz po to, by dać poręczycielowi instrument wymuszenia na wierzycielu cesji po spłacie. W kwestii skutków spłaty ze strony poręczyciela Carpov podąża za poglądem Donnellusa (idącego za koncepcją Bartolusa), który również uważał, że nie umarza ona wierzytelności głównej (DONELLUS, *loc. cit.*). Nie przyjmował on jednak fikcji sprzedaży i konsekwentnie stał na stanowisku, że cesja wierzytelności po spłacie jest co prawda możliwa, ale zależy od dobrej woli wierzyciela, nie ma bowiem instrumentu kontraktowego, który pozwalałby go do niej zmusić. Tylko jeśli poręczyciel w momencie spłaty zastrzegł, że oczekuje od wierzyciela w zamian przeniesienia skarg, mógł skorzystać ze skargi z kontraktu nienazwanego (*actio praescriptis verbis*), w celu wymuszenia na nim cesji: skoro bowiem wierzyciel przyjął należność, wiedząc o takim oczekiwaniu, to tym samym zobowiązał się do dokonania cesji.

⁶⁵ Por. U. HUBER, *Praelectiones iuris civilis tomii tres, secundum Institutiones et digest Iustiniani*, Strickius 1699, T.I, Lib. 3, Tit. 21, *De fideiussionibus*: 8 *Sed fatendum est solutionem fideiussoris obligationem ipso iure tollere, quae est doctrina notissima in Pr. Inst. quib. mod. tol. obl. Nec idcirco alius dici potest, quam cessionem obligationis extinctae nullius esse momenti.* (Lecz należy uznać, że na skutek świadczenia przez poręczyciela zobowiązanie wygasa, jak głosi dobrze znana doktryna przekazana w paragrafie *principium* tytułu *O sposobach rozwiązywania zobowiązań*. Tum. A.K.).

że spłata długu przez dowolną osobę trzecią prowadzi do umorzenia zobowiązania⁶⁶. Jak trafnie wnioskowano, zasada ta musiała zatem dotyczyć również poręczyciela. Podkreślano przy tym, zgodnie z konstrukcją rzymską, że osoba, która zleciła udzielenie pożyczki, inaczej niż poręczyciel *tout court*, zwraca wierzycielowi jedynie koszty jej udzielenia: świadczenie zleceniodawcy nie polega zatem w ogóle na spłacie wierzytelności głównej, a tym samym nie prowadzi do jej umorzenia. Istota świadczenia, do którego zobowiązany jest poręczyciel, polega natomiast na spłacie długu ciężącego na dłużniku głównym, musi zatem prowadzić do jego umorzenia na zasadach opisanych w cytowanym fragmencie Instytucji. Konsekwentnie, reguły rządzące spłatą ze strony zleceniodawcy (pozostawia ona w mocy wierzytelność główną) nie mają zastosowania do poręczyciela *tout court* i nie mogą być rozszerzane na tego ostatniego, przeciwnie do tego, co przyjmowali średniowieczni glosatorzy i komentatorzy⁶⁷.

Większość zwolenników dopuszczalności cesji na rzecz poręczyciela nie tylko przed, lecz także po spłacie starała się zatem znaleźć wybieg pozwalający zinterpretować jego świadczenie inaczej niż jako spłatę długu głównego. Powracając do koncepcji Paulusa z fragmentu D. 46,1,23 (por. wyżej), przyjęto, że takim wyjściem może być kupno wierzytelności, łącznie z jej wszelkimi zabezpieczeniami. Poręczyciel w takim przypadku, zamiast spłacać dług ciężący na dłużniku głównym, płaciłby wierzycielowi jedynie cenę zakupu wierzytelności⁶⁸. Konstrukcję tę stosowano niemal jednomyślnie w przypadku, gdy poręczyciel najpóźniej w chwili zapłaty porozumiał się z wierzycielem co do przyszłej cesji: tego rodzaju porozumienie interpretowano bowiem jako umowę kupna

⁶⁶ I. 3,29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alis pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt liberantur. idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.*

⁶⁷ W. GIRTANNER, *op. cit.*, s. 254.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 252.

wierzytelności⁶⁹. Część prawników poszła jednak o krok dalej, uznając, że wystarczy jednostronna deklaracja poręczyciela, że płaci on na poczet zakupu wierzytelności, nie zaś tytułem spłaty długu głównego: argumentowano, że sam fakt przyjęcia przez wierzyciela świadczenia w takiej sytuacji oznacza zgodę na sprzedaż wierzytelności poręczycielowi⁷⁰.

