

JAN ZABŁOCKI

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

KLAUZULA *EX BONA FIDE* W FORMUŁCE KOMODATU

Komodat był w życiu codziennym Rzymian, podobnie zresztą jak dzisiaj, zawsze stosunkiem opartym na przyjaźni i zaufaniu, dlatego nie często prowadził do sytuacji konfliktowych, rozwiązywanych dopiero w drodze sądowej.

Źródła literackie mówią w wielu miejscach o daniu rzeczy w bezpłatne używanie i ryzyku związanym z utratą tej rzeczy; podają nawet, że roszczeń z tego tytułu należy dochodzić, nie mówią jednak w jaki sposób¹. Źródła prawnicze również nie mówią nic o zaskarżalności w procesie legisakcyjnym stanu faktycznego, odpowiadającego późniejszemu kontraktowi komodatu. Dlatego też rozważania na ten temat pozostają w sferze mniej lub bardziej uzasadnionych hipotez. Demelius² uważał na przykład, że oprócz pożyczki, docho-

¹ Por. Plaut, *Asin.* 444; *Trin.* 1131; Cato, *De agricultura* VII = 5,3; Cic., *Tusc. disp.* 3,13,36; *De fin.* 2,35,17. Por. C. DEMELIUS, *Plautinische Studien*, «Zeitschrift für Rechtsgeschichte» 2 (1863), s. 323; E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Torino 1890, s. 306 i n.; C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, [w:] *Opere di C. Ferrini*, III, Milano 1929, s. 93 i n.; F. PASTORI, [*Il commodato nel diritto romano. Contributi allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano 1954, s. 36 i n. =] *Commodato. Contratto. Responsabilità*, Milano 1984, s. 82 i n.; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983, s. 115 i n.

² Por. C. DEMELIUS, *op. cit.*, s. 222 i n.

dzoney za pomocą *legis actio per manus iniectioem*, inne kontrakty realne, a więc i komodat, co najmniej w czasach Plauta, nie były zaskarżalne. Podobną opinię co do zaskarżalności komodatu wyrażał Costa³, motywując to tym, że komodat nie wychodził poza zakres stosunków między przyjaciółmi i nie miał zastosowania w życiu handlowym. Grosso⁴ a za nim Ambrosino⁵ stawiał hipotezę, że komodat w okresie ustawodawstwa ustawy XII tablic był realizowany przez mancytację fiducyjną i że obowiązek remancybowania był przewidziany w tej ustawie. Jeśli rzecz nie została zwrócona stronie, która ją dała w używanie, przysługiwała *legis actio sacramento in personam*⁶. Bethmann-Hollweg⁷, nie wątpiąc w zaskarżalność komodatu, tak jak i innych kontraktów realnych, proponował podobnie jak Voigt⁸ *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Pugliese⁹, rozważając zastosowanie *legis actio per conditionem* twierdził, że stwarzała ona zaskarżalność zobowiązaniom kontraktowym zawartym: *re, verbis, litteris*, z czego wynika, że stosowano ją do stanów faktycznych objętych później nazwą *commodatum*¹⁰.

³ Por. E. COSTA, *op. cit.*, s. 321.

⁴ Por. G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di 'manumissio'*, «RISG» 4 (1929), s. 281 i n.

⁵ Por. R. AMBROSINO, *La 'legis actio sacramento in personam' e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, [w:] *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1953, s. 260 i n.

⁶ Por. jednak krytycznie C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. (Corso di diritto romano)*, Milano 1973, s. 35.

⁷ Por. H. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprocess*, I, Bonn 1864, s. 166.

⁸ Por. M. VOIGT, *Das 'ius naturale, aequum et bonum' und 'ius gentium' der Römer*, III, Leipzig 1876, s. 319.

⁹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I: *Le 'legis actiones'*, Roma 1962, s. 346 i n.

¹⁰ Por. G. PUGLIESE, *op. cit.*, s. 348 uważa, że miało ono miejsce w każdym przypadku roszczenia o *certa res*, natomiast C.A. MASCHI, *op. cit.*, s. 139, że tylko w przypadku utraty własności *certa res*. Por. także R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, I: *Riflessi classici della dottrina dei 'veteres'*, «Annali Palermo» 32 (1971), s. 359 i n.; B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, «Annali Palermo» 32 (1971), s. 14 i n.

