

Dagmara SKRZYWANEK-JAWORSKA*

**NIEWAŻNE ZOBOWIĄZANIA *EX STIPULATIONE*.
ZNACZENIE *IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO EST*
CELSUSA (D. 50,17,185) W PRAWIE RZYMSKIM**

Zmiany wprowadzone nowelizacją BGB w zakresie instytucji początkowej niemożliwości świadczenia¹ wzbudziły dyskusję na temat rozumienia zdania Celsusa *Impossibilium nulla obligatio est* (D. 50,17,185; Celsus 8 dig.) zarówno wśród cywilistów, jak i romanistów. Zgodnie z systematyką BGB, rozważania o początkowej niemożliwości prowadzi się współcześnie w odniesieniu do umownego stosunku zobowiązaniowego, a konkretnie – do problematyki niewykonania zobowiązania na skutek przeszkody istniejącej w chwili zawarcia umowy. Wynikający z treści § 306 starej wersji BGB skutek w postaci nieważności umowy o świadczenie, od początku niemożliwe do spełnienia, zgodnie z rozpowszechnionym w literaturze przedmiotu poglądem, tożsamy był z twierdzeniem Celsusa i wywodził się z prawa rzymskiego. W odpowiedzi na krytykę regulacji tej instytucji w BGB 1900, ustawowe sformułowanie reguły Celsusa uległo w drodze nowelizacji istotnej zmianie. Zgodnie z brzmieniem § 311a ust. 1 BGB, umowa o świadczenie w chwili jej zawarcia niemożliwe do spełnienia jest skuteczna, a na podstawie § 275 ust. 1 BGB wyłączone zostaje jedynie roszczenie o spełnienie świadczenia niemożliwego – *impossibilium nulla obligatio est*.

Utożsamienie twierdzenia Celsusa z treścią § 306 starej wersji BGB lub, po zmianie stanu prawnego, z treścią § 275 ust. 1 BGB wydaje się być w odniesieniu do prawa rzymskiego wysoce problematyczne. Zakłada ono bowiem, że tak rozumiana reguła prawa (*regula iuris*) w prawie rzymskim obowiązywała, a więc, iż prawnicy rzymscy powoływali się na nią w argumentacji uzasadnia-

* Dr, LL.M. (Münster), adiunkt w Katedrze Prawa Rzymskiego, Uniwersytet Łódzki.

¹ Zob. D. Skrzywanek-Jaworska, *Impossibilium nulla obligatio est* Celsusa (D. 50,17,185) a początkowa niemożliwość świadczenia w prawie niemieckim, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 2010, t. LXXXI, s. 131 i n.

jącej rozstrzyganie określonej grupy przypadków. Tymczasem nie jest pewne, w jakich okolicznościach Celsus stwierdził, że *impossibilium nulla obligatio est*. Fragment z księgi 8. *digestorum* Celsusa, z tytułu *Empti venditi*, przekazany został bez wyraźnej wskazówki interpretacyjnej jako fragment 185 w 17. tytule 50. księgi Digestów justyniańskich (*De diversis regulis iuris antiqui*). W kwestii znaczenia, jakie Rzymianie przypisywali twierdzeniu rzymskiego prawnika, można opierać się zatem wyłącznie na mniej lub bardziej prawdopodobnych hipotezach. Celsus twierdzi, że „nie ma obligacji na niemożliwym”. Powstaje wątpliwość, czy wypowiedź Celsusa uprawnia do interpretowania jej na gruncie prawa rzymskiego tak, jak w prawie współczesnym, czyli w relacji niemożliwości oraz obowiązku świadczenia².

W literaturze przedmiotu zgodnie przyjmuje się, że Rzymianie w części prawa zobowiązań rozwiązali instytucjonalnie problem początkowej niemożliwości³, a podręczniki do prawa rzymskiego jako dowód na potwierdzenie tej

² Wybór, analiza źródeł oraz argumentacja i formułowane wnioski dotyczące problematyki niemożliwości w prawie rzymskim opierają się na pracach T. Arpa (*Anfängliche Unmöglichkeit*, Paderborn 1988), W. Flume (*Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990) oraz M. J. Schermaiera ([w:] *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB* [dalej: **HKK/autor**]; M. Schmoedel, J. Rückert, R. Zimmermann (Hrsg.), t. II/1, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen 2007 § 275 BGB; idem, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte [dalej: **ZSS**] 1998, 115, s. 235 i n.; idem, *Impossibilium nulla obligatio est* Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht, *Annali del Dipartimento di storia del diritto. Università di Palermo* [dalej: **AUPA**] 2006, 51, s. 241 i n.).