⁶⁹ Tak M. COLERUS, *De processibus executivis in causis civilibus*, Schlebusch 1718, Pars I, Caput 10, *De formula obligationis vel instrumenti executivi pro causis pecuniaris*, 416 *Vult dicere jurisconsultus, solutione eius, quod debetur, tolli omnem obligationem, nec referre, quid solvat* (*Pr.Inst. q. m. toll. obl.*), *ita non restare aliquam obligationem quam creditur in solventem pro regressu adversus confideiussores transferee possit* [...], 417 *nisi tempore solutionis protestatio vel pactum intercesserit, de deinceps facienda cessione iurium, quae habet creditor*. (416. Prawnik chce powiedzieć, że na skutek świadczenia tego, co się należy, zobowiązanie wygasa, bez względu na to, kto świadczył (Instytucje, paragraf principium, *O sposobach rozwiązywania zobowiązań*); zatem nie pozostaje jakiegokolwiek zobowiązanie, które można by uznać za możliwe do przeniesienia na poręczyciela tytułem regresu [...]. 417. o ile przy spełnieniu świadczenia nie zawarto zastrzeżenia, tj. porozumienia, o dokonaniu w przyszłości cesji praw, przysługujących wierzycielowi. Tłum. A.K.). Por. też J. ZANGER, *Tractatus de exceptionibus*, Francofurti ad Moenum 1598, 14: *Nam si post solutionem factam cessio petatur, nihil agitur, cum jam nulla amplius sit actio, quae solutione sublata est: proinde nulla cessio, nisi pactum praecesserit de cedendis actionis*. (14. Jednak kiedy cesji wymaga się po spłacie, nic się nie czyni, ponieważ nie istnieje więcej skarga, która wygasa na skutek spłaty: dlatego nie może być żadnej cesji, o ile porozumienie o [późniejszym] przeniesieniu skarg nie poprzedzało świadczenia. Tłum. A.K.).

⁷⁰ Tak już w XVI w. J. SICHARD, *Praelectiones in Codicem Iustiniani*, Francofurti 1598, Lib. 7, Tit. 41, Lex 2, 14, który argumentuje, że wierzyciel, który przyjmuje należność od poręczyciela, żądającego cesji skarg w przyszłości, godzi się tym samym na jej późniejsze dokonanie, tj. przyjmując zapłatę, sprzedaje poręczycielowi swoje skargi. Nie może przyjąć zapłaty i jednocześnie nie zgodzić się na cesję, bowiem kto chce osiągnąć skutek (otrzymanie należności), musi również zaakceptować środek niezbędny do jego osiągnięcia (sprzedaż skarg): *Nam dum [creditor] vult consequens, tenetur etiam velle necessarium antecedens, id est ut prius actiones ei cedat*. Warto zauważyć, że przy takim ujęciu zmienia się istota zobowiązania poręczyciela: jego przedmiotem staje się nie tyle spłata wierzytelności głównej, ile jej odkupienie od wierzyciela. Tym samym tropem myślenia podąża P. HEIGE, *Quaestiones iuris tam civilis quam saxonici* 1, Seuberlich, 1601, *Quaestio* 38,15: *Etiam si pactum de cedendo non intervenerit: tamen videri per solutionem a fideiussore factam et a creditore receptam emptionem nominis contractam, sive pretium magis mandatarum actionum solutum*. (38.15: Nawet jeśli nie było porozumienia o [późniejszym] przeniesieniu skarg; należy jednak uznać,

