

Dagmara SKRZYWANEK-JAWORSKA*

HISTORYCZNE TŁO USTAWOWEGO SFORMUŁOWANIA ZASADY *IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO EST* (D. 50,17,185) W NIEMIECKIM KODEKSIE CYWILNYM

1. Wstęp

Jednym z głównych postulatów reformy, która znowelizowała niemieckie prawo zobowiązań w 2002 r.¹, było wyeliminowanie z obowiązującego dotychczas BGB² błędów popełnionych przez historycznego ustawodawcę³. Do często i ostro krytykowanych norm BGB 1900 r. należały paragrafy regulujące instytucję początkowej obiektywnej niemożliwości świadczenia⁴, w tym przede wszystkim § 306, którego treść utożsamiano i traktowano w doktrynie jako tłumaczenie zasady Celsusa, *Impossibilium nulla obligatio est*. Zgodnie z brzmieniem tego paragrafu, umowa o świadczenie niemożliwe była nieważna⁵.

* Dr, LL.M. (Münster), Katedra Prawa Rzymskiego, Uniwersytet Łódzki, e-mail: dSkrzywanek@wpia.uni.lodz.pl

¹ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* z 26.11.2001 r., Bundesgesetzblatt I, 29.11.2001, Nr 61, s. 3138 i n.

² Bürgerliches Gesetzbuch [dalej: **BGB**] z 18.08.1896 r., Reichsgesetzblatt, s. 195.

³ W przedmiocie zakresu oraz założeń reformy niemieckiego prawa zobowiązań, wraz z bibliografią, zob. **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185) a początkowa niemożliwość świadczenia w prawie niemieckim*, SPE 2010/LXXXI, s. 131 i n. Niniejszy artykuł stanowi rozwinięcie artykułu powyżej wskazanego, w którym jedynie wypunktowane zostały dogmatyczne problemy nowej regulacji w zakresie początkowej niemożliwości świadczenia (*ibidem*, s. 153).

⁴ W przedmiocie krytyki § 306–309 BGB 1900 r. regulujących początkową niemożliwość świadczenia wraz z bibliografią, zob. *ibidem*, s. 139 i n.

⁵ § 306 BGB 1900 r.: *Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig*.

W literaturze przedmiotu podnoszono m.in., że powyższe rozwiązanie było „sprzeczne z systemem” oraz „niecelowe”⁶, a ocenę tę chętnie podchwycił ustawodawca współczesny, który na etapie przygotowywania reformy określił, że skutek nieważności z § 306 „ogólnie postrzegany jako niewłaściwy”⁷ powinien zostać z kodeksu skreślony. Nowe znaczenie nadał regule Celsusa ust. 1 § 275 BGB (w zw. z § 311a ust. 1 BGB⁸), zgodnie z którym roszczenie o świadczenie jest wyłączone, jeśli jest ono niemożliwe dla dłużnika lub jest niemożliwe w ogóle⁹.

W stosunku do regulacji historycznej na podkreślenie zasługują dwie różnice. Paragraf 275 ust. 1 BGB zrównał pod względem skutków prawnych nie tylko niemożliwość obiektywną (dla każdego, „w ogóle”) z subiektywną („dla dłużnika”), ale przede wszystkim niemożliwość początkową z następczą¹⁰. Zgodnie z § 275 ust. 1 starej wersji BGB, dłużnik zwolniony był z obowiązku świadczenia dopiero wtedy, gdy świadczenie stało się niemożliwe do spełnienia na skutek okoliczności przez dłużnika niezawinionych¹¹. Tymczasem obecny § 275 ust. 1 BGB zwalnia dłużnika z obowiązku świadczenia, „jeśli jest ono niemożliwe”, a więc jedynie ze względu na fakt zaistnienia niemożliwości. Zmiana ustawowego sformułowania reguły Celsusa i włączenie początkowej obiektywnej niemożliwości do ogólnej koncepcji niewykonania zobowiązania

⁶ V. Emmerich, *Inhalt des Schuldverhältnisses – Leistungsstörungen*, [w:] *Vahlens Rechtsbücher Reihe, Zivilrecht*, Bd. 1: *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrecht*, München 1974, s. 364. Ponadto w komentarzach do BGB można było znaleźć określenia, że rozwiązanie to było, m.in. „wątpliwe” (H. Heinrichs, [w:] O. Palandt, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 38. Aufl., München 1979, § 306, nb. 1) oraz „nieszczęśliwe” (R. Battes, [w:] W. Erman, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden*, Bd. 1, 10. Aufl., Münster 2000, § 306, nb. 1 i n.).

⁷ Zob. Drucksache des Bundestages [dalej: **BT-Drs.**] 14/6040, s. 164.

⁸ § 311a BGB: (1) *Der Wirksamkeit eines Vertrages steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.* Zob. szerzej, D. Skrzywanek-Jaworska, *Impossibilium...*, SPE 2010/LXXXI, s. 148 i n.

⁹ § 275 BGB: (1) *Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.*

¹⁰ Zob. BT-Drs. 14/6040, s. 128.

¹¹ § 275 BGB w wersji z 1900 r.: (1) *Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.* (2) *Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.*

rodzi zastrzeżenia odnośnie do jednolitego skutku, jakim jest wyłączenie roszczenia o świadczenie w każdym przypadku niemożliwości. Pojawia się wątpliwość, czy taka – rozszerzająca na niemożliwość następczą oraz subiektywną (początkową i następczą) – interpretacja zasady *Impossibilium* jest w ogóle dopuszczalna w świetle historycznego materiału źródłowego¹². Choć materiał ten został wprawdzie w doktrynie niemieckiej szeroko przeanalizowany i skomentowany, to jego zreferowanie w tym miejscu wydaje się uzasadnione z kilku powodów. Z jednej strony – pozwoli właściwie ocenić zasadność podniesionej w literaturze przedmiotu, druzgocącej krytyki historycznej regulacji, a sformułowane wnioski stanowić będą punkt wyjścia i znajdują swoje potwierdzenie w kontynuacji niniejszych rozważań, w artykule dotyczącym dogmatycznie niespójnej koncepcji odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika w aktualnie obowiązującym prawie (§ 311a ust. 2 BGB). Z drugiej strony – pozwoli przybliżyć teoretyczne podstawy teorii niemożliwości, które pośrednio leżą także u podstaw prawa polskiego, a których opracowanie pojawia się w polskiej literaturze przedmiotu jedynie wpałkowo.

2. Friedrich Carl von Savigny (1779–1861)

Najbardziej znaczący wpływ na sformułowanie reguł dotyczących niemożliwości świadczenia w BGB 1900 r. wywarli dwaj niemieccy pandektyści: F.C. v. Savigny oraz F. Mommsen. Za autora znanej współczesnej dogmatyce teorii niemożliwości uważa się wprawdzie F. Mommsena, ale – co podkreślił we wprowadzeniu do swej obszernej monografii *Wpływ niemożliwości świadczenia na stosunki obligacyjne*¹³ – to dopiero rozważania oraz wykłady F.C. v. Savigny’ego dały asumpt do jej sformułowania¹⁴.

¹² W przedmiocie rzymskiego materiału źródłowego, zob. szeroko **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Nieważne zobowiązania ex stipulatione. Znaczenie Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185) w prawie rzymskim*, SPE 2011/LXXXIII, s. 205 i n.; **eadem**, *Nieważne zobowiązania ex venditione. Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi (D. 18,1,8 pr.) Pomponiusa a Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185)*, SPE 2011/LXXXIV, s. 209 i n.

¹³ **F. Mommsen**, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, [w:] *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1. Abth., Braunschweig 1853.

¹⁴ *Ibidem*, s. VIII i n. Friedrich Mommsen przysłuchiwał się wykładom F.C. v. Savigny’ego w Berlinie. Później rozpoczął karierę sędziego i długi czas pełnił tę funkcję w Slezewiku-Holsztynie. Straciwszy urząd wskutek wydarzeń politycznych, pracował przez pewien czas

Friedrich C. v Savigny rozpoczął analizę problematyki niemożliwości w pierwszym tomie *Prawa obligacji*¹⁵ (w § 37 rozdziału: *Natura zobowiązań*, w pkt IV: *Przedmiot obligacji*) od rozróżnienia świadczeń na możliwe i niemożliwe:

Celem zobowiązania jest przeobrażenie będących wyrazem wolnej woli działań, które same w sobie potraktować należy jako przypadkowe i niepewne, w wydarzenia konieczne i pewne. Jeśli jednak działanie, które winno przekształcić świadczenie w zobowiązanie jest niemożliwe, to całkowicie przeciwstawia się to wyżej wspomnianemu charakterowi zobowiązania. To samo moglibyśmy twierdzić wprawdzie już o koniecznych działaniach samych w sobie, które nie mogą przekształcić się w konieczne dopiero przez zobowiązanie, co przed chwilą uznane zostało jako jego cel; ostatni stosunek ma jednak tak niewielką praktyczną doniosłość, że nie ma potrzeby jego dalszego rozważania¹⁶.

Podnoszone przez autora wykluczenie z kręgu przedmiotów obligacji tych działań, które uniemożliwiają przekształcenie świadczenia w zobowiązanie, nawiązuje do treści wywodzących się bezpośrednio z prawa natury¹⁷. Zobowiązanie rozumiano tam bowiem jako obowiązek działania, które powinno pozostawać w granicach możliwości przyrzekającego. Każdy brak zdolności dłużnika do spełnienia umowy przyrzeczonego świadczenia decydował zatem o nieważności zobowiązania¹⁸. Zdaniem T. Arpa, zreferowanie przez F.C. v. Savigny'ego prawnonaturalnej podstawy, na której opierał się aktualny

w Uniwersytecie w Getyndze, gdzie intensywnie zajmował się pracą naukową. Zob. szerzej, m.in. **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, Wien 1980, s. 124.

¹⁵ **F.C. v. Savigny**, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1851.

¹⁶ *Ibidem*, s. 382. Następnie dodaje, że „świadczenia niemożliwe w obligacji (i tym samym konieczne same w sobie) są blisko spokrewnione z niemożliwymi (i koniecznymi) warunkami”, i odwołuje się w tym zakresie do wcześniejszych rozważań, *ibidem*, przyp. (a), s. 383.

¹⁷ W przedmiocie arystotelejsko-tomistycznego, a następnie prawnonaturalnego rozumienia problematyki niemożliwości świadczenia, zob. szeroko **Ch. Wollschläger**, *Die willens-theoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht*, [w:] **D. Liebs** (Hrsg.), *Sympotica Wieacker*, Göttingen 1970, s. 154 i n.