³ M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* [dalej: **RP I**], Wyd. 2, München 1971, s. 489 i n.; E. Rabel, *Origine de la règle: „Impossibilium nulla obligatio”*, [w:] H. G. Leser (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 4: *Arbeiten zur altgriechischen, hellenistischen und römischen Rechtsgeschichte 1905-1949*, Tübingen 1971, s. 105 i n. (=Mélange Gérardin, Paris 1907, s. 473 i n.); D. Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, *ZSS* 1969, 86, s. 67 i n.; F. Peters, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, [w:] D. Medicus, H. H. Seiler (Hrsg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, [dalej: **FS Kaser**], s. 285 i n.; Ch. Wollschläger, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln Wien 1980, s. 7 i n.; T. Arp, *Anfängliche...*, 3 i n.; W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990, s. 99 i n.; F. J. Cuena Boy, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica*, Valladolid 1992, s. 17 i n.; J. D. Harke, *Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung*, *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler* 2001 [dalej: **JbJZ 2001**]; T. Helms, D. Neumann, G. Caspers, R. Sailer, M. Schmidt-Kessel (Hrsg.), Stuttgart 2001, s. 29 i n.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 686 i n.; A. Rodeghiero, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padua 2004, s. 17 i n.; M. J. Schermaier, [w:] **HKK/Schermaier**, t. II/1, § 275, nb. 12 i n.

tezy powołują sformułowanie zasady *Impossibilium nulla obligatio est*. Przeważa w nich pogląd, że ważne zobowiązanie mogło powstać w prawie rzymskim tylko wtedy, gdy w chwili zawarcia umowy świadczenie było fizycznie lub prawnie możliwe do spełnienia⁴. W argumentacji tej utożsamia się ponadto nieważność umowy z jej bezskutecznością podkreślając, że i Rzymianie nie dokonywali takiego rozróżnienia⁵. Szczegółowa analiza rzymskich źródeł doprowadziła większość autorów do wniosku, że tak rozumiana zasada *impossibilium* znajdowała zastosowanie w odniesieniu do dwóch rodzajów zobowiązań: *ex venditione* oraz *ex stipulatione*⁶. W rezultacie badań przyjęto, że nieważność

⁴ Zob. m.in. M. Kaser, RP I, s. 489 i n.; P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, *Römisches Privatrecht* [dalej: **RP**], [w:] *Römisches Recht*, Wyd. 3, Heidelberg 1949, s. 104 i n.; H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung* [dalej: **RR**], t. 1: *Römisches Privatrecht*, Wyd. 1, Berlin 1928, s. 175 i n.; M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, Wyd. 18, München 2005, s. 167; W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Wyd. 3, Cambridge 1963, s. 420 i n.; nieco odmienne stanowisko i tylko w odniesieniu do sprzedaży F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 532; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Wyd. 1, Warszawa 1955, s. 187; W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Wyd. 1, Warszawa 1962, s. 350; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Wyd. 2, Poznań 1992, s. 150; W. Bojarski, *Prawo rzymskie*, Wyd. 1, Toruń 1994, s. 154; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Wyd. 1, Zakamycze 1999, s. 225; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Wyd. 3, Warszawa 2001, 204 i n.; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Wyd. 5, Warszawa 2001, s. 346; A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Wyd. 1, Warszawa 2003, s. 272. Por. ujęcie prawnoporównawcze, W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 470 i n.

⁵ W przedmiocie rozumienia *inutilis* w prawie rzymskim, zob. O. Gradenwitz, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin 1887; F. Hellmann, *Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, ZSS 1902, 23, s. 381 i n. oraz ZSS 1903, 24, s. 50 i n.; W. Flume, *Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker*, ZSS 1975, 92, s. 73 i n.

⁶ Zob. m.in. M. Kaser, RP I, s. 490; E. Rabel, *Origine...*, [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 4, s. 134 i n. (=Mélange Gérardin, s. 511 i n.); W. W. Buckland, *A Text-Book...*, s. 420; HKK/Harke, t. II/1, § 311a, nb. 3 i n.

O *impossibilium nulla obligatio* jako uniwersalnej zasadzie racjonalności, zob. W. Dajczak, *La generalizzazione della regola impossibilium nulla obligatio nella dogmatica moderna. Riflessioni nella prospettiva delle esperienze polacche del XX sec.*, [w:] B. Sitek, A. R. Jurewicz, A. Świętoń (red.), *Riflessioni in materia di oggetto della prestazione del diritto contrattuale europeo alla luce delle radici storiche. Prospettive di unificazione del diritto contrattuale europeo. Confronto tra alcune esperienze giuridiche nazionali e le loro basi storiche*, Olsztyn 2007, s. 31 i n.; idem, *Brak reguły impossibilium nulla obligatio z Zasadach Europejskiego Prawa Umów – przykład odrzucenia czy ewolucji tradycji prawa rzymskiego?*, [w:] W. Uruszczak, P. Święcicka, A. Kremer (red.), *Leges Sapere. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków 2008, s. 121 i n.; zob. także B. Sitek, *Impossibilium nulla obligatio est* (D.50.17.185). *L'impossi-*

miała miejsce niemalże bez wyjątków w zobowiązaniach ze stypulacji, a w zobowiązaniach z kontraktu kupna-sprzedaży liczne były, w miarę rozwoju prawa, wyjątki takie, jak choćby: ważna sprzedaż nieistniejącej wierzytelności, rzeczy wyjętej w obrotu, czy człowieka wolnego w przeświadczeniu, że był niewolnikiem. Problematyka nieważnych zobowiązań *ex venditione* zostanie przedstawiona w osobnej publikacji.