Najgorliwsi zwolennicy cesji wierzytelności jako podstawowego środka regresu głosili, że świadczenie poręczyciela należy zawsze interpretować jako zapłatę ceny jej zakupu, nie zaś jako spłatę długu głównego, nawet jeśli nie złożył on żadnej deklaracji w tej sprawie: innymi słowy, płacąc należność wierzycielowi, poręczyciel po prostu kupował od niego wierzytelność względem dłużnika głównego. Pogląd ten otworzył drogę do cesji legalnej (tj. następującej automatycznie, z mocy prawa, na skutek zapłaty przez poręczyciela), należy jednak podkreślić, że zmienił on istotę zobowiązania poręczyciela: od tej pory ciążył już na nim nie tyle obowiązek spłaty długu głównego, ile odkupienia wierzytelności względem dłużnika głównego od wierzyciela. Stanowisko to spotykamy wyrażone wprost w tekstach siedemnasto- i osiemnastowiecznych jurystów.

Warto zauważyć, że to ostatnie rozwiązanie różni się zarówno od koncepcji glosatorów, jak i od ujęcia Bartolusa. Prawnicy średniowieczni, inaczej niż ich siedemnastowieczni następcy, nie stosowali bowiem fikcji sprzedaży, ponieważ nie uznawali, wbrew doktrynie rzymskiej, że spłata ze strony poręczyciela umarza *ipso iure* wierzytelność główną, uzależniając ten ewentualny skutek od zamiaru, jaki towarzyszył poręczycielowi w momencie spłaty (tj. wierzytelność wygasła ich zdaniem tylko wówczas, gdy płacił on *explicite* w imieniu dłużnika). Ten pogląd opierał się na założeniu, że kontrakt poręczenia stwarzał zobowiązanie alternatywne, zobowiązując poręczyciela, wedle jego wyboru, albo do spłaty długu głównego ze skutkiem jego umorzenia, albo tylko własnego, tj. do pokrycia wierzycielowi szkody z tytułu zaległej spłaty długu, bez umarzania tego ostatniego. Juryści siedemnastowieczni wrócili natomiast do doktryny rzymskiej, zgodnie z którą umowa poręczenia zobowiązywała poręczyciela wyłącznie do spłaty cudzego długu: z tego zobowiązania nie mógł się on zatem wywiązać inaczej, niż płacąc w imieniu dłużnika. By móc zapłacić we własnym imieniu, tj. nie umarzając zarazem wierzytelności głównej, potrzebował zatem odrębnej,

że poprzez spłatę świadczenia przez poręczyciela i jego przyjęcie przez wierzyciela zawarto umowę kupna wierzytelności, tj. świadczone raczej cenę przeniesienia skarg [niż wierzytelność główną]. Tłum. A.K.).

niezależnej od kontraktu poręczenia podstawy prawnej. Podstawę tę stwarzała wedle ich wykładni, tak samo, jak dla jurystów rzymskich, umowa kupna wierzytelności.

5. PODSUMOWANIE

Jak wynika z powyższych rozważań, koncepcja, wedle której poręczyciel spłaca dług ciężący na dłużniku głównym, logicznie wyklucza możliwość późniejszego przeniesienia na niego wierzytelności (czy to w drodze czynności prawnej, czy z mocy prawa), o ile się założy, że spłata długu umarza wierzytelność bez względu na to, kto jej dokona. Zwolennicy cesji jako środka regresu poręczyciela, od prawa rzymskiego począwszy, poprzez szkoły glosatorów i komentatorów, po *usus modernus pandectarum* starali się przełamać pierwsze z tych założeń: juryści średniowieczni przyznawali poręczycielowi możliwość wyboru między spłatą w imieniu dłużnika (ze skutkiem w postaci umorzenia wierzytelności) a spłatą w imieniu własnym, co pozostawia otwarte pytanie o treść zobowiązania poręczyciela, a ściślej o to, jakie inne świadczenie niż to, które ciąży na dłużniku głównym, spłacałby on wówczas, gdyby świadczył w imieniu własnym. Juryści rzymscy, a w ich ślady przedstawiciele *usus modernus pandectarum* wypracowali rozwiązanie, które omijało powyższą trudność: poręczyciel, zamiast spłacać dług ciężący na dłużniku głównym, mógł zapłacić wierzycielowi cenę kupna wierzytelności. W doktrynie siedemnastowiecznej uznano wręcz, że samo przyjęcie świadczenia przez wierzyciela od poręczyciela było równoznaczne ze sprzedażą wierzytelności: wierzyciel nie mógł się od niej uchylić, by w zamian zażądać spłaty długu głównego. Ta koncepcja otworzyła drogę do cesji legalnej, zmieniła jednak treść zobowiązania poręczyciela: w jej świetle miał on obowiązek nie tyle spłacić dług ciężący na dłużniku głównym, ile wykupić wierzytelność względem niego od wierzyciela w zamian za zapłatę jej równowartości.