Nie wdając się w hipotetyczne, nie poparte źródłowo rozważania na temat zaskarżalności komodatu w okresie procesu legisakcyjnego, należy zauważyć, że przed wprowadzeniem zaskarżalności kontraktowej można było pośrednio uzyskać ochronę tych stanów faktycznych, które obejmował później kontrakt komodatu¹¹. Z fragmentów dotyczących konkurencji skarg można wnioskować, że przed wprowadzeniem *actio commodati* uzyskiwano ochronę stanów faktycznych, uznanych później za komodat za pomocą *actio furti*, *condictio ex causa furtiva* czy *actio legis Aquiliae*¹².

Odrębną ochronę prawną uzyskał komodat dopiero w drodze działalności pretora.

D. 13,6,1 pr. (Ulp. 28 *ad ed.*): *Ait praetor: „Quod quis commo-
dasse dicitur, de eo iudicium dabo”*.

Pretor bowiem w swoim edyktcie zapowiedział, że udzieli ochrony¹³, w przypadku braku zwrotu rzeczy oddanej w bezpłatne używanie. Wprowadził też do swojego edyktu odpowiednie formuły procesowe. Brzmienie ich nie jest jednak znane. Z informacji przekazanych przez Gaiusa wiadomo, że formuły komodatu były podobne do formuł depozytu.

G. 4,47: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum
conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Il-
la enim formula, quae ita concepta est IUDEX ESTO. QUOD A.*

¹¹ Por. F.B.J. WUBBE, *Gaius et les contrats réels*, «TR» 35 (1967), s. 507 i n.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, München 1971, s. 170 i n.; POLÁČEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, «Labeo» 19 (1973), s. i n.; P. ZANNINI, *op. cit.*, s. 127 i n.

¹² Por. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II. 1, Berlin 1922, s. 95 i n.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, s. 87 i n.

¹³ Co do daty wprowadzenia skargi por. P. ZANNINI, *op. cit.*, s. 67 i n.; J. SŁO-NINA, 'Actio commodati' w prawie rzymskim, «Prawo Kanoniczne» 37.3-4 (1984), s. 203 i n.

AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est. At illa formula, quae ita concepta est IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NEGIDII A. AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.

Jest jednak kwestią dyskusyjną czy edykt pretorski obok formuły procesowej *in factum concepta* dla komodatu zawierał także formułę procesową *in ius concepta* z klauzulą *ex bona fide*¹⁴. Wątpliwości rodzą się przede wszystkim stąd, że w edykcie juliańskim, według opinii Ulpiana wyrażonej w komentarzu do edyktu pretorskiego¹⁵, formuły dla komodatu nie zostały umieszczone w tytule *de bonae fidei iudiciis*, lecz w tytule *de rebus creditis*. Jednakże umieszczenie formuł procesowych dla *commodatum* w tytule *de rebus creditis* nie

¹⁴ Por. C. FERRINI, *op. cit.*, s. 83 i n.; F. PASTORI, *Il commodato*, cit. [= *Commodato*, cit., s. 97 i n.] (wraz z rec. S. SOLAZZI, «Iura» 6 [1955], s. 259 i n.; oraz W. FLUME, «TR» 34 [1956], s. 464 i n.); TENŽE, *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, «Labeo», 2 (1956), s. 89 i n.; G.I. LUZZATTO, *Commodati ... vel contra*, «Labeo», 2 (1956), s. 357 i n.; G. SCHERILLO, s.v. *Commodato*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, s. 986 i n.; F.B.J. WUBBE, «*Res aliena pignori data*», Leiden 1960, s. 129 i n.; TENŽE, *Gaius*, cit., 505 i n.; M. KASER, «*In bonis esse*», «ZSS» 78 (1961), s. 212 i n.; F. WIEACKER, *Zur Verpfändung fremder Sachen*, «TR» 30 (1962), s. 72 i n.; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, s. 167; J. PARICIO, *Una nota complementaria sobre la pretendida formula de buena fe del comodato*, [w:] *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano 1987, s. 355 i n.; TENŽE, «*Formulae commodati*», [w:] *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli 2001, s. 167 i n.; W. LITEWSKI, *Das Vorhandensein der 'formula in ius concepta' mit der 'bona-fides'-Klausel bei der Leihe*, «RIDA» 45 (1998), s. 302 i n.