W odniesieniu do stypulacji, to jest jednostronnego przyrzeczenia świadczenia *stricti iuris*, doktryna wskazuje na typowe przykłady niemożliwości świadczenia zawarte w Instytucjach Gaiusa⁷:

G. Inst. 3,97 + 97a

97. *Si id quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum, quem servum esse credebat, aut mortuum, quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur.* 97a. *<Item si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, velut hippocentaurum, dari stipuletur>, aequae inutilis est stipulatio*⁸.

Nieważne jest stypulacyjne przyrzeczenie *dare* człowieka wolnego, którego przyrzekający mylnie uważa za niewolnika⁹; zmarłego niewolnika, o którym przyrzekający sądził, że żyje; miejsca świętego lub otoczonego czcią (*locum sacrum vel religiosum*), o którym sądził, że podlega prawu ludzkiemu¹⁰; tego, co nie może istnieć w naturze (*quae in rerum natura esse non potest*), np. hippocentaury. Te same przykłady świadczeń niemożliwych zawarte są w Instytucjach Justyniana:

Inst. 3,19,1

At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.

Jeśli ktoś formalnie przyrzeka *dare* rzeczy, która w przyrodzie nie istnieje (*in rerum natura non est*) albo istnieć nie może, na przykład Stichusa, który zmarł, a o którym przyrzekający sądził, że żyje, albo hippocentaury, który istnieć nie może, to formalne przyrzeczenie jest nieważne¹¹. Zgodnie z dokonanym

bilità originaria della prestazione in alcuni sistemi giuridici. Uno studio giuridico-comparato, [w:] B. Sitek, A. R. Jurewicz, A. Świętoń (red.), *Riflessioni in materia...*, s. 67 i n.

⁷ Zob. m.in. M. Kaser, RP I, s. 492; D. Medicus, *Zur Funktion...*, ZSS 86, s. 67 i n.; G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Wyd. 3, Torino 1966, s. 40 i n.

⁸ Zob. także D. 45,1,35 pr. (Paul. 12 Sab.).

⁹ Zob. także D. 44,7,1,9 (Gai. 2 aur.); D. 45,1,83,5 (Paul. 72 ed.); D. 45,1,103 (Mod. 5 pand.).

¹⁰ Zob. także D. 45,1,83,5 (Paul. 72 ed.); D. 45,1,34 (Ulp. 48 sab.).

¹¹ Zob. także przykłady świadczeń niemożliwych zawarte w Inst. 3,19,2.

w literaturze przeglądem źródeł znaleźć można ponadto teksty, z których wynika, że nabycie własności w prawie rzymskim było niemożliwe, jeśli przyrzeczona rzecz należała już do wierzyciela¹². Nieważna była również umowa, w której czas potrzebny do spełnienia świadczenia został tak wąsko określony, że niemożliwe było spełnienie świadczenia w terminie¹³. Według Justyniana, prawnicy klasyczni uważali za niemożliwe także świadczenie polegające na wybudowaniu domu, gdy przyrzeczenie składane jest na łożu śmierci¹⁴.

W powyższych przypadkach, zgodnie z dominującym stanowiskiem doktryny, przyjmuje się istnienie początkowej (obiektywnej) niemożliwości świadczenia i formułuje się wniosek, że fizyczna lub prawna niemożliwość świadczenia stała na przeszkodzie powstaniu zobowiązania¹⁵. Słusznie zauważa T. Arp, że na pierwszy plan wysuwa się pytanie o to, czy świadczenie było możliwe do spełnienia w chwili dokonywania stypulacji, i dopiero po stwierdzeniu możliwości świadczenia przyjmuje się, że stypulacja rodziła obowiązek po stronie przyrzekającego¹⁶. Oznacza to, zdaniem autora, że wypowiedź Gaiusa: [...] *stipulatio hippocentaurum dari* jest *inutilis* interpretowane jest w ten sposób, iż stypulacja nie rodzi skutku prawnego w postaci obowiązku przeniesienia własności hipocentaury – zobowiązanie zatem nie powstaje. Innymi słowy, że początkowa niemożliwość świadczenia wywierała w prawie rzymskim wpływ jedynie na mogący powstać w drodze stypulacji stosunek prawny – zobowiązanie, a nie na stanowiący źródło tego stosunku prawnego akt prawny – *stipulatio*¹⁷.

¹² D. 44,7,1,10 (Gai. 2 aur.); G. Inst. 3,99; D. 45,1,87 (Paul. 75 ed.); D. 45,1,82 pr. (Ulp. 78 ed.).

¹³ D. 45,1,141,4 (Gai. 2 verb. abl.); D. 13,4,2,6 (Ulp. 27 ed.).

¹⁴ C. 8,37,15 (532): *Si quis sponderat insulam, cum moriebatur, aedificare stipulatori, impossibilis videbatur huiusmodi stipulatio*.