¹⁸ Prawnaturalne rozumienie zobowiązania wpłynęło bezpośrednio na włączenie reguły *Impossibilium* do ogólnych rozważań na temat niemożliwości i obowiązku świadczenia, i doprowadziło z czasem do zatarcia różnic nie tylko pomiędzy niemożliwością początkową i następczą, ale także pomiędzy tym, co obiektywnie, a tym, co jedynie dla dłużnika (subiektywnie) niemożliwe jest do spełnienia. Zob. **Ch. Wollschläger**, *Die willens-theoretische...*; por. **M.J. Schermaier**, [w:] **M. Schmoekel, J. Rückert, R. Zimmermann** (Hrsg.), *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB* [dalej: **HKK/autor**], Bd. II/1, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen 2007, § 275 BGB, nb. 15 i n.

jeszcze w połowie XIX w. dogmat niemożliwości, potraktować należy jako przyjętą przez autora metodę pracy, która polegać miała raczej na uporządkowaniu i rozwinięciu prawa już obowiązującego, a nie na tworzeniu nowych jego reguł¹⁹. W swoich dalszych rozważaniach, F.C. v. Savigny powrócił jednakże do źródeł prawa rzymskiego i na ich podstawie wyodrębnił różne kategorie niemożliwości po to, by każdej z nich przypisać określone skutki prawne. Niemożliwość podzielił w pierwszej kolejności na naturalną i prawną²⁰, a zaraz po niej wyprowadził na podstawie tekstu Venuleiusa (D. 45,1,135,4+5)²¹ „szczególnie ważne rozróżnienie”, mianowicie na niemożliwość obiektywną i subiektywną:

Niemożliwość może być ugruntowana albo w naturze działania samego w sobie, albo w szczególnych osobistych stosunkach dłużnika. Jedyne pierwsza część niemożliwości (obiektywna), do której odnoszą się wszystkie dotychczas dane zastosowania, zostaje uznana za niemożliwość. Drugi rodzaj (subiektywna), w ogóle nie jest dłużnikowi zaliczana jako taka i nie zwalnia go od niekorzystnych następstw, które mogą się wiązać z arbitralnie niewykonanym zobowiązaniem. Najbardziej niewątpliwe zastosowanie tego ostatniego przypadku dotyczy dłużnika sumy pieniężnej, który ani sam nie ma pieniędzy, ani też nie może uzyskać kredytu. Jest tak dlatego, że pieniądze istnieją wszędzie, a tylko w osobistych stosunkach tego dłużnika leży [przyczyna – D.S.-J.] tego, że nie może on zdobyć pieniędzy, do których zapłaty jest zobowiązany²².

Jak słusznie zauważa M.J. Schermaier, wprowadzenie powyższych kategorii pozwoliło F.C. v. Savigny’emu powrócić do znanej prawu powszechnemu zasady, że jedynie niemożliwość obiektywna może być „uznana za niemożliwość”, podczas gdy niemożliwość subiektywna „nie zwalnia dłużnika od niekorzystnych następstw”²³. Podziałem tym F.C. v. Savigny podkreślił ponadto jedynie porządkującą funkcję, jaką przyznać należy w obowiązującym prawie pojęciu „niemożliwość”. Innymi słowy, skutki prawne wiązać można wyłącznie z przypadkiem początkowej niemożliwości obiektywnej, niemożliwość subiek-

¹⁹ Zob. szerzej **T. Arp**, *Anfängliche Unmöglichkeit. Zum Verständnis von § 306 BGB*, Paderborn 1988, s. 136 i n., z odwołaniem do **F.C. v. Savigny**, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Heidelberg 1840, s. 29 i n.

²⁰ **F.C. v. Savigny**, *Das Obligationenrecht...*, Bd.1, s. 383.

²¹ Zob. szerzej **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Nieważne zobowiązania...*, SPE 2011/LXXXIII, s. 228 i n.

²² **F.C. v. Savigny**, *Das Obligationenrecht...*, Bd. 1, s. 384. Objaśnienia F.C. v. Savigny’ego do tekstu Venuleiusa (D. 45,1,135,4+5), zob. *ibidem*, s. 385 i n.

²³ **HKK/Schermaier**, Bd. II/1, § 275, nb. 17.

tywna zaś stanowi zwykłą przeszkodę w spełnieniu umownie przyrzeczonego świadczenia i nie zwalnia dłużnika z ciężącego na nim obowiązku.

Szczegółowe rozważania o skutkach prawnych niemożliwości F.C. v. Savigny zawarł dopiero w drugim tomie *Prawa obligacji*, nadając im tytuł: *Oslabiona skuteczność umowy*²⁴. Powtórzył, że uznana za niemożliwość może być wyłącznie niemożliwość obiektywna, a więc „ugruntowana w naturze działania”²⁵, i wyraźnie podkreślił, że chodzi w tym wypadku jedynie o niemożliwość początkową, czyli istniejącą „w chwili pierwotnego powstania zobowiązania, a więc w chwili zawarcia umowy”²⁶. Niemożliwość następcza, to znaczy powstała „dopiero w jakimś późniejszym momencie (np. wskutek śmierci kupionego konia jeszcze przed jego przewłaszczeniem), nie należy do rozważanego obszaru powstania zobowiązania, ale powinno się ją „oceniać według całkowicie swoistych reguł”, określonych „w nauce o przekształceniu zobowiązań”²⁷.

Owa teoria „przekształcenia”, zwana przez tego autora także „metamorfozą”²⁸ lub „modyfikacją”²⁹ zobowiązania, pozostaje w kontekście niniejszych rozważań istotna z dwóch powodów. Z jednej strony – wpisuje się w aktualną wówczas dyskusję na temat nowego, pandektystycznego rozumienia pojęcia *obligatio*. Jak dowodzi Ch. Wollschläger – począwszy od G. Hugo, szkoła historyczna porzuciła bowiem wywodzące się z prawa natury znaczenie ob-

²⁴ F.C. v. Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, Berlin 1853.

²⁵ *Ibidem*, s. 285.

²⁶ *Ibidem*, s. 286. W przedmiocie oceny skutków prawnych początkowej niemożliwości świadczenia, zob. *ibidem*, s. 288 i n. T. Arp (*Anfängliche...*, s. 138 i n.), podsumowując rozważania F.C. v. Savigny’ego, wskazuje, że autor rozróżnił stypulację i sprzedaż, ale reguły dotyczące sprzedaży zastosował także do innych kontraktów *bonae fidei*. Na podstawie źródeł przyjął, że stypulacja była nieważna i nie rodziła odpowiedzialności odszkodowawczej, jeśli odbierający przyrzeczenie nie wiedział o niemożliwości świadczenia. W przypadku sprzedaży natomiast uznał, że umowa była ważna, jeśli kupujący o niemożliwości nie wiedział lub nie powinien był wiedzieć. Odpowiedzialność sprzedawcy nie zależała ponadto od jego rzetelności, co F.C. v. Savigny wnioskował na podstawie rzymskich reguł o odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu ewikcji.

²⁷ F.C. v. Savigny, *Das Obligationenrecht...*, Bd. 2, s. 286.

²⁸ F.C. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, s. 393.

²⁹ F.C. v. Savigny, *Pandektenvorlesung 1824/25*, [w:] H. Hammen (Hrsg.), *Ius Commune – Sonderhefte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, 62; Savignyana, Bd. 1, Frankfurt am Main 1993, s. 255. W przedmiocie teorii F.C. v. Savigny’ego zob. szerzej: Ch. Wollschläger, *Die Entstehung...*, s. 143 i n.

ligatio jako obowiązku określonego działania, a podkreślała jego znaczenie jako *vinculum iuris*, to jest stosunku prawnego, na mocy którego wierzycielowi przysługuje wierzytelność, a na dłużniku ciąży dług. Dług i odpowiedzialność połączono zarazem w jednolitą całość, wywiedzioną bezpośrednio z rzymskiej koncepcji *obligatio* jako zobowiązania o podwójnej treści³⁰. Koncepcja rzymska wiązała się natomiast z obowiązującą w procesie zasadą kondemnacji pieniężnej. Dług obejmował wprawdzie obowiązek spełnienia świadczenia w naturze, ale musiał też dać się wyrazić w pieniądzu. Zwolnienie dłużnika z obowiązku świadczenia w przypadku, gdy stało się ono niemożliwe z jego winy, nie mogło zatem mieć miejsca, ponieważ zwalniałoby dłużnika także z obowiązku świadczenia odszkodowania³¹. Z drugiej strony – teoria „modyfikacji” przedstawiona została przez F.C. v. Savigny’ego w oparciu o rozważania dotyczące problematyki zawinionej niemożliwości następczej. Christian Wollschläger przekazuje na podstawie sporządzonego przez F. Bluhme manuskryptu wykładu F.C. v. Savigny’ego z semestru zimowego 1818/19, że w związku z nowym rozumieniem *obligatio* dogmatyka – zdaniem wykładowcy – nie może zadowolić się stwierdzeniem, iż niemożliwe nie może być świadczone; to rozumie się bowiem samo przez się i nie ma potrzeby wprowadzania tu żadnych reguł prawa; interesującym dla prawnika pozostaje natomiast pytanie o surogat świadczenia niemożliwego, a przy zobowiązaniach wzajemnych, o obowiązek świadczenia wzajemnego³². Jeśli zatem świadczenie rzeczy oznaczonej indywidualnie stałoby się niemożliwe do spełnienia z winy dłużnika, to obowiązek świadczenia – zgodnie z przyjętymi założeniami – powinien „przekształcić

³⁰ Tak **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 139. Autor podnosi, iż to charakterystyczny dla szkoły historycznej (m.in. **G. Hugo**, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Bd. 4: *Institutionen des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1798, § 210; **J.F.L. Göschen**, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Bd. II/2, 2. Aufl. Göttingen 1839, § 126; **G.F. Puchta**, *Pandekten*, 3. Aufl., Leipzig 1845, § 201), kompleksowy sposób rozważań otworzył drogę do połączenia świadczenia pierwotnego i odszkodowawczego w jednolitej strukturze normy oraz utrwalił, rozpoczęte w prawnonaturalnym ujęciu *pactum*, synallagmatyczne scalanie wzajemnych świadczeń.

³¹ Z tego powodu – co wyraźnie podkreśla M.J. Schermaier (HKK/**Schermaier**, Bd. II/1, Vorbem. § 275. Leistungsstörungen) – w starej wersji § 275 ust. 1 BGB wypracowano zasadę zwalniającą dłużnika ze zobowiązania jedynie w sytuacji, gdy stało się ono niemożliwe na skutek okoliczności niezawinionych przez dłużnika, np. wskutek działania siły wyższej. O sile wyższej w prawie rzymskim zob. m.in. **M. Sobczyk**, *Sila wyższa w rzymskim prawie prywatnym*, Toruń 2005.

³² **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 138 i n.

się” w obowiązek odszkodowawczy³³. Martin J. Schermaier zauważa jednak, że F.C. v. Savigny nie mówił w tym przypadku o odszkodowaniu w miejsce niemożliwego do spełnienia świadczenia, ale o przysługującym wierzycielowi „wyborze”³⁴ środka prawnego³⁵. Różnica w stosunku do koncepcji rzymskiej polegała więc na tym, że decyzja, czy dłużnik ma świadczyć w naturze, czy w pieniądzu, uległa przesunięciu z obszaru prawa procesowego do prawa materialnego. Innymi słowy: to nie sędzia, lecz wierzyciel mógł zdecydować o tym, czy chce otrzymać świadczenie w naturze, czy też odszkodowanie w pieniądzu. O hipotezie M.J. Schermaiera dotyczącej konfrontacji F. Mommsena ze stanowiskiem F.C. v. Savigny’ego w kwestii zawinionej niemożliwości następcej będzie jeszcze mowa³⁶.

3. Friedrich Mommsen (1818–1892)

Kompleksowe ujęcie problematyki niemożliwości świadczenia oraz stworzenie teorii niemożliwości współczesna nauka zawdzięcza F. Mommsenowi³⁷. Autor twierdził w przedmowie do swej monografii, że zależało mu na zestawieniu ustaleń w przedmiocie niemożliwości wyjaśnianych dotychczas, m.in.: „w ogólnej części prawa obligacji, we fragmentach traktujących o warunkach ważności obligacji w ogóle, we fragmentach o skuteczności umów, o wygaśnięciu obligacji, w szczególnej części prawa obligacji, we fragmentach dotyczących umowy sprzedaży i najmu”³⁸. Celem F. Mommsena było wobec powyższego usystematyzowanie różnych przypadków niemożliwości

³³ F.C. v. Savigny, *Pandektenvorlesung...*, [w:] Savignyana, Bd. 1, s. 212.

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ HKK/Schermaier, Bd. II/1, § 275, nb. 32.