¹⁵ D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 *ad ed.*).

może być argumentem decydującym o tym, że *actio commodati* nie zawierała klauzuli *ex bona fide*¹⁶. W tytule *de bonae fidei iudiciis* nie zostały też umieszczone *actio negotiorum gestorum* oraz *actio tutelae*. Pierwsza z nich znalazła się w tytule *de cognitoribus*, zaś druga, w tytule *de tutelis*.

Źródła, które zaliczają *actio commodati* do *iudicia bonae fidei*, pochodzą z kompilacji justyniańskiej¹⁷. Pierwsze z nich znajduje się w Instytucjach justyniańskich.

I. 4,6,28: *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.*

¹⁶ Por. E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. 'actiones arbitrariae'*, «ZSS» 26 (1915), s. 1 i n.; TENŽE, *Die Konkurrenz*, cit., s. 52 i n.; TENŽE, *Neue Lesung von G. 4,62*, «ZSS» 49 (1929), s. 472 i n.; A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, «SDHI» 19 (1953), s. 179 i n.; TENŽE, *A propos de l'actio commodati*, «Iura» 34 (1983), s. 90 i n.; TENŽE, *Una nuova sfida contro la credibilità d'una 'actio commodati in ius'*, «Iura» 44 (1993), s. 165 i n.; a także M. KASER, *Quanti ea res est*, München 1935, s. 72, TENŽE, *'Oportere' und 'ius civile'*, «ZSS» 83 (1966), s. 30 i n., TENŽE, *RPR*, I, s. 534, który uważa, że w całej kompilacji justyniańskiej nie ma żadnego fragmentu dotyczącego komodatu, który zawierałby klauzulę *ex bona fide* i był uznawany za pochodzący z czasów klasycznych. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig 1927, s. 253 wprawdzie przyznaje, że źródła, które zaliczają *actio commodati* do *bonae fidei iudicia*, znajdują się w kompilacji, ale jednocześnie stwierdza, iż mimo tego *actio commodati* wykształciła się w czasach klasycznych i miała niewątpliwie charakter *iudicium bonae fidei*.

¹⁷ Konstytucja cesarzy Dioklecjana i Maksymiana (C. 4,23,2, a także I. 4,6,28), w której jest mowa o tym, że komodat należy do *bonae fidei iudicia*, nie dotyczy instytucji użyczenia czasów klasycznych. Por. W. LITEWSKI, *Das Problem der Aufrechnungszulässigkeit bei der Verwahrung und der Leihe*, «Orbis Iuris Romani» 5 (1999), s. 139 i n.

Przytoczony fragment jest analogiczny do fragmentu Instytucji Gaiusa.

G. 4,62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae ...*

Jednakże w katalogu *iudicia bonae fidei* sporządzonym przez Gaiusa brak *commodatum*. Można zapytać dlaczego. Czy dlatego, że jurysta ten korzystał z wcześniejszego przekazu, w którym *commodatum* nie było zaliczane jeszcze do *iudicia bonae fidei*¹⁸ czy też dlatego, co jest bardziej prawdopodobne, że tekst Gaiusa nie jest kompletny, a ponadto zawiera wyraźny błąd kopisty¹⁹.

Natomiast Paulus w komentarzu do Sabinusa, w katalogu *bonae fidei iudicia* umieszcza komodat.

D. 17,2,38 pr. (Paul. 6 *ad Sab.*): *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis exi-*

¹⁸ Por. B. KÜBLER, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, «ZSS» 38 (1917), s. 77 i n.; W. LITEWSKI, *Das Vorhandensein*, cit., s. 305 i n.