Autorzy trzech pierwszych kodyfikacji europejskich, choć przyjęli cesję legalną jako jedyny (ABGB, BGB) lub alternatywny środek regresu poręczyciela (Code Civil), nie poszli jednak ani za doktryną

średniowieczną, ani tropem jurystów rzymskich i przedstawicieli *usus modernus pandectarum*.

Kodeksy francuski⁷¹ i niemiecki⁷² definiują poręczenie, zgodnie z klasyczną konstrukcją rzymską, jako zobowiązanie do spłaty długu ciążącego na dłużniku głównym, a zatem cudzego. Zarówno nauka francuska, jak i niemiecka kwestionują jednak zasadę, że zaspokojenie wierzyciela przez osobę inną niż dłużnik prowadzi w każdym przypadku do umorzenia wierzytelności.

Doktryna francuska wprowadza kategorię „relatywnego” umorzenia długu: na skutek spłaty przez poręczyciela dług wygasa jedynie w stosunku do wierzyciela, ale nie „w ogóle”. W sensie absolutnym, tj. we wszystkich relacjach z wyjątkiem tej względem wierzyciela, istnieje on nadal i jako taki przechodzi na poręczyciela⁷³. Być może jest to echo koncepcji Donellusa, który twierdził, że mimo spłaty dokonanej przez poręczyciela (zarówno fidejussora zobowiązanego z kontraktu werbalnego, jak i osoby, która zleciła udzielenie pożyczki), wierzytelność nadal istnieje, ale wierzyciel w razie jej dochodzenia od dłużnika głównego może zostać zablokowany zarzutem podstępu. Takiego zarzutu dłużnik nie może oczywiście podnieść przeciw żadnej innej osobie poza wierzycielem, w szczególności przeciwko poręczycielowi. Jego dług istnieje zatem „na zewnątrz”, tj. w stosunku do poręczyciela), ale nie względem wierzyciela, który w praktyce nie może go dochodzić. Warto jednak w tym miejscu przypomnieć, że Donellus wychodził z założenia, że poręczyciel *sensu stricto* (*fideiussor*), tak samo jak osoba, która zleciła udzielenie pożyczki, spłacał dług własny, nie zaś ten, który ciążył na dłużniku głównym. Logiczne zatem, że ten ostatni trwał, mimo spłaty.

⁷¹ Art. 2288 CC: Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui.

⁷² § 765 (1) BGB: Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.

⁷³ S. MEIER, *op. cit.*, s. 426-427, określa ten rodzaj spełnienia zobowiązania jako „Schulderhaltene Erfüllung”. Zob. też przyp. 178, w którym cytowana jest obszernie literatura francuska.

Jest to jednak koncepcja przeciwna do przyjętej w art. 2288 CC, który głosi wprost, że poręczyciel spłaca dług ciężący na dłużniku głównym.

Doktryna niemiecka rozwiązuje sprzeczność pomiędzy normą, definiującą poręczenie jako zobowiązanie do spłaty długu cudzego, a tą, która statuuje, że dług wygasa na skutek zaspokojenia wierzyciela również przez osobę trzecią⁷⁴, przyjmując zawężającą interpretację tej ostatniej normy: dług wygasa jedynie wtedy, gdy spłata nastąpiła „na koszt” dłużnika, zobowiązanego w pierwszym rzędzie⁷⁵. Zważywszy, że dłużnik główny (a zatem zobowiązany w pierwszym rzędzie) nie ponosi kosztów spłaty tak długu, jak długo nie zwróci równowartości poręczycielowi, jego dług do tego czasu nadal istnieje. Nie ma zatem przeszkód, aby poręczyciel przejął w nim rolę wierzyciela.