³⁶ Wskazanego (HKK/Schermaier, Bd. II/1, § 275, nb. 17, nb. 25 i n.) związku nie zauważają m.in.: Ch. Wollschäger, *Die Entstehung...*, s. 143 i n., s. 147; F. Harting, *Die „positiven Vertragsverletzungen“ in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Hamburg 1967, s. 108 i n.; S. Würthwein, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzung im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1990, s. 103 i n.

³⁷ Teoria F. Mommsena analizowana była w literaturze w różnych aspektach. Zob. m.in. E.W. Knorr, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie im gemeinen Recht*, Würzburg 1960, s. 12 i n.; F. Harting, *Die „positiven Vertragsverletzungen“...*, s. 100 i n.; H.H. Jakobs, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, s. 112 i n.; Ch. Wollschäger, *Die Entstehung...*, s. 125 i n.; HKK/Schermaier, Bd. II/1, § 275, nb. 32 i n.; S. Würthwein, *Zur Schadensersatzpflicht...*, s. 62 i n.

³⁸ F. Mommsen, *Die Unmöglichkeit...*, s. V, [Przedmowa].

świadczenia oraz opracowanie dla nich ogólnych zasad, jednakże – podobnie jak u F.C. v. Savigny'ego – bez kwestionowania dotychczas uznawanych poglądów³⁹. Punktem wyjścia prowadzonych rozważań było potraktowanie niemożliwości jako formy niewykonania zobowiązania, gdzie dłużnik, niezależnie od własnej woli, nie był w stanie wywiązać się z umownie przyrzczonego świadczenia:

Nie może być jednak mowy o samowolnym niewykonaniu obligacji w sytuacji, gdy zachodzi niemożliwość świadczenia; wynika to już z faktu, że w przypadku niemożliwości niewykonanie nie ma swojej przyczyny w woli dłużnika⁴⁰.

Przyjęte założenie pozwoliło ponadto na przejście od F.C. v. Savigny'ego szerokiego rozumienia pojęcia „niemożliwość” oraz podporządkowania poszczególnych kategorii niemożliwości różnym skutkom prawnym. Przejmując w znacznej części opracowaną przez F.C. v. Savigny'ego systematykę⁴¹, F. Mommsen jeszcze bardziej ją rozdrobnił⁴² i wyodrębnił niemożliwość naturalną i prawną⁴³, absolutną i relatywną⁴⁴, obiektywną i subiektywną⁴⁵, trwałą

³⁹ *Ibidem*, s. VI i n.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 2.

⁴¹ *Ibidem*, s. 3 i n., w szczególności przyp. 12, s. 5.

⁴² Jak przypuszcza M.J. Schermaier (HKK/**Schermaier**, Bd. II/1, § 275, przyp. 125, nb. 17), kategorie niemożliwości absolutnej i relatywnej oraz trwałej i tymczasowej pochodzą najprawdopodobniej od F. Mommsena.

⁴³ *Ibidem*, s. 3 i n.: *Wir unterscheiden zunächst eine natürliche und eine juristische Unmöglichkeit, je nachdem der Grund der Unmöglichkeit in einem Naturgesetz oder in einer Rechtsregel liegt* Ein oft erwähntes Beispiel der ersten Art ist die Leistung einer nicht existierenden Sache, ein Beispiel der zweiten Art die Leistung einer dem Verkehr entzogenen Sache; zob. **F.C. v. Savigny**, *Das Obligationenrecht...*, Bd. 1, s. 383. Kategoria *juristische Unmöglichkeit* przetłumaczona została w niniejszym artykule jako „niemożliwość prawna”, co odpowiada znaczeniu nadanemu jej przez F. Mommsena: [...] *der Grund der Unmöglichkeit [...] in einer Rechtsregel liegt*.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 4: *Die Unmöglichkeit ist ferner eine absolute oder relative, je nachdem der Grund derselben, abgesehen von den besonderen Umständen des konkreten Falls, schon in der Natur der Leistung an sich liegt, oder die Möglichkeit der Erwirkung der Leistung durch Umstände ausgeschlossen ist, welche sich auf den einzelnen Fall beziehen*.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 5 i n.: *Weit eingreifender ist die Einteilung der Unmöglichkeit in eine objektive und subjektive. Unter der ersteren ist die Unmöglichkeit zu verstehen, welche ihren Grund in dem Gegenstande der Obligation an sich hat, unter der subjektiver Unmöglichkeit diejenige, deren Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältnis zu dem Gegenstande der Obligation liegt*; por. **F.C. v. Savigny**, *Das Obligationenrecht...*, Bd. 1, s. 384.

i tymczasową⁴⁶, początkową i następczą⁴⁷, całkowitą i częściową⁴⁸ oraz jako nadrzędną w stosunku do wcześniej wymienionych – niemożliwość *prawdziwą* i *nieprawdziwą*. Kategorią najistotniejszą w kontekście prowadzonych przez autora rozważań była zbudowana wyłącznie w oparciu o kryteria normatywne, niemożliwość *prawdziwa*. Podczas bowiem, gdy szeroko rozumiana niemożliwość świadczenia jedynie wyznaczała zakres obszaru badawczego, to dopiero kategorii niemożliwości *prawdziwej* przypisana została prawnie systematyzująca funkcja. Już na wstępie swoich rozważań autor bowiem stwierdzał:

Zadaniem niniejszej rozprawy będzie po części określenie zasięgu występowania prawdziwej niemożliwości świadczenia, po części opracowanie skutków niemożliwości⁴⁹.

Wprowadzenie do rozważań normatywnej kategorii niemożliwości *prawdziwej* spowodowało m.in., że wyraźnie oddzielone u F.C. v. Savigny'ego niemożliwość początkowa i następcza, u F. Mommsena znalazły się wśród pozostałych form niewykonania zobowiązania. I choć F. Mommsen *expressis verbis* wykluczył możliwość dogmatycznego zestawienia ze sobą obu tych kategorii – o czym będzie jeszcze mowa – to stopniowo, wraz z zacieraniem się w pamięci przyjętych przez niego założeń, to właśnie F. Mommsenowi przypisuje się teoretyczne i praktyczne ujednoczenie problematyki początkowej i następczej niemożliwości. Zdaniem M.J. Schermaiera, F. Mommsen zestawiał tymczasem niemożliwość początkową z następczą jedynie po to, by przeciwstawić się sformułowanej przez F.C. v. Savigny'ego teorii modyfikacji, to znaczy po to, by uniknąć błędu polegającego na dostrzeganiu w zawinionej niemożliwości następczej przyczyny zmiany lub nawet wygaśnięcia pierwot-

⁴⁶ *Ibidem*, s. 7 i n.: *Eine fernere Unterscheidung ist die in dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit.*

⁴⁷ *Ibidem*, s. 1: *Die Aufgabe der nachfolgenden Darstellung wird es sein [...], theils die Wirkungen der Unmöglichkeit zu entwickeln. Die letzteren gestalten sich sehr verschieden, je nachdem die Leistung von Anfang an unmöglich ist, oder die Unmöglichkeit erst später eintritt; ibidem*, s. 11; por. F.C. v. Savigny, *Das Obligationenrecht...*, Bd. 2, s. 285 i n.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 8: *Die Unmöglichkeit kann sich endlich auf die Leistung in ihrem ganzen Umfange beziehen oder nur auf einen Theil derselben. Diese Unterscheidung der völligen und theilweisen Unmöglichkeit ist insonderheit für die Erwirkungen der Unmöglichkeit von großer Bedeutung. Zu der theilweisen Unmöglichkeit ist auch die Unmöglichkeit zu rechnen, welche sich auf gewisse Modalitäten der Leistung bezieht, z.B. Eigenschaften, Zeit und Ort der Leistung. Insofern ist also auch die zeitweilige Unmöglichkeit nur als eine Theilweise zu betrachten.*

⁴⁹ *Ibidem*, s. 1.

nego zobowiązania dłużnika⁵⁰. Wyjaśnienie to uznać można za wielce prawdopodobne w świetle przyjętych przez F. Mommsena założeń, choć podważać może je fakt, że problematyka zawinionej niemożliwości następczej była dla niego w kontekście prawa rzymskiego tak oczywista, iż poświęcił jej jedynie kilka spośród 420 stron swej monografii.

Można także zaryzykować twierdzenie, że w równym stopniu, jak z F.C. v. Savigny'm, zależało F. Mommsenowi na konfrontacji z innym niemieckim pandektystą – C.G. Wächterem⁵¹. Tenże – jak wskazuje Ch. Wollschläger – znajdował się poza ścisłym kręgiem F.C. v. Savigny'ego i jego uczniów⁵², a doktoryzował się na temat *Conditio causa data causa non secuta*⁵³. W roku 1832 pojawiło się opracowanie problematyki przejścia ryzyka⁵⁴, którą C.G. Wächter oparł na dogmacie niemożliwości, i w którym podstawowa zasada prawa powszechnego *Casum sentit dominus* zastąpiona została rzymskimi *Impossibilium nulla obligatio est* oraz *Casus a nullo praestantur*⁵⁵. Podczas gdy C.G. Wächter określał twierdzenie Celsusa jako „istotne uzupełnienie” reguły *Casus*⁵⁶, to F. Mommsen wyraźnie w tej kwestii oponował:

Jeśli chciałoby się [do następczej niemożliwości – D. S.-J.] zastosować zasadę *impossibilium nulla obligatio est*, to dalsze istnienie zobowiązania byłoby w najszerszym wymiarze zależne od samowoli dłużnika [...]⁵⁷.

Nie zmienia to jednakże faktu, że podobnie jak C.G. Wächter, także i F. Mommsen postawił na szczycie swych rozważań rzymskie reguły *Impossibilium* oraz *Casus*:

Jeśli świadczenie jest niemożliwe od początku (natychmiast istniejąca niemożliwość), to i obligacja, której było przedmiotem, jest nieważna pod warunkiem, że niemożliwość dotyczy całego świadczenia. *Impossibilium nulla obligatio*. Jeśli niemożliwość świadczenia pojawi się później (następcza niemożliwość), to należy rozróżnić, czy była ona zawiniona, czy też nie. W pierwszym wypadku niemożliwość nie ma żadnego wpływu na zobowiązanie. W drugim, dłużnik zwolniony zostanie z obowiązku świadczenia o tyle, o ile stało się ono niemożliwe do

⁵⁰ Tak HKK/Schermaier, Bd. II/1, § 275, nb. 17.

⁵¹ Por. F. Mommsen, *Die Unmöglichkeit...*, s. IX [Przedmowa].

⁵² Tak Ch. Wollschläger, *Die Entstehung...*, s. 122.

⁵³ C.G. Wächter, *Doctrina de condictione causa data causa non secuta*, Tubingae 1822.

⁵⁴ C.G. Wächter, *Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?*, Archiv für die Civilistische Praxis [dalej: AcP] 1832/15, s. 97 i n.

⁵⁵ Tak Ch. Wollschläger, *Die Entstehung...*

⁵⁶ D. 50,17,23 (Ulp. 29 ad Sab.).

⁵⁷ F. Mommsen, *Die Unmöglichkeit...*, s. 228.

spełnienia bez jego winy; zatem ze strony wierzyciela nie może być również żądany ekwiwalent za świadczenie, które stało się niemożliwe. *Casus a nullo praestantur*⁵⁸.