¹⁹ Słowa *mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae* w palimpseście weroneńskim zostały dwa razy powtórzone. Wiersz, który został powtórzony, zaczyna się od *dati*. Koniec poprzedniego wiersza jest nieczytelny. Por. *Gai Institutiones Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii Schedas*, wyd. E. BÖCKING, Lipsiae 1866, s. 212 przyp. 27. Być może w lakunie było *cm (commo)*, bądź *m (man)*. Por. B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', «Annali Palermo» 7 (1918), s. 265; G. SCHERILLO, *op. cit.*, s. 983 przyp. 27. Odczytanie tekstu nowszymi metodami nie rozwiało wątpliwości. Por. E. LEVY, *Neue Lesung*, cit., s. 472 i n., a także L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria' e i 'bonae fidei iudicia'*, «BIDR» 63 (1960), s. 150 i n. Nie można wykluczyć, że kopista przepisując tekst przy słowie *commodati* był zmuszony zrobić przeniesienie. Napisał więc *commo* na końcu linii, a w nowej linii *dati*. Nie pamiętał jednak dalszej części tekstu i zajął za końcówkę *man* i w zamyśleniu (bezwiednie?) raz jeszcze przepisał tę samą linijkę. Por. B. KÜBLER, *op. cit.*, s. 77 i n.; B. BIONDI, *op. cit.*, s. 265.

stimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).

Wątpliwe jest tylko, czy to zaliczenie można przypisać już Sabinusowi czy dopiero Paulusowi²⁰. Wątpliwość o tyle zasadna, że w wyliczeniach Cicerona *bonae fidei iudicia*, które korespondują z formułą *in ius concepta ex bona fide*, brak jest depozytu i komodatu²¹. Nie oznacza to jeszcze, że komodat nie miał formuły *in ius concepta ex bona fide*, a co najwyżej, że w czasach Cicerona *commodatum*, podobnie jak *depositum* nie było zaskarżalne za pomocą formuły *in ius ex bona fide*²².

Wreszcie Ulpian we fragmencie pochodzącym z komentarza *ad edictum* wyraźnie traktuje *actio commodati* jako skargę *bonae fidei*.

D. 13,6,3,2 (Ulp. 28 *ad ed.*): *In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti ea res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur.*

²⁰ Przyjmuje się także, że fragment uległ przeróbkom interpolacyjnym, gdyż zawiera podział *iudicia bona fidei* na *generalia* i *specialia*. Por. *Index interp. ad h.l.*, a także G. SEGRÉ, *Sull'età dei giudici di buona fede di comodato e di pegno*, [w:] *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1953, s. 73 i n.; R. DE RUGGIERO, 'Depositum vel commodatum'. (Contributo alla teoria delle interpolazioni), «BIDR» 19 (1907), s. 57 i n.; F. PASTORI, *Commodato*, cit., s. 138 i n.; M. KASER, *Oportere*, cit., s. 30; J. PARICIO, *La pretendita fórmula 'in ius' del comodato en el Edicto pretorio*, «RIDA» 30 (1982), s. 242.

²¹ Cicero w *De off.* 3,17,10 wymienia tutelę, spółkę, fiducję, mandat, kupno-sprzedaż, najem; w *Top.* 10,42 tutelę, spółkę, mandat, fiducję; w *Top.* 17,66 *rei uxoriae*, spółkę, *negotiorum gestio*, mandat; w *De nat. deor.* 3,70,74 tutelę, mandat, spółkę, kupno-sprzedaż, najem.

²² Por. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, s. 602; C. FERRINI, *op. cit.*, s. 83; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1946, s. 11; C.A. MASCHI, *op. cit.*, s. 152; W. LITEWSKI, *Das Vorhandensein*, cit., s. 292 i n.

W fragmencie tym, pochodzącym z komentarza dotyczącego klauzuli estymatoryjnej²³ formuły *in ius concepta*²⁴, Ulpian przedstawia możliwość oszacowania za pomocą *iusiurandum in litem* niezwróconej rzeczy użyczonej, uwzględniając wartość, jaką miała ona w momencie wyrokowania, tak jak to miało miejsce przy innych skargach *bonae fidei*, a nie w momencie *litis contestatio*, tak jak to miało miejsce przy skargach *stricti iuris*.

Biorąc pod uwagę katalog *bonae fidei iudicia* przekazany przez Cicerona i Gaiusa, niektórzy romanisci uważają, że źródła mówiące o klauzuli *ex bona fide* przy komodacie, jak np. wyżej wspomniane Paulusa i Ulpiana, są interpolowane.