¹⁵ Zob. m.in. M. Kaser, RP I, s. 489 i n.; P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, RP, s. 104 i n.; H. Siber, RR, s. 175, który stwierdza, że „obiektywna możliwość świadczenia jest oczywistą, logiczną przesłanką obowiązku świadczenia [...]. Rzymianie uznaliby stypulację już wtedy za nieważną, gdy świadczenie od początku niemożliwe było do spełnienia, a nie wtedy, gdy świadczenie było nie do wyobrażenia lub nie do oszacowania w pieniądzu”.

¹⁶ T. Arp, *Anfängliche*..., s. 65.

¹⁷ *Ibidem*. Zob. także E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, [w:] H. G. Leser (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 1: *Arbeiten zum Privatrecht 1907-1930*, Tübingen 1965, s. 2 i n. (=Aus Römischen und Bürgerlichem Recht. Ernst Emmanuel Bekker zum 16. August 1907 [dalej: **FS Bekker**], Weimar 1907, s. 174 i n.); idem, *Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis*, [w:] H. G. Leser (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, Tübingen 1965, s. 59 i n. (=Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 1911, 3, s. 470 i n.); por. idem, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht*, [w:] H. G. Leser (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, Tübingen 1965, s. 85 (=Wiener Juristische Gesellschaft, (Hrsg.), Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, t. 2, Wien 1911, s. 829).

Liczni autorzy, w tym M. Kaser, poszukują w związku z powyższą interpretacją korzeni reguły *impossibilium nulla obligatio est* w konstrukcji formułki procesowej, w postępowaniu *stricti iuris* o *dare certae rei*¹⁸. Stypulacja była kontraktem ścisłego prawa (*stricti iuris*). W formułce procesowej zapisywano *certum*, czyli określoną rzecz lub ilość rzeczy oznaczonych gatunkowo. Sędzia miał obowiązek zasądzić, „jeśli okaże się, że pozwany powinien powodowi dać”. Jeśli rzecz mająca być przedmiotem umowy uległa zniszczeniu przed zawarciem umowy, na przykład niewolnik zmarł, to sędzia powinien oddalić skargę, ponieważ „nie mogło się okazać, że powinien dać” („*Logik der Formel*”). Logika formułki procesowej bezpośrednio potwierdza zasadę, że nie można było w prawie rzymskim skutecznie przyrzec świadczenia od początku niemożliwego do spełnienia¹⁹. Wniosek jednak, że początkowa niemożliwość świadczenia stała na przeszkodzie powstaniu zobowiązania z konstrukcji formułki procesowej wprost nie wynika i wymaga, zdaniem T. Arpa, wyraźnego określenia leżącej poza formułką przyczyny nieważności stypulacji²⁰. Autor ten twierdzi, opierając się na poglądach D. Medicusa, że wskazanie przyczyny nieważności stypulacji „wykracza jednakże poza myślowo konieczny skutek niemożliwości świadczenia, ponieważ jej naturalną konsekwencją jest jedynie to, że wierzyciel nie zostanie zaspokojony w naturze. W tych porządkach prawnych, które zarówno w wyroku, jak i późniejszej egzekucji gwarantują wierzycielowi umownie przyrzeczone świadczenie, zawsze pojawia się problem, jak

¹⁸ M. Kaser, RP I, s. 513 oraz F. Wieacker, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, [w:] *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, t. 1, München, Berlin 1965 [dalej: **FS Nipperdey**], s. 801, a także Ch. Wollschläger, *Die Entstehung...*, s. 11, podkreślają literalną interpretację formułki procesowej, której *intentio* w sytuacji niemożliwości zaskarżonego świadczenia jest nieprawdziwa („*unwahr sei*”), nie zgadza się („*nicht stimme*”) lub nie jest słuszna („*nicht zutreffe*”); zob. także R. Zimmermann, *The Law...*, s. 689. Przyjęte w literaturze sformułowanie „*Logik der Formel*” pochodzi od H. Sibera, RR, s. 250. O formułce procesowej zob. m.in.: W. Litewski, *Rzymski proces cywilny*, Warszawa, Kraków 1988, s. 52 i n.; M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, [dalej: **ZP**], München 1966, s. 235 i n.; F. Schulz, *Classical...*, s. 19 i n.

¹⁹ Wypada dodać, że tak rozumiana zasada *impossibilium* nie mogła mieć w prawie rzymskim zastosowania do następczej niemożliwości świadczenia ze względu na istnienie konstrukcji *perpetuatio obligationis* (tzw. „uwiecznienia zobowiązania”). M. J. Schermaier (*Impossibilium nulla obligatio...*, AUPA 51, s. 248) twierdzi, że jeśli, na przykład, przedmiotem zobowiązania było świadczenie polegające na przeniesieniu własności niewolnika, który zmarł, gdy dłużnik był w zwłoce lub zmarł na skutek okoliczności, za które dłużnik odpowiadał, to zobowiązanie nie gasło, pomimo że świadczenie niewolnika stało się niemożliwe do spełnienia: *tenetur nihilo minus, perinde ac si homo viveret*, D. 45,1,82,1 (Ulp. 78 ed.). O konstrukcji *perpetuatio obligationis*, zob. m.in. T. Mayer-Maly, *Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91*, Iura-Rivista internationale di diritto romano e antico [dalej: **IURA**] 1956, 7, s. 6 i n.; M. Kaser, *Perpetuari obligationem*, *Studia et documenta historiae et iuris* [dalej: **SDHI**] 1980, 46, s. 87 i n.