Doktryna austriacka rozróżnia formalny i materialny aspekt zobowiązania poręczyciela: świadcząc należność do rąk wierzyciela, spłaca on co prawda dług materialnie cudzy, lecz formalnie własny⁷⁶. Wierzytelność pozostaje zatem formalnie w mocy (tj. wierzyciel jest nadal formalnie uprawniony, choć bez materialnego prawa dochodzenia należności). Wierzytelność może zatem przejść na poręczyciela⁷⁷, wraz

⁷⁴ § 362 BGB (1).

⁷⁵ K. VON KOPPENFELS-SPIES, *Die 'cessio legis'*, Tübingen 2006, s. 91: „Voraussetzung für die Schuldtilgende Erfüllung ist somit nicht allein die Befriedigung des Leistungsinteresses des Gläubigers, sondern es muss infolge der Vermögensmehrung beim Gläubiger auch ein entsprechendes Minus, eine Belastung beim Schuldner, eingetreten sein”.

⁷⁶ J. SCHEY, *Das Regressrecht bei Bezahlung fremder Schulden nach dem Österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbüch*, Graz 1891, s. 22: „Die Verpflichtung des Bürgen ist materiell fremd (die Verpflichtung des Hauptschuldners), aber formell eigene (die Verpflichtung des Bürgen)”.

⁷⁷ J. SCHEY, *op. cit.*, s. 15: „Die Zahlung durch den Bürgen bewirkt nicht die Librierung des Schuldners. Dieser Wechselt nur den Gläubiger. Die Zahlung bewirkt nicht Tilgung, sondern Einlösung der Forderung durch den Bürgen”. Eigner/Th. Rabl, *cit.*, B III A 27, „Die Zahlung bewirkt also nicht die Tilgung der besicherten Forderung, sondernderen Übergang, sodass der Hauptschuldner sie nun dem Interzedenten schuldet. Der Anspruch aus § 1358 besteht unabhängig davon, ob die Interzession mit Willen des Schuldners erfolgt ist oder nicht; der Bürgschaftsvertrag wird nämlich durch Übereinkommen zwischen Bürgen und Gläubiger begründet”.

z zabezpieczeniami zarówno rzeczowymi, jak i osobowymi⁷⁸. Problem w tym, że na skutek cesji legalnej poręczyciel nabywa nie tylko formalny tytuł wierzyciela, lecz także materialne prawo dochodzenia należności, które zaspokojony wierzyciel utracił w momencie spłaty. Konsekwentnie należałoby zatem uznać, że wierzytelność, która po spłacie przez poręczyciela istnieje już tylko formalnie, lecz nie materialnie, po przejściu na poręczyciela odzyskuje swoją materialną treść. Pokazuje to jednak, że rozróżnienie materialnego i formalnego aspektu wierzytelności niewiele się przyczynia do rozwiązania analizowanego problemu. Rozwiązanie przynosi jednak reguła ogólna, przyjęta w § 1358 ABGB, zgodnie z którą zaspokojenie wierzyciela przez osobę inną niż dłużnik nie powoduje wygaśnięcia wierzytelności, lecz jedynie jej przejście na spłacającego⁷⁹.

Jak widać z powyższych uwag, ceną za wprowadzenie cesji legalnej jako środka regresu poręczyciela we współczesnych kodyfikacjach było porzucenie wywodzącej się z prawa rzymskiego zasady, że zaspokojenie wierzyciela powoduje wygaśnięcie wierzytelności bez względu na to, od kogo otrzymał on świadczenie.