Friedrich Mommsen podporządkował tym samym swoje rozważania dwóm szczególnym skutkom prawnym. Z jednej strony – nieważności zobowiązania w przypadku niemożliwości początkowej (reguła *Impossibilium*), z drugiej zaś strony – zwolnieniu ze zobowiązania w przypadku niezawinionej niemożliwości następczej (reguła *Casus*). Autor przypisał im szczególne znaczenie z tego względu, że wystąpienie skutku nieważności lub zwolnienia ze zobowiązania decydowało o zaliczeniu konkretnego przypadku do normatywnej kategorii *prawdziwej* niemożliwości świadczenia. Innymi słowy, tylko przypadki niemożliwości *prawdziwej* jako wyodrębnione z całego zbioru niemożliwości mogły wpływać na obligację w ten właśnie sposób, że wyjątkowo prowadziły do jej nieważności lub wyjątkowo zwalniały dłużnika z przyrzeczonego świadczenia. W ten sposób autor wytyczył także „granice niemożliwości”⁵⁹. Skutki nie dotyczyły bowiem niemożliwości *nieprawdziwej*, czyli zwykłego niewykonania zobowiązania. Świadczy o tym także, wskazane już powyżej, podkreślenie różnicy pomiędzy niemożliwością *prawdziwą* a „samowolnym niewykonaniem”⁶⁰. Klasyfikacja konkretnego stanu faktycznego jako przypadku niemożliwości *prawdziwej* lub jako przypadku jedynie samowolnego niewykonania zobowiązania zależała ponadto od tego, jakie rozstrzygnięcie zawierały w tej materii źródła rzymskie, interpretowane jednakże – co charakterystyczne dla pandekstystów – przez pryzmat ówczesnej dogmatyki.

3.1. Granice prawdziwej niemożliwości początkowej

W pierwszej kolejności F. Mommsen skierował swoją uwagę na niemożliwość początkową, a więc istniejącą już w chwili zawarcia umowy⁶¹, i rozpatrzył przypadki niemożliwości świadczenia, którego przedmiotem była rzecz indywidualnie oznaczona. Stwierdził, że obiektywna niemożliwość świadczenia rzeczy indywidualnie oznaczonej zawsze musi zostać uznana

⁵⁸ *Ibidem*, s. 1 i n.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 10 i n.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 2.

⁶¹ *Ibidem*, s. 1 i 102. Niniejsza, skrócona prezentacja teorii F. Mommsena odpowiada systematyce przyjętej przez autora w jego monografii, a opiera się w całości oraz podana jest za: S. Würthwein, *Zur Schadensersatzpflicht...*, s. 83 i n.

za *prawdziwą*. Dotyczy to zarówno niemożliwości naturalnej, jak i prawnej. *Prawdziwa* niemożliwość świadczenia występuje wtedy, gdy „przyrzeczona rzecz nie istnieje, niezależnie od tego, czy nie może istnieć, czy też nigdy nie istniała, czy też już uległa zniszczeniu”⁶². Świadczenie rzeczy nieistniejącej było dla F. Mommsena równoważne ze świadczeniem „rzeczy wyjętej z obrotu oraz człowieka wolnego”⁶³.

Jeśli zachodzi natomiast tylko subiektywna niemożliwość świadczenia rzeczy, to jej powodem mogłoby być albo to, że dłużnik nie posiadał „prawa koniecznego do podjęcia się tego świadczenia”, albo to, że „jego faktyczny stosunek do rzeczy nie spełniał koniecznego warunku wykonania obligacji”⁶⁴. Jeśli zatem subiektywna niemożliwość polegałaby na braku prawa dłużnika do rzeczy, np. na braku własności, i z tego powodu dłużnik nie mógłby się wywiązać z umownego zobowiązania, to nie byłby to przypadek niemożliwości *prawdziwej*. Wynikało to – zdaniem autora – z rzymskich źródeł dotyczących stypulacji oraz sprzedaży⁶⁵. Inaczej byłoby jednakże w przypadku czysto faktycznej niemożliwości, jeśli np. rzecz będąca własnością dłużnika zostałaby mu zrabowana lub skradziona⁶⁶. Ten przypadek należałoby wyjątkowo uznać za niemożliwość *prawdziwą*. „Wewnętrzne powody przemawiają [...] za uznaniem niemożliwości subiektywnej polegającej na faktycznych przeszkodach za prawdziwą, aczkolwiek tylko tymczasową”⁶⁷, ponieważ przypadki te porównywalne były z niemożliwością obiektywną. Konsekwencją uznania *prawdziwej* niemożliwości tymczasowej było to, że przy obustronnej niewiedzy o niemożliwości świadczenia wierzyciel tymczasowo, to znaczy do momentu odzyskania faktycznego władania przez dłużnika skradzioną rzeczą, nie mógł rościć żadnych praw wynikających z umowy⁶⁸.

Zasady obowiązujące przy świadczeniach polegających na *dare* F. Mommsen przeniósł częściowo na świadczenia polegające na *facere*⁶⁹. Jeśli działanie będące przedmiotem zobowiązania byłoby związane z jakąś rzeczą, np. z przygotowaniem przedmiotów czy też z dostarczeniem materiałów,

⁶² F. Mommsen, *Die Unmöglichkeit...*, s. 11.

⁶³ *Ibidem*, s. 11, s. 117 i n.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 12.

⁶⁵ *Loc. cit.*

⁶⁶ *Ibidem*, s. 19.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 20.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 20, 223 i n.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 52 i n.

w pierwszym rzędzie chodziłoby o to, czy dostarczyć miał je dłużnik czy wierzyciel. W ramach konkretnego zobowiązania wynikającego z umowy znalazłyby zastosowanie zasady niemożliwości świadczenia rzeczy, zgodnie z którymi tylko niemożliwość obiektywna zostałaby uznana za *prawdziwą*⁷⁰. Przeszkody uniemożliwiające działanie samo w sobie uwzględniane byłyby zasadniczo tylko wtedy, jeśli świadczenie stałoby się z tego powodu niemożliwe do spełnienia nie tylko dla dłużnika, lecz działanie to w ogóle byłoby nie do zrealizowania, a więc byłoby niemożliwe obiektywnie⁷¹. Jeśli jednakże zobowiązanie miałoby charakter osobisty, to również indywidualna przeszkoda w świadczeniu mogła prowadzić do obiektywnej niemożliwości świadczenia i uznana zostałaby wówczas za *prawdziwą*⁷².

3.2. Granice prawdziwej niemożliwości następczej

W odmienny sposób F. Mommsen zanalizował następczą niemożliwość *prawdziwą*, którą rozpoznawał w znacznie szerszym spektrum przypadków, aniżeli niemożliwość początkową. Wyjaśnił to w następujący sposób: „Powód leży bez wątpienia w tym, że dla uwzględnienia niemożliwości dochodzi tutaj kolejna okoliczność, jaką jest brak zawinienia”⁷³. W pierwszej kolejności F. Mommsen także i tutaj zajął się niemożliwością świadczenia rzeczy indywidualnie oznaczonej. Niemożliwość obiektywną należało zawsze uznać za niemożliwość *prawdziwą* – obojętnie, czy miała ona charakter naturalny, czy prawny⁷⁴. Niemożliwość subiektywna była traktowana podobnie⁷⁵. W przypadku świadczenia rzeczy indywidualnie oznaczonej niemożność zostałaby uznana za *prawdziwą*, bez względu na to, czy zmianie uległ faktyczny stosunek dłużnika do rzeczy z powodu jej rabunku lub kradzieży⁷⁶, czy też dłużnik nie mógł wykonać zobowiązania z powodów osobistych, takich jak np. choroba,

⁷⁰ *Ibidem*, s. 58 i n.

⁷¹ *Ibidem*, s. 52 i n., 64 i n.

⁷² *Ibidem*, s. 64.

⁷³ *Ibidem*, s. 27. Por. **F. Mommsen**, *Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa*, [w:] *Beiträge zum Obligationenrecht*, 3. Abth., Braunschweig 1855, s. 410.

⁷⁴ **F. Mommsen**, *Die Unmöglichkeit...*, s. 27.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 24.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 28 i n.

i nie można też było ustanowić zastępcy⁷⁷. Należało przy tym zawsze zwracać uwagę na to, czy dłużnikowi już od samego początku nie brakowało odpowiedniego uprawnienia, co z kolei prowadziło do faktycznej niemożliwości. Wtedy mianowicie nie występował przypadek niemożliwości *prawdziwej* następczej, lecz *nieprawdziwej* początkowej⁷⁸. Sama natomiast utrata możliwości rozporządzania rzeczą na podstawie – przykładowo – zbycia tej rzeczy osobie trzeciej, musiała zostać jako niemożliwość subiektywna zaliczona do kategorii niemożliwości *prawdziwej*⁷⁹. Friedrich Mommsen uważał jednakże, że w tego rodzaju przypadkach nie dochodzi do zwolnienia dłużnika ze zobowiązania, ponieważ będzie mu można, co do zasady, przypisać winę⁸⁰.

Z kolei w przypadku świadczenia polegającego na *facere*, *prawdziwa* niemożliwość występowała wtedy, jeśli pojawiły się przeszkody uniemożliwiające dłużnikowi spełnienie świadczenia, a w przypadku, gdy nie był on zobowiązany do osobistego działania – jeśli pojawiły się przeszkody uniemożliwiające mu ustanowienie zastępcy⁸¹.

To, czy niemożliwość pojawiała się przed, czy po zawarciu umowy, nie miało natomiast znaczenia tylko w przypadkach alternatywnych i rodzajowych świadczeń rzeczowych⁸². Jak długo świadczenie rzeczy oznaczonej co do gatunku w ogóle było możliwe, tak długo nie występowała niemożliwość *prawdziwa*. Ta wystąpiłaby jedynie wtedy, gdy dany rodzaj przestałby istnieć⁸³. Nie było tu żadnego związku ze zdolnością dłużnika do świadczenia ani, ewentualnie, z brakiem takiej zdolności⁸⁴. Przeszkody świadczenia leżące po stronie dłużnika nigdy zatem nie prowadziły przy zobowiązaniach rodzajowych do stwierdzenia niemożliwości *prawdziwej*.

⁷⁷ *Loc. cit.*

⁷⁸ *Ibidem*, s. 42. Ewinkcja nie była zatem przypadkiem niemożliwości *prawdziwej* (*ibidem*, s. 14).

⁷⁹ *Ibidem*, s. 38 i n.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 32 i n., s. 38.

⁸¹ *Ibidem*, s. 53 i n.

⁸² *Ibidem*, s. 45.

⁸³ *Ibidem*, s. 47.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 47, 49 i n.

3.3. Skutki prawne prawdziwej niemożliwości początkowej

Po określeniu „granic niemożliwości” F. Mommsen przeszedł do „praktycznego aspektu”⁸⁵ niemożliwości. Fakt, że obszernie zanalizowane zostały wyłącznie skutki prawne niemożliwości *prawdziwej*, dowodzi, że teoria ta dotyczyła wyłącznie normatywnego aspektu problematyki określanej w prawie jako „niemożliwość świadczenia”.

W odniesieniu do *prawdziwej* niemożliwości początkowej autor skoncentrował się przede wszystkim na skutku nieważności i, powołując rzymskie źródła dotyczące zarówno stypulacji, jak i sprzedaży, uogólnił zastosowanie reguły *Impossibilium* zarówno do zobowiązań jednostronnych, jak i dwustronnych⁸⁶. W obu przypadkach *prawdziwa* niemożliwość prowadziła – co do zasady⁸⁷ – do nieważności zobowiązania *Impossibilium nulla obligatio est*, czego przyczyną mógł być brak poważnej woli stron do zawarcia takiej umowy albo ich niewiedza o niemożliwości:

Jeśli [kontrahenci – D. S.-J.] wiedzieli, że świadczenie jest niemożliwe, to najbardziej prawdopodobne jest założenie, że w ogóle zabrakło poważnej woli do zawarcia zobowiązania o takie świadczenie i już z tego powodu należy w danym przypadku zanegować powstanie skutecznego zobowiązania. Nie dotyczy to jednak sytuacji, kiedy niemożliwość świadczenia nie była kontrahentom znana. Poważana wola stworzenia obligatoryjnego stosunku nie może tutaj zostać podana w wątpliwość. Z drugiej strony, równie bezsporne jest to, że jeśli kontrahenci wiedzieliby o niemożliwości świadczenia, to nie zawarliby zobowiązania o takie świadczenie. Nie da się jednakże stwierdzić, czy uczyniliby wówczas przedmiotem swojego zobowiązania jakieś inne świadczenie i jeśli tak, to jakie⁸⁸.