Należy zauważyć, że jeśli nawet Gaius nie umieścił komodatu przy wymienianiu *iudicia bonae fidei* w swoich Instytucjach (G. 4,62), to przy omawianiu formuł skarg wspomina o podobieństwie²⁵ formuły komodatu do formuły depozytu, który bez wątpienia posiadał formułę *in ius ex bona fide* (G. 4,47). Czy znaczy to, że również *actio commodati* miała formułę *in ius concepta ex bona fide*? Jurysta mówi o podobieństwie formuł a nie o identyczności. Jest to zrozumiałe, gdyż dotyczą one różnych instytucji²⁶. Przede wszystkim zakres odpowiedzialności był inny przy depozycie, inny przy komodacie²⁷. Komodatariusz był dodatkowo zobowiązany do

²³ W literaturze przyjmuje się, że uległ on przeróbkom interpolacyjnym. Por. *Index Interp.* ad h. l. G. SEGRÉ, *op. cit.*, s. 64 i n. uważa, że gdyby się ograniczyło interpolacje do słów *ceteris... similiter*, to byłoby to dowodem pośrednim na to, że formuła *in ius* miała klauzulę *ex bona fide*. Sądzi jednak, że oprócz tego jest prawdopodobnie interpolowane *in stricti*.

²⁴ Por. O. LENEL, *Das Edictum*, cit., s. 253 przyp. 2; G. SEGRÉ, *op. cit.*, s. 64; M. KASER, *'Quanti ea res est'*, cit., s. 77; F. PASTORI, *Commodato*, cit., s. 132 i n.; J. PARICIO, *La pretendita fórmula*, cit., s. 241; W. LITEWSKI, *Das Vorhandensein*, cit., s. 289 i n.

²⁵ Co do wyrażenia *similes* por. G. BESELER, *Textkritische Studien*, «ZSS» 53 (1933), s. 20; A. D'ORS, *Observaciones*, cit., s. 181 i n.; J. PARICIO, *La pretendida fórmula*, cit., s. 246 i n.

²⁶ Por. E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., s. 4 przyp. 2; TENZE, *Die Konkurrenz*, cit., s. 53.

²⁷ Por. W. LITEWSKI, *Depositary's Liability in Roman Law*, «Archivio Giuridico» 190 (1976), s. 36 i n.

*custodia*²⁸. Biorąc pod uwagę te różnice, gdyby formuła komodatu nie miała klauzuli *ex bona fide*, to nie można by mówić o podobieństwie, bo na czym by wtedy to podobieństwo miało polegać²⁹.

Bardzo ważnym argumentem za istnieniem *formula bonae fidei* przy *commodatum* jest możliwość stosowania kompensacji³⁰. Gaius w *Institutiones* omawia kompensację w związku z *bonae fidei iudicia*.

G. 4,61: ... *continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum cum quo actum est condemnare.*

Wprawdzie początek fragmentu uległ zniszczeniu³¹, ale z zachowanego tekstu można odczytać, że przy kompensacji należało

²⁸ B. KÜBLER, *op. cit.*, s. 75 i n., uważa, że istnienie zobowiązania do *custodia* nie byłoby możliwe, gdyby formuła komodatu nie miała klauzuli *ex bona fide*. Por. G. SEGRÉ, *op. cit.*, s. 73 i n. Natomiast E. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., s. 53, jest zdania, że w czasach klasycznych zakres odpowiedzialności nie miał żadnego związku z klauzulą *ex bona fide*, gdyż depozytariusz odpowiadał tylko za *dolus*, mimo że formuła depozytu miała z pewnością klauzulę *ex bona fide*, podczas gdy według edyktu *nauta* odpowiadał nawet za siłę wyższą, mimo braku tej klauzuli. Por. F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht (über Haftung für 'custodia')*, «ZSS» 40 (1919), s. 205 i n.

²⁹ Najdalej idące wnioski ze stwierdzenia, że formuły depozytu podobne są do formuł komodatu wyciągnął E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., s. 1 i n. Uważał on, że jeśli przy formule komodatu *in factum concepta* nie ma wyrażenia *dolo malo*, to i przy formule *in ius concepta* może brakować wyrażenia *ex bona fide*. Brak tych wyrażen stawia on na jednej płaszczyźnie. Według B. KÜBLERA, *op. cit.*, s. 77 i n., w formule *in factum concepta* nie mogło występować wyrażenie *dolo malo*, gdyż zniekształcałoby ono stan faktyczny. Natomiast słowa *ex bona fide* nie dotyczyły stanu faktycznego, ale były wskazówką dla sędziego, aby spór rozstrzygnął z punktu widzenia zasad dobrej wiary.