⁷⁸ Zeiller, ABGB § 1358, Anm. 3. Ta interpretacja, zgodna z intencją twórców kodeksu, zdecydowanie dominowała zarówno w okresie bezpośrednio po kodyfikacji, jak i od XX w. po czasy współczesne. W XIX w. w orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiła się odrębna tendencja (za którą poszła część ówczesnej doktryny), zawężająca cesję legalną, przewidzianą w § 1358, do poręczycieli, którzy udzielili poręczenia wspólnie. Na spłacającego poręczyciela nie przechodziły natomiast roszczenia względem tych poręczycieli, którzy zobowiązali się niezależnie od niego i o których istnieniu mógł nawet nie wiedzieć. Ta zawężająca interpretacja wynikała z przekonania, że w braku jakiegokolwiek relacji między poręczycielami (podobnie jak między innymi dłużnikami solidarnymi), nie ma podstaw do jakichkolwiek roszczeń regresowych między nimi. Konsekwentnie, również regres przewidziany w § 1359 ABGB zawężano do poręczycieli, którzy zobowiązali się wspólnie. (Por. S. MEIER, *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen 2010, s. 1108-1109).

⁷⁹ § 1358 ABGB: Wer eine fremde Schuld bezahlt, für die er persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftet, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. [...]

RZYMSKIE KORZENIE REGRESU PORĘCZYCIELA – OD PRAWA RZYMSKIEGO DO *USUS MODERNUS PANDECTARUM*

Streszczenie

Podstawowym środkiem regresu poręczyciela we współczesnych kodyfikacjach europejskich jest cesja legalna, tj. przejście z mocy prawa roszczenia wierzyciela do dłużnika głównego na poręczyciela, który spłacił dług. W kodyfikacji austriackiej i niemieckiej jest to jedyny środek regresu, przysługujący poręczycielowi niezależnie od jakiegokolwiek relacji kontraktowej, łączącej go z dłużnikiem, podczas gdy kodeks francuski przyznał mu instrument alternatywny, jakim jest samoistne roszczenie do dłużnika o zwrot kosztów. Autorzy kodeksu francuskiego, jak postaram się pokazać, oparli ten środek regresu na modelu rzymskich skarg ze zlecenia oraz z prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia. Jest on w pełni zgodny z rzymską konstrukcją poręczenia jako zobowiązania do zapłaty długu cudzego, tj. ciężącego na dłużniku głównym. Cesja legalna wykształciła się natomiast dopiero w doktrynie osiemnastowiecznej, jako ostatni etap rozwoju, w którym przyznano poręczycielowi możliwość nabycia od wierzyciela w drodze czynności prawnej roszczeń do dłużnika głównego i to już po spłacie należności. Możliwość ta była trudna do pogodzenia z zasadą, że spłata długu nawet przez osobę trzecią prowadzi do wygaśnięcia wierzytelności, przy jednoczesnym założeniu, że poręczyciel spłaca dług obciążający dłużnika głównego. W artykule przedstawiam historię wysiłków podejmowanych przez jurystów od czasów rzymskich, przez średniowiecze, po *usus modernus pandectarum*, zmierzających do przezwyciężenia tych trudności. Do XVIII w. proponowane przez prawników strategie polegały na obejściu tej ostatniej zasady, podczas gdy doktryna kodyfikacyjna, zwłaszcza francuska i niemiecka, zdecydowała się na przełamanie tej pierwszej. W nauce austriackiej przyjęła się natomiast opinia, że poręczyciel spłaca dług materialnie cudzy, lecz formalnie własny, a tym samym pozostawia w mocy wierzytelność główną.

THE ROMAN ROOTS OF SURETY'S RECOURSE AGAINST THE DEBTOR: FROM ROMAN LAW TO *USUS MODERNUS PANDECTARUM*

Summary

In modern European codifications, the basic form of surety's recourse against the debtor is cession of rights from the creditor to the surety by mere operation of law. In the Austrian and German codes, this is the only means of recourse available to the guarantor regardless of his contractual relationship with the debtor, while the French Code grants him an alternative instrument, a stand-alone claim on