Ponadto, zgodnie z łączącym dług i odpowiedzialność rozumieniem pojęcia *obligatio*, autor podkreślił we wstępie do powyższych rozważań, że nieważność umowy w przypadku początkowej niemożliwości *prawdziwej* musi wywrzeć wpływ na zakres roszczenia odszkodowawczego wierzyciela:

Już z samego pojęcia niemożliwości wynika, że niemożliwe świadczenie nie może zostać spełnione. Mogłoby chodzić więc jedynie o to, czy zobowiązanie, którego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, da się utrzymać w mocy przez zastąpienie świadczenia niemożliwego ekwiwalentem w postaci świadczenia możliwego⁸⁹.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 102.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 103.

⁸⁷ Wyjątki dopuszczał F. Mommsen w przypadkach sprzedaży nieistniejącej wierzytelności (*ibidem*, s. 134 i n.) oraz sprzedaży człowieka wolnego (*ibidem*, s. 125 i n.).

⁸⁸ *Ibidem*, s. 106.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 103.

Zarówno dla prawa rzymskiego, jak i dla prawa obowiązującego F. Mommsen na pytanie to udzielił odpowiedzi przeczącej, twierząc, że przy niemożliwości początkowej wierzyciel nie może wysuwać roszczenia o to, „co uzyskałby wskutek umowy, jeśli nie zaistniałaby przeszkoda w jej wykonaniu”. Roszczenie do wysokości „interesu wierzyciela w wykonaniu umowy” (tzw. interes pozytywny) zakłada „konieczność ważność przyjętego przez dłużnika zobowiązania”⁹⁰. Można sobie jednakże wyobrazić odpowiedzialność do wysokości szkody, „której wierzyciel doznał dlatego, że w ogóle była mowa o czynności prawnej: interes, który wierzyciel miał w tym, by nie znaleźć się w błędzie co do prawdziwego stanu świadczenia” (tzw. interes zaufania)⁹¹. Szkoda wierzyciela polegała więc na tym, że podjął decyzję o zawarciu z dłużnikiem umowy o świadczenie niemożliwe, znajdując się w błędzie co do prawdziwych okoliczności jej zawarcia⁹². Przesłanką tej odpowiedzialności był – obok nieważności umowy – dający się usprawiedliwić błąd co do niemożliwości świadczenia po stronie wierzyciela oraz *dolus* lub *culpa lata* po stronie dłużnika⁹³.

W ramach swoich wywodów na temat skutków *prawdziwej* niemożliwości F. Mommsen w ogóle nie poruszył problematyki początkowej niemożliwości subiektywnej, ponieważ jako niemożliwość *nieprawdziwa* nie wchodziła w zakres stosowania reguły *Impossibilium*. Umowa o świadczenie subiektywnie niemożliwe do spełnienia była ważna, a wierzycielowi przysługiwało wynikające z ważnie zawartej umowy roszczenie o jej wykonanie, ewentualnie roszczenie odszkodowawcze⁹⁴.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 107.

⁹¹ Wprowadzona przez F. Mommsena dogmatyczna innowacja w formie rozróżnienia pomiędzy szkodą, jaką wierzyciel poniósł przez to, że umowa nie została wykonana (*Erfüllungsschaden*), a szkodą, jaką wierzyciel poniósł przez to, że zaufał jej istnieniu (*Vertrauensschaden*), uogólniona została przez R. v. Jheringa (**R. v. Jhering**, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, [w:] [Jherings] Jahrbücher für die Dogmatik [dalej: **JherJb**], [Jena] 1861/4, s. 1 i n.) do kategorii – odpowiednio – dodatniego (*positives Interesse*) oraz negatywnego interesu umowy (*negatives Interesse*) i stanowi także we współczesnym prawie niemieckim podstawę do ustalenia wysokości odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

⁹² **F. Mommsen**, *Die Unmöglichkeit...*, s. 107.

⁹³ *Ibidem*, s. 109. W przedmiocie (deliktowego lub kontraktowego) charakteru roszczenia wierzyciela, zob. *ibidem*, s. 123 i n.; **E. Ude**, *Ueber die Bedeutung des Satzes: „Impossibilium nulla obligatio”*, AcP 1865/48, s. 266; **H.A. Fischer**, *Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, [w:] JherJb 1897/37, s. 227 i n.

⁹⁴ **F. Mommsen**, *Die Unmöglichkeit...*, s. 12 i n. W przedmiocie problematyki początkowej częściowej niemożliwości zob. *ibidem*, s. 153 i n., 162 i n.

3.4. Skutki prawne *prawdziwej* niemożliwości następczej

W następnej kolejności, F. Mommsen zanalizował skutki prawne *prawdziwej* niemożliwości następczej, by określić tym samym zakres zastosowania rzymskiej reguły *Casus a nullo praestantur*. Podkreślił jednocześnie podstawową różnicę pomiędzy niemożliwością początkową i następczą. W przeciwieństwie do niemożliwości początkowej, niemożliwość następcza nie powodowała nieważności umowy. Oznacza to, że nawet w przypadku zaistnienia niemożliwości, strony były nadal umową związane i zobowiązane do świadczenia. Jak już była o tym mowa, sama „niemożliwość” nie mogła prowadzić do wygaśnięcia całego zobowiązania, bowiem jego trwanie uzależnione byłoby w takim przypadku „od samowoli dłużnika”⁹⁵. Z tego powodu F. Mommsen podkreślił dobitnie, że reguła *Impossibilium* w żadnym wypadku nie może znaleźć zastosowania do przypadków niemożliwości następczej. W ostatnim wypadku zwolnienie ze zobowiązania nastąpić może jedynie w sytuacji, gdy niemożliwość świadczenia jest skutkiem okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada⁹⁶.

W odniesieniu do zawinionej niemożliwości następczej autor założył, że zobowiązanie może istnieć pomimo niemożliwości dopóty, dopóki nie znajdzie zastosowania reguła *Casus*. Mówił stanowczo, że „niemożliwość świadczenia zawiniona przez dłużnika nie może zwolnić go ze zobowiązania”⁹⁷. Co więcej, niemożliwość taka nie wpływa nawet w bezpośredni sposób na samo świadczenie, co oznacza, że wierzyciel nie musi domagać się od dłużnika odszkodowania w granicach interesu umownego, ale może skarżyć go o wykonanie umowy, które powinno zostać orzeczone w wyroku sądowym. Skutki niemożliwości świadczenia ujawniłyby się w takim wypadku dopiero w postępowaniu egzekucyjnym, gdzie w miejsce przyrzeczonego świadczenia wszedłby jego ekwiwalent⁹⁸. Zdaniem F. Mommsena, zawiniona niemożliwość następcza nie miała zatem żadnego wpływu na istniejący między stronami stosunek prawny. Jedyne problem dotyczył przyznania wierzycielowi roszczenia odszkodowawczego i określenia wysokości należnego mu ekwiwalentu, co jednakże „nie było zadaniem nauki o niemożliwości, lecz nauki o interesie umowy”⁹⁹.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 228.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 1 i 228.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 229.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 230.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 231; Zob. F. Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse*, [w:] *Beiträge zum Obligationenrecht*, 2. Abth., Braunschweig 1855.

Z punktu widzenia teorii o skutkach prawnych niemożliwości *prawdziwej*, znacznie bardziej istotna aniżeli zawiniona, była dla F. Mommsena niezawiniona niemożliwość następcza, określana również jako „niemożliwość kazualna”¹⁰⁰. Autor stwierdzał, że dłużnik zwolniony zostanie zarówno z obowiązku świadczenia, jak i odszkodowania w miejsce świadczenia, jeśli tylko świadczenie stało się niemożliwe na skutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności¹⁰¹. Rozważania te autor uzasadnił rzymską regułą *Casus* i podkreślił jednocześnie, że skutek zwalniający ze zobowiązania nie może znaleźć zastosowania do zobowiązań, których przedmiotem jest świadczenie rzeczy oznaczonej co do gatunku¹⁰².

3.5. Wnioski

Podsumowując pokrótce rozważania F.C. v. Savigny’ego oraz F. Mommsena, podkreślić należy dwie kwestie. Pierwsza – to ostateczne przewyciężenie prawnonaturalnego rozumienia pojęcia „niemożliwość” i nadanie mu znaczenia czysto normatywnego poprzez skoncentrowanie się na skutkach prawnych, które poszczególne rodzaje niemożliwości wywołują. Druga – to kompleksowe ujęcie problematyki niemożliwości w oparciu wprawdzie o źródła prawa rzymskiego, ale pod istotnym wpływem oraz z uwzględnieniem tworzonej przez pandektystów dogmatyki. W odniesieniu z kolei do sformułowanej przez F. Mommsena teorii niemożliwości *prawdziwej* powtórzyć należy, w związku z poruszoną w niniejszym artykule problematyką, kilka ogólnych wniosków

¹⁰⁰ F. Mommsen, *Die Unmöglichkeit...*, s. 231.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 232.

¹⁰² *Ibidem*. Teoria F. Mommsena o skutku zwalniającym ze zobowiązania w sytuacji niezawinionej niemożliwości następczej zastąpić miała wcześniejsze reguły dotyczące *casus*, które, co do zasady, wyłączały odpowiedzialność za przypadkowo powstałą szkodę, np. zwolnienie dłużnika z obowiązku świadczenia wskutek zniszczenia przyrzeczonej rzeczy przez uderzenie pioruna (Tak S. Würthwein, *Zur Schadensersatzpflicht...*, s. 43 i n., 93 i n.). F. Mommsen (*Die Unmöglichkeit...*, s. 246 i n.) krytykował przede wszystkim samo pojęcie *casus* jako nieodpowiednie do zwolnienia dłużnika z obowiązku świadczenia. Pojęcie to zbyt często odnosiło się, zdaniem autora, do zdarzeń wywołujących szkodę, które miały swe źródło w siłach przyrody. Reguły dotyczące *casus* nie precyzowały tym samym, za co właściwie dłużnik powinien ponosić odpowiedzialność. Choć rozwiązano tę kwestię poprzez wprowadzenie elementu zawinienia w szczególnej kategorii *casus mixtus*, to i tak bardziej wskazane byłoby, według autora, posługiwanie się w miejsce *casus* kategorią niezawinionej niemożliwości świadczenia (*ibidem*).

autora. Tylko niemożliwość początkowa o charakterze obiektywnym i trwałym (jako *prawdziwa*) prowadzi mogła do nieważności umowy – *Impossibilium nulla obligatio est*. Niemożliwość subiektywna (jako *prawdziwa* tymczasowa) prowadziła jedynie do przejściowego zawieszenia uprawnień wierzyciela, nie zwalniając dłużnika z obowiązku spełnienia umownie przyrzeczonego świadczenia. Odmienne wnioski dotyczyły (*prawdziwej*) niemożliwości następczej. Ta – zarówno o charakterze obiektywnym, jak i subiektywnym – zwalniała dłużnika ze zobowiązania, jeśli tylko stało się ono niemożliwe do spełnienia na skutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosił prawnej odpowiedzialności – *Casus a nullo praestantur*. Różna w przypadku (*prawdziwej*) niemożliwości początkowej i następczej ocena skutków prawnych oraz odrzucenie *expressis verbis* zastosowania reguły *Impossibilium* do przypadków niemożliwości następczej nie pozostawiają najmniejszej wątpliwości, że obie kategorie rozumiane były przez F. Mommsena jako różne pod względem dogmatycznym kategorie prawne.