²⁰ T. Arp, *Anfängliche...*, s. 98. Tak też D. Medicus, *Zur Funktion...*, ZSS 86, s. 70.

pogodzić ze sobą materialnoprawne roszczenie, sentencję wyroku i egzekucję przymusową²¹. W klasycznym prawie rzymskim problem ten nie istniał, ponieważ obowiązywała zasada *condemnatio pecuniaria*²², a więc niezależnie od treści żądania, wszystkie wyroki opiewały na świadczenie w pieniądzu²³. Słusznie zatem podkreśla D. Medicus, że wyjaśnienie koncepcji niemożliwości świadczenia w prawie rzymskim w oparciu o logikę formułki zakłada, że zasada nieważności zobowiązania o świadczenie niemożliwe „nie była wynikiem umotywowanej w racjonalny sposób próby rozwiązania tego problemu przez rzymską jursprudencję, ale jako niezamierzona reakcja na sztywną interpretację formułki była jedynie prymitywną i pozbawioną celu odpowiedzią na

²¹ D. Medicus, *Zur Funktion...*, s. 67.

²² Zob. M. Kaser, *ZP*, s. 371 i n.; P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, *Abriß des Römischen Zivilprozessrechts*, [w:] *Römisches Recht*, Wyd. 3, Heidelberg 1949, s. 371. H. H. Jakobs (*Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, s. 175 i n.) twierdzi natomiast, że w tego względu, iż system *condemnatio pecuniaria* zmierzał do urzeczywistnienia odpowiedzialności dłużnika, a nie do wyegzekwowania roszczenia o spełnienie świadczenia, klasyczna rzymska jursprudencja nie mogła wypracować instytucji niemożliwości świadczenia. Krytycznie w sto-sunku do tego stanowiska J. D. Harke (*Unmöglichkeit und...*, *JbJZ* 2001, s. 30 i n.), który za-rzuca H. H. Jacobsowi niedocenianie znaczenia oraz różnorodności wypracowanych w prawie rzymskim formułek procesowych. Autor podkreśla, że dłużnik mógł być wprawdzie zawsze zasądzony na świadczenie w pieniądzu, ale punkt styyczny tej odpowiedzialności precyzowany był właśnie w *intentio* formułki procesowej i zmieniał się w zależności od treści zobowiązania. Podstawą orzeczenia przy *formula certa* było, zdaniem J. D. Harke, niewykonanie wskazanego w treści stypulacji obowiązku świadczenia, a przy *formula incerta* – naruszenie stwierdzonego dopiero przez sędziego obowiązku dłużnika. Zatem orzeczenie naruszenia obowiązku zawężo-ne było przy skargach o *certum* do niewykonania określonego obowiązku świadczenia, a od-powiedzialność dłużnika mogła od początku odpaść tylko w przypadku niemożliwości: „Ponieważ przeniesienie własności oznaczało tu nie tylko oczekiwane zachowanie ze strony dłużnika, ale przede wszystkim jego wynik w postaci przejścia tej własności na kupującego, dlatego niewykonanie oznaczało zawsze brak celu świadczenia, a niemożliwość – nieosiągal-ność wyniku w postaci przeniesienia własności”. Stanowiskiem tym J. D. Harke krytykuje jednocześnie teorię F. Wieackera (*Leistungshandlung und...*, [w:] *FS Nipperdey*, s. 783 i n.), który różnicę pomiędzy obowiązkiem określonego zachowania dłużnika a jego odpowiedzial-nością za skutek świadczenia uzasadnia w oparciu o klauzulę *bona fides*. Zdaniem J. D. Harke, w przypadku *formula incerta* to nie klauzula *bona fides* decydowała o większej swobodzie sędziego dotyczącej stwierdzania obowiązków dłużnika, ale różnice w przeznaczeniu tych obowiązków. Zob. także R. Zimmermann, *The Law...*, s. 690 i n.

²³ T. Arp, *Anfängliche...*, s. 66. Zdaniem D. Medicusa (*Zur Funktion...*, *ZSS* 86, s. 68), jeśli nie chodziło o wierzytelności pieniężne, to „wyrok opiewający na zapłatę w pieniądzu odnosił się zawsze do przedmiotu, który dłużnik albo miał, albo, na który dało się zamienić jego majątek, a w razie konieczności – przez sprzedaż za Tybr – również jego osobę. Dlatego nie było w prawie rzymskim, tak jak współcześnie w prawie materialnym, konieczności uwzględnienia subiektywnej, leżącej po stronie dłużnika, niemożliwości świadczenia”.

behradność wobec tego problemu²⁴. Odwołując się do dorobku doktryny, T. Arp podkreśla ponadto, że zgodnie z logiką formułki *dare oportere* musiało być rozumiane wyłącznie w najwęższym tego sformułowania znaczeniu – jako „zobowiązanie do świadczenia pierwotnego”, bez uwzględnienia związanej z długiem odpowiedzialności²⁵. Inaczej byłoby w przypadku *dare facere oportere*, które, „obejmując całą treść zobowiązania, dotyczyło wprawdzie w pierwszej kolejności obowiązku spełnienia świadczenia w naturze, ale zarazem, nawet, jeśli tylko warunkowo, także odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania”²⁶.