³⁰ Por. W. LITEWSKI, *Das Problem*, cit., s. 140 i n.

³¹ Prawdopodobnie na początku cytowanego fragmentu była mowa o powództwach dobrej wiary, ponieważ Gaius w następnym fragmencie (G. 4,62), nawiązując do poprzedniego zdania, daje wykaz *iudicia bonae fidei*. Por. B. KÜBLER, *op. cit.*, s. 78; J.C. VAN OVEN, *Gai IV, 61*, «TR» 12 (1933), s. 29 i n.; G. SCHERILLO, *op. cit.*, s. 991; W. OSUCHOWSKI, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Warszawa-Kraków 1970, s. 105 i n.

uwzględnić wzajemne roszczenia, a wyrok zasądający wydać na resztę.

Według zaś komentarza tegoż autora do edyktu pretorskiego sędzia miał prawo również przy komodacie dokonać w *iudicium directum* potrącenia wierzytelności stron³².

D. 13,6,18,4 (Gaius 9 *ad ed. prov.*): *Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercedit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.*

Jeśli nie zrealizowano potrącenia w *iudicium directum*, to do realizacji roszczenia służyło *iudicium contrarium*. Mogło ono zaś mieć miejsce wtedy, gdy roszczenie pozwanego opiewało na więcej niż roszczenie powoda lub gdy sędzia nie uwzględnił kompensacji czy też nie było skargi o zwrot rzeczy, ponieważ ta przepadła bądź została zwrócona bez ingerencji sędziego³³. W *iudicium contrarium* nie realizowano potrącenia³⁴, ale dochodzono roszczeń, które nie zostały uwzględnione w *iudicium directum*³⁵. Możliwość dokonania

³² Dopiero w konstytucji cesarzy Dioklecjana i Maksymiana (C. 4,23,4) spotyka się zakaz stosowania kompensacji przy roszczeniach z tytułu użyczenia, ale wiąże się to prawdopodobnie z innym sposobem realizowania roszczeń. Por. B. BIONDI, *Iudicia*, cit., s. 129 i n.; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli 1950, s. 20; W. OSUCHOWSKI, *op. cit.*, s. 136 i n.

³³ Por. G. PROVERA, *Contributi alla teoria 'dei iudicia contraria'*, Torino 1951, s. 21 i n.; J. PARICIO, *La pretendida fórmula*, cit., s. 244 i n.; W. LITEWSKI, *Das Vorhandensein*, cit., s. 298 i n.

³⁴ Por. W. OSUCHOWSKI, *op. cit.*, s. 109 według, którego *iudicium contrarium* chociaż nie było powództwem stosowanym do realizacji kompensacji, to jednak mogło pełnić rolę surrogatu potrącenia, gdyż za pomocą tego powództwa uzyskiwało się *id etiam ... quo potest salvum habere iure pensationis*.

³⁵ Niezależność kompensacji od *iudicium contrarium* wyraża także opinia Ulpiana zawarta w D. 3,5,7,2. W przypadku, gdy sędzia nie uwzględnił potrącenia, stro-

potrącenia przy komodacie świadczy to o tym, że zawierał on klauzulę *ex bona fide*.

Wreszcie za istnieniem klauzuli *ex bona fide* przy komodacie przemawia sposób uwolnienia się od długu solidarnego.

D. 13,6,5,15 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectum me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio.*

Samo dokonanie *litis contestatio* nie wystarczało do wygaśnięcia zobowiązania. Dopiero spełnienie świadczenia przez jednego z dłużników solidarnych powodowało wygaśnięcie zobowiązania z komodatu, podobnie jak to miało miejsce przy innych *iudicia bonae fidei*³⁶ takich jak: *tutela, mandatum* i *depositum*.