4. Krytyka teorii *prawdziwej* niemożliwości świadczenia

Niemiecka literatura przedmiotu przy okazji analizy teorii F. Mommsena podkreśla każdorazowo, że poddano ją ostrej krytyce¹⁰³, a uczynili to w szczególności A. Brinz¹⁰⁴ oraz G. Hartmann¹⁰⁵. Jak przekazuje Ch. Wollschläger, A. Brinz dokonał egzegezy źródeł prawa rzymskiego i stworzył obraz instytucji niemożliwości, który ponownie odpowiadał różnorodności rzymskich typów umów i skarg. W przeciwieństwie do F. Mommsena, A. Brinz uwzględnił w swoich rozważaniach rozróżnienie na zobowiązania *bonae fidei* i *stricti iuris*, a nieważność sprzedaży rzeczy, która uległa zniszczeniu, wyjaśnił

¹⁰³ Krytyka ta skoncentrowała się przede wszystkim na odrzuceniu kategorii *prawdziwej* niemożliwości świadczenia. Zob. m.in. **B. Windscheid**, *Besprechung der „Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abtheilung. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse“*, von Friedrich Mommsen, [w:] *Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft* [Heidelberg] 1855/2, s. 107; **A. Brinz**, *Die Prästation unmöglicher Leistungen*, [w:] *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1857/5, s. 278 i n.

¹⁰⁴ **A. Brinz**, *Die Prästation...*; **idem**, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. 2/1 2. Aufl., Erlangen 1879, § 245, s. 121 i n.

¹⁰⁵ **G. Hartmann**, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen 1875.

w oparciu o zasadę *nec emptio nec venditio* (Pomponius, D. 18,1,8 pr.)¹⁰⁶. Zawęził tym samym zastosowanie reguły *Impossibilium* do zobowiązań ze stypulacji i wyłączył jej zastosowanie niemalże bez wyjątków do innych typów umów oraz w przypadkach niemożliwości następczej¹⁰⁷. Z kolei samemu pojęciu „niemożliwość” nadał nowe, logiczne znaczenie: niemożliwe jest to, co sprzeczne z treścią praw przyrody lub przepisów prawa¹⁰⁸. Jak zauważa Ch. Wollschläger, niemożliwość normatywna u F. Mommsena zastąpiona została u A. Brinza pojęciem wywiedzionym z rzeczywistości, zorientowanym jednakże nie tak, jak w prawie natury, na działanie zobowiązanego dłużnika, ale na wynik tego działania w postaci zaspokojenia interesu wierzyciela¹⁰⁹. Prawnie istotnym zagadnieniem pozostawała zatem dla A. Brinza odpowiedzialność dłużnika za niespełnienie umownie przyrzeczonego świadczenia, którą rozstrzygać należało jednakże w oparciu o inne, niż niemożliwość, kryteria oceny. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że odrzucając teorię o skutkach niemożliwości *prawdziwej* i nadając pojęciu „niemożliwość” znaczenie logiczne, A. Brinz nie dostrzegł, że F. Mommsen doszedł za pomocą rozlicznych kategorii niemożliwości i w ocenie pojedynczych przypadków do wniosków bardzo podobnych¹¹⁰. Różnica dotyczyła w zasadzie jedynie metody, która u F. Mommsena oparta była na szerokim rozumieniu niemożliwości stanowiącej jedynie punkt wyjścia do badania skutków prawnych przyrzeczeń niemożliwych do spełnienia.

Także G. Hartmann – podobnie jak F. Mommsen – uczynił niemożliwość jedynie punktem wyjścia do rozważań na temat odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu przeszkód w świadczeniu o charakterze początkowym i następczym. Pojęcie „niemożliwość” uzyskało tu ponownie znaczenie

¹⁰⁶ Zob. szerzej **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Nieważne zobowiązania...*, SPE 2011/LXXXIV, s. 219 i n.

¹⁰⁷ **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 160; **A. Brinz**, *Die Prästation...*, [w:] *Kritische Übersicht...*, 1857/5, s. 281 i n.

¹⁰⁸ **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 162 i n.; **A. Brinz**, *Die Prästation...*, s. 282 i n.

¹⁰⁹ **Ch. Wollschläger** (*Die Entstehung...*) wskazuje, że powyższym rozumieniem niemożliwości A. Brinz odmówił jej jakiegokolwiek miejsca „pośród idei i rzeczy należących do systemu prawa” i widział w niej „nicość”, która nie może wywierać wpływu na zobowiązanie. Innymi słowy, jeśli świadczenie jest niemożliwe, to zobowiązanie albo nie istnieje, co oznacza, że nie ma niczego, na co zobowiązanie mogłoby mieć wpływ, albo istnieje z tym, że wówczas przyczyna istnienia zobowiązania byłaby innego rodzaju (**A. Brinz**, *Die Prästation...*, s. 278 i n.).

¹¹⁰ Tak m.in. **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 163; **T. Arp**, *Anfängliche...*, s. 143.

normatywne, choć inaczej niż u F. Mommsena, a podobnie jak u A. Brinza zorientowane było na wynik świadczenia w postaci zaspokojenia interesu wierzyciela. Gustav Hartmann szukał m.in. odpowiedzi na pytanie, za jakie przeszkody istniejące już w chwili zawarcia umowy, przede wszystkim przeszkody o charakterze prawnym, dłużnik powinien ponosić odpowiedzialność. Pytanie to poprzedzało oczywiście założenie, że czynność prawna pozostawała ważna i skuteczna, a więc miała „stosowną treść” w rozumieniu prowadzonych przez autora rozważań¹¹¹. Obowiązek odszkodowawczy kształtował się w takim przypadku na podstawie umowy, której treść ustalić należało *in concreto* za pomocą wykładni. Autor podnosił, iż w drodze „interpretacji woli” ustalić należy, „w jakim zakresie i przy jakim nakładzie środków powinno się zobowiązania (*Soll der Obligation*) rozciąga się na usunięcie określonych prawnych (albo faktycznych) przeszkód stojących na drodze rzeczywistemu wykonaniu ostatecznego celu. Jeśli zobowiązany dowiedzie, że zadośćczynił rozmiarowi obciążenia, to: jest on wolny i odciążony, i wszystko tu jedno, czy zaszłyby prawdziwa niemożliwość świadczenia, czy też nie”¹¹². Podobnie jak w przypadku A. Brinza, także i tu doktryna przedmiotu jest zgodna, że G. Hartmann sformułował przy zastosowaniu innej metody wnioski podobne do wniosków

¹¹¹ G. Hartmann skrytykował wniosek F. Mommsena, że wystarczającym powodem uznania umowy za nieważną jest przypuszczenie, że gdyby strony posiadały należną wiedzę o niemożliwości świadczenia, to nie zawarłyby czynności prawnej o takiej treści (F. Mommsen, *Die Unmöglichkeit...*, s. 106). Wymagał, aby respektować jednak podjętą przez strony decyzję, ponieważ może „okazać się, że w miejsce dotychczasowej pojawi się inna, stosowna treść [*ein tauglicher Inhalt*]” (G. Hartmann, *Die Obligation...*, s. 176). Ponieważ pytania o ważność lub nieważność czynności prawnej nie można postawić w sposób absolutny, to w każdym przypadku zbadać należy, czy to, co „zgodnie z głównym stosunkiem nie może przynieść oczekiwanego rezultatu, może być na podstawie innego stosunku lub w inny sposób ważne [...]”. Jedynie z tego powodu, że błędnie traktuje się jako regułę prawną to, że «czynność musi być nieważna, jeżeli jej najbliższej określona treść kończy się niemożliwością»; jedynie z tego powodu dochodzi się tu do pozornych wyjątków. Decydującym dla prawa twierdzeniem jest raczej: «Żadnej czynności prawnej bez stosownej treści», w szczególnym stosunku, na przykład, do sprzedaży, *nec emptio, nec venditio sine re quae veneat potest intelligi*. Założenie absolutnej nieważności, brak jakiegokolwiek stosownej treści może jednak z różnych powodów i w rozmaity sposób nie być słuszne pomimo niemożliwości początkowo oznaczonego celu” (*ibidem*, s. 177). Autor w oparciu o źródła prawa rzymskiego poparł powyższe rozważania przykładami sprzedaży nieistniejącej wierzytelności oraz sprzedaży *res extra commercium* (*ibidem*, s. 177 i n.).

¹¹² G. Hartmann, *Die Obligation...*, s. 199.

F. Mommsena¹¹³. Sam zresztą twierdził, że wywód F. Mommsena byłby „pod każdym względem tak samo rozważny i przydatny, jeśli tylko pominięto się nietrafne sformułowanie, które wchodziło się tu w konsekwencji przyjętego założenia”¹¹⁴; to znaczy, że *Impossibilium nulla obligatio est* w każdym przypadku oznaczać musi nieważność całej umowy¹¹⁵.

5. Postępowanie ustawodawcze

Wyrażona w pracach A. Brinza oraz G. Hartmanna krytyka teorii o skutkach niemożliwości *prawdziwej* nie przeszkodziła jej w procesie stopniowego zyskiwania dominującej pozycji wśród ówczesnej doktryny. Pandektyści podążyli zarówno za systematyką F. Mommsena, jak i sformułowaną przez niego zasadą, że wyłącznie początkowa niemożliwość obiektywna zwalnia dłużnika z obowiązku świadczenia¹¹⁶. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w materiałach z postępowania ustawodawczego.

¹¹³ Tak m.in. **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 163; **T. Arp**, *Anfängliche...*, s. 145.

¹¹⁴ **G. Hartmann**, *Die Obligation...*, przyp. 10, s. 183. Autor odwołuje się tu do tekstu Paulusa (Paul. 5 Plaut.) D. 18,1,57 (zob. szerzej **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Nieważne zobowiązania...*, SPE 2011/LXXXIV, s. 227 i n.) oraz rozważań F. Mommsena (**F. Mommsen**, *Die Unmöglichkeit...*, s. 162–178).

¹¹⁵ W podsumowaniu należy dodać (za **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 161), że zarówno A. Brinz, jak i G. Hartmann skrytykowali także pojęcie subiektywnej niemożliwości F.C. v. Savigny’ego. **A. Brinz** (*Die Prästation...*, s. 285) ocenił je jako niezgodne z rzymskimi źródłami rozszerzenie przypadków niemożliwości, dokonał oddzielenia „osób od ich świadczeń” i uznał świadczenie obiektywnie niemożliwe w rozumieniu F.C. v. Savigny’ego jako „po prostu niemożliwe”; Subiektywną niemożliwość postrzegał zaś jako zwykłą „bezsilność osoby”. W Pandektach (**A. Brinz**, *Lehrbuch...*, s. 123) określił ją, wprowadzonym później do BGB 1900 pojęciem „niemożność osoby” (*Unvermögen der Person*). Z kolei **G. Hartmann** (*Die Obligation...*, s. 62 i n.) oparł się w swojej argumentacji na jednym ze znanych rzymskiemu *ius civile* sposobów umorzenia zobowiązania, mianowicie *concursum causarum*.