W opozycji do koncepcji logiki formułki procesowej, D. Medicus dostrzegł przyczynę nieważności zobowiązania o świadczenie niemożliwe w trudności związanej z *litis aestimatio* przedmiotu świadczenia. Ze względu na to, że zasądzenie w procesie mogło opiewać tylko na pewną sumę pieniędzy, przedmiot świadczenia musiał mieć wartość majątkową, aby czynić zadość wymogom zasady kondemnacji pieniężnej. Okoliczność, że w przypadkach początkowej niemożliwości brak było przedmiotu świadczenia o realnej wartości, zasądzenie wykluczała²⁷. Teoria D. Medicusa nie daje się obronić, zdaniem T. Arpa, z dwóch powodów. Po pierwsze – jest sprzeczna z ogólną wiedzą na temat prawa rzymskiego i rzymskich jurystów, którzy decyzji merytorycznych nie uzależniali od problemów natury dowodowej²⁸. Po drugie – nie jest w stanie wyjaśnić, dlaczego w przypadkach *perpetuatio obligationis* zobowiązanie dłużnika pozostawało ważne, pomimo braku przedmiotu świadczenia i trudności w oszacowaniu jego wartości, a przy niemożliwości początkowej zasadniczo

²⁴ D. Medicus, *Zur Funktion...*, ZSS 86, s. 69. Stanowisko D. Medicusa oraz T. Arpa popiera w tym zakresie (*bloÙe Formellogik*) J. D. Harke, *Unmöglichkeit und...*, JbJZ 2001, s. 39.

²⁵ Tak T. Arp, *Anfängliche...*, s. 98. Autor wskazuje ponadto, że „dług, *oportere*, rozwinął się z uzgodnionej przez strony możliwości zastąpienia pierwotnej odpowiedzialności osobistej dłużnika za niewykonanie zobowiązania, świadczeniem majątkowym (zob. M. Kaser, RP I, s. 150 i n.). W tej konstrukcji niemożliwość spełnienia świadczenia prowadziła w logiczny sposób do odpowiedzialności dłużnika, ponieważ niemożliwe było jedynie wyłączenie odpowiedzialności osobistej, ale nie odpowiedzialności w ogóle”.

²⁶ *Ibidem* z odwołaniem m.in. do: G. Hartmann, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau* Erlangen 1875, s. 162; F. C. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, Berlin 1851, s. 10; H. H. Jakobs, *Unmöglichkeit und...*, s. 184 i n.

²⁷ D. Medicus, *Zur Funktion...*, ZSS 86, s. 75 i n.; tak też R. Feenstra, *Impossibilitas and Clausula rebus sic stantibus. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius*, [w:] A. Watson (Hrsg.), *Daube Noster. Essays in legal History for David Daube*, Edinburgh, London 1974, s. 77 i n.

²⁸ T. Arp, *Anfängliche...*, s. 100 z odwołaniem do F. Schulz, *Classical...*, s. 23; F. Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936, s. 32.

nie²⁹. Argument D. Medicusa, że *perpetuatio* obejmuje tylko przypadki, w których trudności z okazaniem przedmiotu przy oszacowaniu można w łatwy sposób przewyciężyć, ponieważ „tylko w nieznacznym stopniu istnieje konieczność odwoływania się tu do przeszłości”³⁰, nie znajduje, zdaniem T. Arpa, merytorycznego uzasadnienia: „Materiał źródłowy, na którym oparł się D. Medicus³¹, obejmował bowiem jedynie przypadki przyrzeczenia przeniesienia własności człowieka wolnego lub rzeczy wyjętej z obrotu na podstawie prawa boskiego. W obu przypadkach, nie tyle trudne, ile sprzeczne z dobrymi obyczajami lub po prostu absurdalne i dlatego w oczach Rzymian *impossibilis*, było określenie ich rynkowej wartości”³². Można jednakże zdaniem autora przyjąć, że choć niemożliwość oszacowania rynkowej wartości rzeczy nie była przyczyną nieważności stypulacji o świadczenie niemożliwe do spełnienia, to z całą pewnością była jej ubocznym i koniecznym skutkiem³³.

Z kolei J. D. Harke upatruje przyczynę nieważności stypulacji świadczenia niemożliwego do spełnienia w „definitywnym ustaleniu treści zobowiązania, bez możliwości późniejszego przekształcenia lub zmiany jego treści”³⁴. Autor ten twierdzi, że nieważność stypulacji stwierdzano w prawie klasycznym na podstawie kryterium natury dogmatycznej, które wspólne było zarówno dla początkowych, jak i następczych przeszkód w świadczeniu. Przyczyną nieważności zobowiązań *ex stipulatione* było ograniczenie obowiązku dłużnika jedynie do osiągnięcia określonego w zobowiązaniu celu, mianowicie: przeniesienia własności rzeczy. Treść przyrzczonego świadczenia ze względu na formę stypulacji i formułkę procesową była od początku definitywnie określona. Jeśli zatem przyrzczone świadczenie było od początku lub też później stało się niemożliwe do spełnienia, to i treść zobowiązania nie mogła zostać zastąpiona przez obowiązek innego świadczenia³⁵.