I jeszcze jedna uwaga. W tytule Digestów *De commodati vel contra* nie ma wzmianki, że *actio commodati* ma formułę *ex bona fide*. Jednakże cały komentarz Ulpiana zaczynający się od słów: *Nunc videndum est quid venit in commodati actione, an dolus, an culpa*³⁷ ...

na mogła dochodzić swej wierzytelności w drodze powództwa wzajemnego. Por. W. OSUCHOWSKI, *op. cit.*, s. 135.

³⁶ Por. M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, s. 306 przyp. 41; W. LITEWSKI, *Das Vorhandensein*, *cit.*, s. 300 i n.

³⁷ D. 13,6,5,2.

jest poświęcony *actio commodati* z formułą *ex bona fide*. Wprawdzie co do oryginalności tekstu Ulpiana istnieje szereg zastrzeżeń³⁸, ale nawet jeśli komentarz Ulpiana, co do zakresu odpowiedzialności komodatariusza, został przez kompilatorów justyniańskich przerobiony, to nie został przez nich wymyślony.

Reasumując, pretor wprowadził do swojego edyktu formuły procesowe służące do dochodzenia roszczeń z tytułu komodatu. Zdaniem Gaiusa są one podobne do formuł depozytu przez co zdaje się on sugerować, że formuła *in ius* komodatu miała klauzulę *ex bona fide*. Z drugiej strony, umieszczenie komodatu w edyktie pretorskim w tytule *de rebus creditis*, jak i brak pewności – na skutek zniekształcenia tekstu – czy Gaius przy wyliczeniu *actiones bonae fidei* brał pod uwagę także komodat, może nasunąć wątpliwość, czy rzeczywiście *actio commodati* posiadała tę klauzulę. Jednakże o tym, że komodat zawierał klauzulę dobrej wiary, świadczą dowody pośrednie, a mianowicie możliwość dokonywania kompensacji oraz uwolnienie od zobowiązania przy długi solidarnym z komodatu nie w momencie *litis contestatio*, ale dopiero z chwilą spełnienia świadczenia.

THE CLAUSE *EX BONA FIDE* OF THE *FORMULA COMMODATI*

Summary

From the passages on a competition of complaints one may conclude that before introduction of *actio commodati* one secured a protection of facts of a case, acknowledged later as a *commodatum* by using *actio furti*,

³⁸ Por. F. HAYMANN, *op. cit.*, s. 218 przyp. 2; W. KUNKEL, 'Diligentia', «ZSS» 45 (1925), s. 312; F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, «ZSS» 54 (1934), s. 53 i n.; H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, «ZSS» 45 (1947), s. 121 i n.; P. COLLINET, *La g n se du digeste du code et des institutes de Justinien*, Paris 1952, s. 135 i n.; F. PASTORI, *Commodato*, *cit.*, s. 271 i n.; D. N RR, *Die Entwicklung des Utilit tsgedankens*, «ZSS» 63 (1956), s. 103 i n.; G. MACCORMACK, 'Custodia', «ZSS» 89 (1972), s. 207 przyp. 169.

condictio ex causa furtiva or *actio legis Aquiliae*. *Commodatum* gained a separate legal protection only as a result of pretor's activities. Pretor introduced to his edict legal *formulae* serving to pursue claims arising from *commodatum* (D. 13,6,1 pr. – Ulp. 28 *ad ed.*). In Gaius' opinion (G. 4,47) they are similar to deposit *formulae* whereby he seems to suggest that a *formula in ius commodati* had an *ex bona fide* clause. On the other hand, placing *commodatum* in pretor's edict in the title *de rebus creditis* (D. 12,1,1,1 – Ulp. 26 *ad ed.*), and also a lack of certainty – due to a distortion of a text – whether Gaius (G. 4,62) in his enumeration of *actiones bonae fidei* took into account also *commodatum* may raise a doubt whether *actio commodati* actually had this clause. However there is an indirect evidence attesting to the fact that *commodatum* contained a good faith clause namely the possibility of compensation (G. 4,61; D. 13,6,18,4 – Gaius 9 *ad ed. prov.*) and release from an obligation in case of joint and several debt from *commodatum* not in a moment of *litis contestatio* but not until a fulfilment of an obligation (D. 13,6,5,15 – Ulp. 28 *ad ed.*).