¹¹⁶ Zob. m.in. **A. Brinz** (*Lehrbuch...*, s. 126), który za jedynie słuszny spośród wszystkich przyjętych przez F. Mommsena podziałów niemożliwości uznał podział na niemożliwość początkową („natychmiastową”) i następczą; **H. Dernburg**, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. 2, 5. Aufl., Berlin 1897, § 16, s. 45 i n.; **B. Windscheid**, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2/1, Düsseldorf 1865, § 264 s. 45 i n., § 315 s. 181 i n. Nie było natomiast jasne, czy i jeśli tak, to w jakiej wysokości wierzyciel mógł żądać odszkodowania w sytuacji, gdy w chwili zawarcia umowy traktował świadczenie jako możliwe do spełnienia (zob. szerzej **R. Zimmermann**, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 695). W odniesieniu z kolei do odszkodowania z tytułu subiektywnej niemożli-

Wstępne prace nad prawem zobowiązań BGB rozpoczęto (nieukończonym) Częściowym projektem prawa obligacji (*Teilvorlage des Obligationenrechts*), w którym przepisy dotyczące przedmiotu umowy oraz skutków jej niewykonania zostały sformułowane przez F. v. Kübela¹¹⁷. W Projekcie tym znalazły się następujące przepisy:

§ 1 Umowy o świadczenia, które nie są możliwe, które sprzeczne są z ustawami albo dobrymi obyczajami, są nieważne. W szczególności nieważne są umowy o świadczenie rzeczy lub praw na rzeczach wyłączonych z obrotu.

wości początkowej nie było pewności, czy ma ono obejmować pozytywny interes umowy, czy tylko interes zaufania (Zob. szerzej, **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 153 i n.; **W. Demmer**, *Die Haftung des Schuldners für sein ursprüngliches Unvermögen zur Leistung nach gemeinem Recht in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches und nach geltendem Recht*, Köln 1974, s. 15 i n.). W przypadkach natomiast początkowej niemożliwości obiektywnej panowała pełna zgodność co do tego, że dłużnik powinien odpowiadać wyłącznie do wysokości interesu zaufania. To przekonanie było rezultatem opracowanej przez F. Mommsena teorii różnicy, która wysokość odszkodowania określała przez porównanie stanu majątku wierzyciela przed i po zaistnieniu zdarzenia wywołującego szkodę (**F. Mommsen**, *Zur Lehre...*, s. 1 i n.). Sporna pozostawała jedynie kwestia podstawy oraz zakresu odpowiedzialności. Podczas gdy F. Mommsen chciał pociągnąć dłużnika do odpowiedzialności za *dolus* lub *culpa lata* (**F. Mommsen**, *Die Unmöglichkeit...*, s. 109), to – jak podnosi M.J. Schermaier (HKK/**Schermaier**, Bd. II/1, § 275, nb. 18) – R. v. Jhering opowiadał się za ogólną odpowiedzialnością na zasadzie winy. R. v. Jhering widział bowiem zawinienie już w przyrzeczeniu niemożliwego świadczenia, czym podkreślał konieczność objęcia ochroną prawną samego zaufania wierzyciela co do ważnie powstałego roszczenia o spełnienie świadczenia: *Die culpa des Versprechenden liegt hier [...] darin, daß er einen Contract abschloß, ohne seiner Sache sicher zu sein* (**R. v. Jhering**, *Culpa...*, Bd. 2, 8. Aufl. s. 36). Z kolei B. Windscheid (**B. Windscheid/T. Kipp**, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M. 1900, § 315, przyp. 7, s. 291) – jeden z głównych kodyfikatorów BGB – podążając za koncepcją F.C. v. Savigny'ego (*Das Obligationenrecht...*, Bd. 2, s. 291 i n.), w ogóle przeciwstawił się takiej podstawie odpowiedzialności. Zob. ponadto stanowisko M.J. Schermaiera (**M.J. Schermaier**, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, [w:] *Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte*, Bd. 29, Wien, Köln, Weimar 2000, s. 591 i n.), który w przypadku nieświadomego przyrzeczenia przez dłużnika świadczenia niemożliwego dostrzega powstanie konkurencji pomiędzy początkową obiektywną niemożliwością świadczenia a problematyką uchylecia się od skutków czynności zawartej pod wpływem błędu. Stanowisko negujące istnienie takiej konkurencji w prawie współczesnym, zob. HKK/**Harke**, Bd. II/1, § 311a, nb. 15.

¹¹⁷ **F. v. Kübel**, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1882, [w:] **W. Schubert** (Hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse*, T. I: *Allgemeiner Teil*, Berlin, New York 1980, [dalej: **W. Schubert**, *Die Vorlagen I*].

§ 2 Jeżeli ten, kto przyrzekł drugiemu świadczenie, wiedział o niemożliwości albo jego niewiedza była wynikiem rażącego niedbalstwa [*grobe Fahrlässigkeit*], to świadczy drugiemu odszkodowanie, jeśli ten nie wiedział i nie powinien był wiedzieć o niemożliwości¹¹⁸.

W motywach podkreślano, „że przedmiotem ważnej umowy mogą być tylko świadczenia, które są możliwe i nie sprzeciwiają się ustawie i dobrym obyczajom”; Wskazywano również, że wypowiedź ta odnosi się do niemożliwości obiektywnej, „której podstawa leży w naturalnej albo prawnej, określonej przez ustawę właściwości ustalonego przedmiotu umowy”¹¹⁹, i której skutek pojawia się tylko wówczas, gdy istnieje ona w chwili jej zawarcia¹²⁰. W kwestii skutków prawnych początkowej niemożliwości F. v. Kübel przyjął, że „prawnie koniecznym następstwem nieważności umowy jest to, że w miejsce roszczenia o świadczenie umowne nie może wejść ani roszczenie o jego ekwiwalent ani roszczenie o odszkodowanie do wysokości pozytywnego interesu umowy. W grę wchodzić mogłoby jedynie roszczenie o naprawienie szkody, której doznał wierzyciel w wyniku tego, że liczył na zawarcie umowy – tak zwany negatywny interes umowy”¹²¹. W projekcie zdecydowano ponadto, że i ten rodzaj odpowiedzialności wyłączyć należy w sytuacji, w której druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o niemożliwości świadczenia¹²².

Projekt w opracowaniu F. v. Kübela potraktowany został jako materiał roboczy, na którym prowadziła obrady pierwsza Komisja Kodyfikacyjna. Reguła nieważności umowy o świadczenie niemożliwe w ogóle nie była tutaj przedmiotem debaty, a § 1 projektu ujmował ją w sposób następujący:

¹¹⁸ **W. Schubert**, *Die Vorlagen I*, s. 229. Projekt zawierał ponadto przepisy o częściowej niemożliwości świadczenia, gdzie w razie wątpliwości uznać należało całą umowę za nieważną, oraz wyraźne postanowienie, że ważne były umowy zawarte ze świadomością niemożliwości i pod warunkiem przyszłego odpadnięcia tej przeszkody. Niniejsze przedstawienie postępowania ustawodawczego opiera się i podane jest za **T. Arp**, *Anfängliche...*, s. 146 i n.

¹¹⁹ *Ibidem*, s. 232.

¹²⁰ F. von Kübel oparł się zatem na zasadach sformułowanych dla niemożliwości początkowej przez F. Mommsena, a spośród kwestii spornych na gruncie ówczesnego stanu nauki prawa jako niedostatecznie rozstrzygniętą przez ustawę postrzegał kwestię odpowiedzialności za sprzedaż nieistniejącej wierzytelności. Odpowiedzialność ta została zgodnie z § 9 projektu potwierdzona dla odpłatnych czynności prawnych. Tak **T. Arp**, *Anfängliche...*, s. 146.

¹²¹ **W. Schubert**, *Die Vorlagen I*, s. 239.

¹²² *Ibidem*, s. 233.

Umowa o świadczenie, które jest niemożliwe albo zabronione przez ustawę lub sprzeciwia się dobremy obyczajom, jest nieważna¹²³.

Jak podkreśla T. Arp, dyskusja dotyczyła wyłącznie kwestii związanej z systematyką kodeksu, mianowicie: czy tak samo brzmiący przepis w odniesieniu do czynności prawnych, przyjęty również bez sprzeciwu po naradzie pierwszej Komisji nad częścią ogólną BGB, nie będzie tam zbędny, skoro regulacja ta znalazła się już w części dotyczącej umów¹²⁴. Komisja podjęła decyzję o uregulowaniu tej problematyki wyłącznie w księdze dotyczącej prawa zobowiązań. Zrezygnowała natomiast z drugiego zdania § 1 projektu F. v. Kübela, z uzasadnieniem, że właściwe potraktowanie umowy o rzecz wyłączoną z obrotu wynika już z prawnej formuły zawartej w zdaniu 1¹²⁵.

W kwestii natomiast odpowiedzialności przyrzekającego świadczenie niemożliwe do spełnienia, pierwsza Komisja rozszerzyła jej zakres – z rażącego na lekkie niedbalstwo, i zaproponowała następujący przepis:

Jeżeli ten, kto przyrzekł drugiemu świadczenie niemożliwe, wiedział o niemożliwości albo jego niewiedza była wynikiem niedbalstwa, to świadczy drugiemu odszkodowanie stosownie do § 74 ust. 3 części ogólnej [...]. Odpowiedzialność nie powstaje, jeśli druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o niemożliwości¹²⁶.

Zwięzła treść nadana została późniejszemu § 306 BGB przez Wstępną Komisję Urzędu Sprawiedliwości Rzeszy (*Vorkommission des Reichsjustizamtes*), która instytucję początkowej niemożliwości świadczenia ponownie oddzieliła od regulacji zabronionych przez ustawę i sprzecznych z dobrymi obyczajami czynności prawnych. Ostateczna wersja została sformułowana w sposób następujący:

Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

¹²³ **H.H. Jakobs, W. Schubert** (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse*, Bd. 1: §§ 241–432, Berlin, New York 1978 [dalej: **H.H. Jakobs, W. Schubert**, *Die Beratung...*, **SchR, Bd. 1**], s. 370.

¹²⁴ **H.H. Jakobs, W. Schubert** (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Allgemeiner Teil*, Bd. 1: §§ 1–240, Berlin, New York 1985, s. 713.

¹²⁵ **H.H. Jakobs, W. Schubert**, *Die Beratung...*, **SchR, Bd. 1**, s. 371 i n.

¹²⁶ *Ibidem*, s. 374. Zgłoszony przez C. Kurlbauma wniosek, aby obciążyć odpowiedzialnością z *culpa in contrahendo* również odbierającego przyrzeczenie, został odrzucony, z zastrzeżeniem jednakże późniejszego powrotu do tej kwestii.

Sprzeczne z obyczajami i zabronione czynności prawne przeniesione zostały do części ogólnej BGB¹²⁷. Tak zmieniona regulacja podtrzymana została w trakcie obrad drugiej Komisji Kodyfikacyjnej oraz w Reichstagu i jako § 306 obowiązywała w Niemczech do 1 stycznia 2002 r.

W odniesieniu natomiast do obowiązku odszkodowawczego nie było wątpliwości, że obejmuje on wyłącznie interes zaufania, którego wysokość ograniczono jednakże *expressis verbis* do wysokości interesu umownego. W toku obrad wycofany został ponadto wniosek o ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej jedynie do przyrzekającego świadczenie, a większością głosów odrzucono wniosek o ukształtowanie tej odpowiedzialności jako niezależnej winy¹²⁸. W ten sposób utworono drogę¹²⁹ dla § 307 BGB, zgodnie z którym strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała lub powinna była wiedzieć o niemożliwości świadczenia, obowiązana była do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę, która nie doszła do skutku. Paragraf 307 starej wersji BGB ograniczał wysokość odszkodowania do wysokości interesu umownego, a obowiązek odszkodowawczy nie powstawał w ogóle, jeśli druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o niemożliwości świadczenia¹³⁰.

Materiały ustawodawcze wskazują wyraźnie, że – począwszy od Projektu F. v. Kübela aż do ostatecznej wersji BGB – wśród redaktorów panowała zgodność co do tego, iż tylko obiektywna początkowa niemożliwość stoi na przeszkodzie powstaniu zobowiązania. W trakcie obrad drugiej Komisji, C. Jacubezky zgłosił jednakże – istotny z dzisiejszej perspektywy – wniosek o całkowite skreślenie tej regulacji z BGB¹³¹. Wniosek uzasadnił tym, że reguła *Impossibilium* na płaszczyźnie pierwotnego obowiązku świadczenia jest tak

¹²⁷ *Ibidem*, s. 372.