²⁹ Por. M. J. Schermaier, [w:] HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 13; J. D. Harke, *Unmöglichkeit und...*, JbJZ 2001, s. 38 i n.

³⁰ D. Medicus, *Zur Funktion...*, ZSS 86, s. 79.

³¹ D. 1,8,9,5 (Ulp. 86 ed.); D. 54,1,103 (Mod. 5 pand.); D. 50,17,106 (Paul. 2 ed.).

³² T. Arp, *Anfängliche...*, s. 100.

³³ „Podczas gdy łatwo dostrzec, że absurdalne przyrzeczenia, których nie można było wykonać, nie miały z reguły żadnej wartości majątkowej, to fałszywym wnioskiem byłoby twierdzenie, że nieważność zobowiązania była bezpośrednią konsekwencją niemożliwości oszacowania przedmiotu świadczenia”. *Ibidem*.

³⁴ J. D. Harke, *Unmöglichkeit und...*, JbJZ 2001, s. 37 i n.

³⁵ Tak J. D. Harke (*ibidem*, s. 38) wskazuje na potwierdzenie swojej tezy tekst Modestyna z D. 45,1,103 (Mod. 5 resp.): *Liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest, non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium*. Zob. odmienne stanowisko M. J. Schermaiera, *Impossibilium nulla obligatio...*, AUPA 51, s. 250 i n.

Martin J. Schermaier słusznie podkreśla, że nie do zaakceptowania w teorii J. D. Harke jest przede wszystkim rozszerzenie zakresu zastosowania reguły *impossibilium* na przypadki następczej niemożliwości świadczenia³⁶. Zobowiązanie dłużnika gąsło w prawie rzymskim tylko wtedy, gdy świadczenie rzeczy oznaczonej indywidualnie stało się niemożliwe do spełnienia na skutek okoliczności, za które dłużnik nie odpowiadał. Jeśli natomiast rzecz oznaczona indywidualnie została zniszczona lub utracona, gdy dłużnik był w zwłoce lub na skutek okoliczności, za które odpowiadał, to wskutek *perputatio obligationis* zobowiązanie trwało nadal. Ponieważ nie dokonywano rozróżnienia na właściwe świadczenie przedmiotu zobowiązania i świadczenie odszkodowania (w pieniądzu), to treść przyrzeczonego świadczenia pozostawała zawsze ta sama³⁷. Zwolnienie dłużnika z obowiązku świadczenia mogło mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy niemożliwość była następstwem okoliczności, za które dłużnik nie odpowiadał, co z problematyką niemożliwości początkowej nie ma nic wspólnego. Teoria J. D. Harke nie określa ponadto, podobnie jak dwie pozostałe, samej przyczyny nieważności zobowiązań *ex stipulatione*. To przecież, zdaniem M. J. Schermaiera, sformułowany przez J. D. Harke wniosek, że definitywne stwierdzenie treści zobowiązania wyłącza zasądzenie, wymaga w tym przypadku uzasadnienia³⁸.

³⁶ M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio...*, AUPA 51, s. 242, s. 248; HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 12 i n. Zob. także, H. H. Jakobs, *Unmöglichkeit und...*, s. 112, przyp. 2, oraz niektóre z podręczników do prawa zobowiązań, które analizują problematykę niemożliwości początkowej w oderwaniu od problematyki przeszkód w spełnieniu świadczenia; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1: *Allgemeiner Teil*, Wyd. 14, München 1987: § 8 – *Anfängliche Unmöglichkeit der Leistung und anfängliches Unvermögen des Schuldners*; §§ 20 do 26 – *Pflichtverletzungen und Leistungshindernisse*; Ph. Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, omawia z kolei następczą niemożliwość w drugim ustępie trzeciego rozdziału (*Der Leistungszwang [Die Haftung]*), a początkową w trzecim ustępie tego rozdziału (*Die Schuldverträge*), który traktuje o treści stosunku zobowiązaniowego.

³⁷ Zob. M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio...*, AUPA 51, s. 248, który przytacza opinię Paulusa wyrażoną w D. 45,1,35 pr. (Paul. 12 ad Sab.): *Si stipulator, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulator ut detur quod dari non potest: nisi per quem stetit, quo minus facere non possit.*

³⁸ HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 13. Podobnie tautologiczne jest, zdaniem autora, wyjaśnienie nieważności stypulacji proponowane przez T. Arpa, który twierdzi, że stypulacje o świadczenie niemożliwe były nieważne, ponieważ od początku były niewykonalne i dlatego niedorzeczne, „bezsensowne” (T. Arp, *Anfängliche...*, s. 100 i n.). Z kolei umowy *emptio-venditio* były wówczas nieważne, kiedy wskutek niewłaściwej oceny rzeczywistości umowa zawarta przez strony była „pozbawiona sensu, bezcelowa i bezprzedmiotowa” (*ibidem*, s. 123). Powstaje słusznie podnoszona przez M. J. Schermaiera (*Impossibilium nulla obligatio...*) wątpliwość, dlaczego umowy takie nie miałyby w prawie rzymskim wiązać, skoro wierzyciel mógł uzyskać zasądzenie dłużnika w pieniądzu.