the debtor for reimbursement. The authors of the French Code, as I will try to show, based the latter means of recourse on the Roman model, which granted the surety claims based either on the contract of mandate or on the conduct of another's business without mandate. These were the only means of recourse fully compatible with the Roman construction of suretyship as an obligation to pay the debt incumbent on the principal debtor. Cession of rights by mere operation of law on the other hand did not enter the modern doctrine until the nineteenth century. The first step of its evolution was the idea to grant the surety, who had already paid the debt, the possibility to acquire from the creditor his claims, both on the debtor and on the other sureties, by means of a contract. This option however required rejection of one of the principles, which have been commonly recognized from Roman law to the jurisprudence of the nineteenth century: 1. that the repayment of a debt by a third party leads to the extinguishment of the claim, 2. that the surety is liable for another's debt, viz. the one incumbent on the principal debtor. In this article, I present the history of the efforts jurists made from Roman times, through the Middle Ages, to the current jurisprudence to get round these difficulties. Until the eighteenth century, the strategies they proposed circumvented the latter assumption, while especially the French and German doctrine chose to breach the former principle. Instead, the Austrian doctrine adopted the opinion that the surety pays a debt which is materially someone else's, but formally his own, and thus his payment leaves the principal claim in force.

Słowa kluczowe: poręczenie z kontraktu werbalnego; zlecenie udzielenia pożyczki; regres poręczyciela; skarga ze zlecenia; cesja wierzytelności; sprzedaż wierzytelności; cesja z mocy prawa; roszczenie o zwrot kosztów.

Keywords: surety on the grounds of a verbal contract; mandate of credit; a guarantor's regress; claim on the grounds of a mandate; cession of rights; sale of rights; cession by virtue of law; claim for compensation.

Literatura

ANKUM H., *'Pignus' und 'novatio' im klassischen römischen Recht*, [w:] *Festschrift für E. Seidl*, Köln 1975.

BĄCZYK M., *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982.

BUGNET M., *Oeuvres de Pothier, Annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle*, II, Paris 1842.

COLIN A., CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, II, Paris 1915.

CARPZOV B., *'Definitiones forensen ad constitutiones electorales saxonicas'*, Pars II, Francfurti 1673.

COLERUS M., *'De processibus executivis in causis civilibus'*, Schlebusch 1718.

- CZACHÓRSKI W., *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968.
- DONELLUS H., *Comentarii in codicem Iustiniani*, Francoforte 1622.
- FLUME W., *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftstipulationen*, Weimar 1932.
- GIRTANNER W., *Die Bürgschaft nach gemmeinem Civilrechte I, Historische Abteilung*.
- HEIGE P., *Quaestiones iuris tam civilis quam saxonici*, 1, Seuberlich 1601.
- HUBER U., *Praelectiones iuris civilis tomii tres, secundum Institutiones et Digesta Iustiniani*, Strickius 1699.
- KOPPENFELS-SPIES K. VON, *Die 'cessio legis'*, Tübingen 2006.
- ŁĘTOWSKA E., *Prawo zobowiązań – część ogólna*, [w:] *System Prawa Cywilnego*, III.1, Wrocław-Warszawa 1982.
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, I, München 1971.
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, II, München 1975.
- LONGCHAMPS R., *Uzasadnienie do kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1936.
- ŁUBKOWSKI B., [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, II, Warszawa 1972, s. 1230.
- MASI A., s.v. *Novazione* (diritto romano), «ED» 28/1978.
- MEIER S., *Gesamtsschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen 2010.
- PIEKARSKI M., [w:] *Komentarz do kc*, II, Warszawa 1972.
- SCHEY J. VON, *Das Regressrecht bei Bezahlung fremder Schulden nach dem Österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbüche*, Graz 1891.
- SICHARD J., *Praelectiones in Codicem Iustiniani*, Francofurte 1598.
- STRUV G.A., *Syntagma Iurisprudentiae, secundum ordinem pandectarum concinnatum*, Pars II, 1687.
- SZPUNAR A., *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, «Palestra» 36/11-12/1992, s. 22-33.
- TALAMANCA M., s. v. *'Fideiussione'* (storia), «ED» 17/1968, s. 322-345.
- TRZASKOWSKI R., *Poręczenie. Analiza instytucji i perspektywa kodyfikacyjna*. Warszawa 2012.
- ZANGER J., *Tractatus de exceptionibus*, Francofurti ad Moenum 1598.
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1996.