¹²⁸ *Ibidem*, s. 378 i n.

¹²⁹ Tak **T. Arp**, *Anfängliche...*, s. 149.

¹³⁰ § 307 starej wersji BGB: (1) *Wer bei der Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss.* (2) *Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.*

¹³¹ Wniosek nr 46,1; **H.H. Jakobs**, **W. Schubert**, *Die Beratung...*, SchR, Bd. 1, s. 373.

oczywista, że w kodeksie po prostu zbędna. Podkreślał natomiast obecność w obrocie takich umów, w których niemożliwe jest wprawdzie spełnienie pierwotnego świadczenia, ale które rodzą obowiązki po stronie dłużnika. Jako przykład wskazywał tu w szczególności odpowiedzialność z tytułu rękojmi za sprzedaż nieistniejącej wierzytelności oraz za sprzedaż rzeczy pobawionych przyrzeczonych właściwości¹³². Carl Jakubezky podnosił, że ze względu na możliwość wtórnego świadczenia niewłaściwe jest takie rozwiązanie, zgodnie z którym przyrzeczenie świadczenia niemożliwego już w chwili zawarcia umowy uznane zostanie w każdym przypadku za nieskuteczne. Większość członków drugiej Komisji potraktowała jednakże wskazane przez C. Jakubezky'ego przykłady jedynie jako wyjątki od reguły i odrzuciła jego wniosek. Uznano, że sama reguła *Impossibilium* jest w swej istocie słuszna, nie neguje „dyspozytywnego charakteru normy” § 306 i nie stojąc na przeszkodzie potraktowaniu „umowy o świadczenie niemożliwe w pewnych okolicznościach jako przyrzeczenia gwarancyjnego”, powinna znaleźć należne jej miejsce w BGB¹³³.

6. Podsumowanie

W odniesieniu do wskazanego we wstępie niniejszego artykułu pytania o zasadność krytyki historycznej regulacji, wniosek zgłoszony przez C. Jakubezky'ego i argumentacja Komisji mają znamienne znaczenie. Pozwalają bowiem na sformułowanie ogólnego, choć zarazem trywialnego wniosku, że kwestie oczywiste dla ustawodawcy historycznego z perspektywy czasu i w połączeniu z postępującą nieznaną materiałow historycznych, oczywistymi być przestały. Jak słusznie podnosi M.J. Schermaier, ci bowiem, którzy znali argumentację historyczną i postrzegali regułę *Impossibilium* jedynie jako wyraz prawdy naturalnej, że od nikogo nie można domagać się niemożliwego¹³⁴, przyjmowali regulację początkowej niemożliwości

¹³² B. Mugdan (Hrsg.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 2: *Rechts der Schuldverhältnisse* [dalej: **Mugdan II**], Berlin 1899, s. 614 (=Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1 [dalej: **Prot. I**], Berlin 1897, s. 448).

¹³³ **Mugdan II**, (Prot. I, s. 448 i n.): [...] nicht ausgeschlossen, dass in einem auf eine unmögliche Leistung gerichteten Verträge unter Umständen ein Garantieverprechen gefunden werde.

¹³⁴ Zob. m.in. H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, Bd. 2: *Die Schuldverhältnisse*, 1. Abt.: *Allgemeine Lehren*, 3. Aufl., Halle 1905, s. 139: *natürlicher-*

z BGB 1900 jako systemowo spójną i niebudzącą żadnych wątpliwości natury dogmatycznej¹³⁵. Ci natomiast, którzy w regule *Impossibilium* dostrzegali zasadę prawa cywilnego, mówiącą o tym, że każda umowa o świadczenie od początku obiektywnie niemożliwe powoduje nieważność całej umowy, z łatwością wpadali w pułapkę, przed którą przestrzegał C. Jakubezky. Narastające, choć – co wynika z materiałów źródłowych – bezzasadnie wywołane wokół § 306 i n. BGB kontrowersje doprowadziły ostatecznie do usunięcia tych norm w drodze reformy 2002 r. i włączenia niemożliwości początkowej do ogólnej koncepcji niewykonania zobowiązania.

Nie ma wątpliwości, że na płaszczyźnie pierwotnego obowiązku świadczenia nowa regulacja nie mogła i nie wprowadziła w odniesieniu do początkowej niemożliwości obiektywnej żadnych istotnych zmian. Podczas gdy w BGB 1900 obowiązek takiego świadczenia nie istniał, to obecnie, zgodnie z § 275 ust. 1, jest on wyłączony. W obu przypadkach nie wymaga się od dłużnika świadczenia w chwili zawarcia umowy obiektywnie niemożliwego do spełnienia – *Impossibilium nulla obligatio est*¹³⁶.

O ile w świetle materiałów historycznych nie ma przeszkód, by zgodzić się z tezą, że treścią reguły Celsusa jest wyłączenie roszczenia o świadczenie od początku obiektywnie niemożliwe do spełnienia, to zdecydowanie zanegować należy tezę, że reguła ta może objąć swoim zakresem także niemożliwość następczą oraz subiektywną (początkową i następczą) świadczenia. Paradoksalnie teza, którą z łatwością można zanegować sięgając do materiałów historycznych, stała się zalążkiem dyskusji, której skutkiem jest godząca w zasady dogmatyki zmiana prawa¹³⁷.

weise; **P. Oertmann**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen*, Bd. 2: *Recht der Schuldverhältnisse*, 3/4. Aufl., Berlin 1910, § 306, Nr 1: *Natur der Sache*; **M. Löwisch**, [w:] **J. v. Staudinger**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12. Aufl., Berlin 1979, § 306, nb. 2.

¹³⁵ HKK/Schermaier, Bd. II/1, § 275, nb. 54.

¹³⁶ Par. 311a ust. 1 BGB, który mówi *expressis verbis* o skuteczności takiej umowy, wskazuje jedynie to, co podkreślał C. Jakubezky i co w drodze wykładni wynikało z § 306 starej wersji BGB. Mianowicie, że dopuszczalne jest na gruncie prawa umów skuteczne zawarcie umowy pozbawionej pierwotnego(ych) obowiązku(ów) umownego(ych), a rodzącej jedynie obowiązek wtórny w postaci obowiązku odszkodowawczego.

¹³⁷ Poza niniejszym opracowaniem pozostać musi ze względu na jej szeroki zakres kwestia porównania i oceny zmian wprowadzonych na płaszczyźnie obowiązku odszkodowawczego. W odniesieniu do nowej regulacji problem dotyczy m.in. uzasadnienia opartej na zasadzie winy koncepcji odpowiedzialności dłużnika do wysokości dodatniego interesu w przypadku

Bibliografia

- Arp T.**, *Anfängliche Unmöglichkeit. Zum Verständnis von § 306 BGB*, Paderborn 1988.
- Brinz A.**, *Die Prästation unmöglicher Leistungen*, [w:] Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1857/5.
- Brinz A.**, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., Bd. 2/1, Erlangen 1879.
- Demmer W.**, *Die Haftung des Schuldners für sein ursprüngliches Unvermögen zur Leistung nach gemeinem Recht in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches und nach geltendem Recht*, Köln 1974.
- Dernburg H.**, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, Bd. 2: *Die Schuldverhältnisse*, 3. Aufl., Halle 1905.
- Dernburg H.**, *Lehrbuch der Pandekten*, 5. Aufl., Bd. 2, Berlin 1897.
- Emmerich V.**, *Inhalt des Schuldverhältnisses – Leistungsstörungen*, [w:] *Vahlers Rechtsbücher Reihe, Zivilrecht*, Bd. 1: *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrecht*, München 1974.
- Erman W.**, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden*, Bd. 1, 10. Aufl., Münster 2000.
- Fischer H.A.**, *Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, JherJb 1897/37.
- Göschel J.F.L.**, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Bd. II/2, 2. Aufl., Göttingen 1839.
- Harting F.**, *Die „positiven Vertragsverletzungen“ in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Hamburg 1967.
- Hartmann G.**, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen 1875.
- Hugo G.**, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Bd. 4: *Institutionen des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1798.
- Jakobs H.H.**, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969.
- Jakobs H.H., Schubert W.** (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Allgemeiner Teil*, Bd. 1: §§ 1–240, Berlin, New York 1985.
- Jakobs H.H., Schubert W.** (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse*, Bd. 1: §§ 241–432, Berlin, New York 1978.
- Jhering v. R.**, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, JherJb 1861/4.
- Knorr E.W.**, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre im gemeinen Recht*, Würzburg 1960.
- Kübel v. F.**, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1882, [za:] W. Schubert (Hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse*, T. I: *Allgemeiner Teil*, Berlin, New York 1980.
- Mommsen F.**, *Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa*, [w:] *Beiträge zum Obligationenrecht*, 3. Abth., Braunschweig 1855.

przeszkody w świadczeniu istniejącej już w chwili zawarcia umowy (§ 275 ust. 1 w zw. z § 311a ust. 2 BGB). Problematyka ta jest przedmiotem kolejnego zawartego w tym tomie artykułu (s. 125–156).

- Mommsen F.**, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, [w:] *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1. Abth., Braunschweig 1853.
- Mommsen F.**, *Zur Lehre von dem Interesse*, [w:] *Beiträge zum Obligationenrecht*, 2. Abth., Braunschweig 1855.
- Mugdan B.** (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 2: *Rechts der Schuldverhältnisse*, Berlin 1899 (=Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, Berlin 1897).
- Oertmann P.**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen*, 2. Buch: *Recht der Schuldverhältnisse*, 3/4. Aufl., Berlin 1910.
- Palandt O.**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 38. Aufl., München 1979.
- Puchta G.F.**, *Pandekten*, 3. Aufl., Leipzig 1845.
- Savigny v. F.C.**, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1851.
- Savigny v. F.C.**, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, Berlin 1853.
- Savigny v. F.C.**, *Pandektenvorlesung 1824/25*, [w:] H. Hammen (Hrsg.), *Ius Commune – Sonderhefte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, 62; *Savignyana*, Bd.1, Frankfurt am Main 1993.
- Savigny v. F.C.**, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840.
- Savigny v. F.C.**, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Heidelberg 1840.
- Schermaier M.J.**, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, [w:] *Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte*, Bd. 29, Wien, Köln, Weimar 2000.
- Schmoeckel M., Rückert J., Zimmermann R.** (Hrsg.), *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II/1; II/2, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen 2007.
- Skrzywanek-Jaworska D.**, *Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185) a początkowa niemożliwość świadczenia w prawie niemieckim*, SPE 2010/LXXXI.
- Skrzywanek-Jaworska D.**, *Nieważne zobowiązania ex stipulatione. Znaczenie Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185) w prawie rzymskim*, SPE 2011/LXXXIII.
- Skrzywanek-Jaworska D.**, *Nieważne zobowiązania ex venditione. Nec emptio nec venditio sine re quae veniat potest intellegi (D. 18,1,8 pr.) Pomponiusa a Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185)*, SPE 2011/LXXXIV.
- Staudinger v. J.**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12. Aufl., Berlin 1979.
- Ude E.**, *Ueber die Bedeutung des Satzes: „Impossibilium nulla obligatio”*, AcP 1865/48.
- Wächter C.G.**, *Doctrina de conditione causa data causa non secuta*, Tubingae 1822.
- Wächter C.G.**, *Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?*, AcP 1832/15.
- Windscheid B.**, *Besprechung der „Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abtheilung. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse“*, von Friedrich Mommsen, *Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft* [Heidelberg] 1855/2.
- Windscheid B.**, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2/1, Düsseldorf 1865.
- Windscheid B., Kipp T.**, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 1900.