Żadna z prezentowanych powyżej teorii, które przenoszą na grunt prawa rzymskiego dorobek dwudziestowiecznej cywilistyki w zakresie niemożliwości świadczenia, nie jest w stanie wskazać bezpośredniej przyczyny nieważności powoływanych przypadków zobowiązań *ex stipulatione*. Uzasadnione wydaje się w tej sytuacji twierdzenie, że niemożliwość w ujęciu wyżej wskazanym nie jest kategorią odpowiednią do zrozumienia nieważności stypulacji w prawie rzymskim. Krytycy prezentowanych tu teorii zadają pytanie, dlaczego umowy o świadczenie, od początku niemożliwe do spełnienia, nie miałyby w prawie rzymskim wiązać, skoro wierzyciel mógł uzyskać zasądzenie dłużnika w pieniądzu. Ponieważ jednak nie wiążą, to przyczyn ich nieważności należy upatrywać w innej, niż niemożliwość świadczenia, okoliczności.

Wobec powyższego, jako alternatywny punkt wyjścia do wyjaśnienia problematyki początkowej niemożliwości w prawie rzymskim stawia się w literaturze przedmiotu pytanie o możliwość ważnego zawarcia umowy. Niemożliwość początkowa jest w tym ujęciu niemożliwością zawarcia umowy, a przedmiotem analizy staje się poszukiwanie przesłanek, które decydują o ważności lub nieważności umowy w sytuacji, gdy w chwili jej zawarcia jest pewne, że świadczenie nie może zostać spełnione³⁹. Spojrzenie z tego punktu widzenia na analizowane w literaturze przedmiotu źródła z zakresu początkowej niemożliwości ma istotne znaczenie dla dalszych rozważań. Z jednej strony pozwoli na wyraźne oddzielenie od siebie przypadków niemożliwości zawarcia umowy od przypadków jedynie prawnej niemożliwości realizacji zobowiązania umownego. Z drugiej strony pozwoli na zdefiniowanie prawdopodobnej przyczyny nieważności zobowiązań *ex stipulatione*, a tym samym przybliży znaczenie wypowiedzi Celsusa dla prawa rzymskiego.

Właściwym punktem wyjścia do dalszych rozważań może być w tym kontekście teoria W. Flume zaprezentowana w opublikowanej w 1990 r. monografii pt.: *Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Römische Jurisprudenz und modern-rechtliches Denken*⁴⁰. Werner Flume formułuje pogląd, że to akt prawny oraz *actio* są biegunami, wokół których koncentruje się myślenie rzymskiej jurysprudencji okresu klasycznego: „Nie zobowiązanie jako stosunek prawny, ale *actio* jest przedmiotem zainteresowania rzymskiej jurysprudencji. Nie zobowiązania *ex stipulatione* i *ex venditione*, ale *stipulatio* i *emptio-venditio* jako akty prawne oraz związane z nimi *actiones* są dla prawnika rzymskiego głównymi punktami odniesienia”⁴¹. W stosunku do problematyki niemożliwości podkreśla, że podczas gdy w prawie współczesnym koncentruje się ona na stosunku

³⁹ T. Arp, *Anfängliche...*, s. 66 i n. Por. HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 12 i n.

⁴⁰ W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 9 i n.

⁴¹ *Loc. cit.*; tak też M. Kaser, RP I, s. 246; F. Schulz, *Principles...*, s. 28 i n.

zobowiązaniowym i możliwości wykonania zobowiązania, to w prawie rzymskim, od okresu klasycznego do justyniańskiego odnosi się przede wszystkim do zawarcia umowy jako podstawy *actio*⁴².

Teoria W. Flume, która stanowić będzie punkt wyjścia do dalszych rozważań, nie może być jednak wyłącznie słusznym wyjaśnieniem problematyki początkowej niemożliwości w prawie rzymskim. Jak słusznie zauważa M. J. Schermaier, koncepcja przeciwstawienia aktu prawnego i stosunku prawnego ma przede wszystkim „wartość dydaktyczną” i pomaga w zrozumieniu osobliwości problematyki niemożliwości początkowej w prawie rzymskim w stosunku do rozwiązań współczesnych⁴³. Autor ten podkreśla, że nie można choćby pominąć faktu, iż czynność prawna na tle Gaiusowych *personae* i *res*⁴⁴ jest w prawie rzymskim „pojęciem sztucznym”: „Tak jak wiele pojęć i instytucji dzisiejszej części ogólnej prawa cywilnego, tak i pojęcie czynności prawnej wyjaśnia się z jednej strony rzymskim systemem kontraktów oraz prawem umów wczesnego prawa powszechnego, a z drugiej – arystotelejsko-tomistyczną teorią działania niezgodnego z rozumną wolą człowieka oraz prawem naturalnym⁴⁵. Choć kategoria czynności prawnej była u Rzymian „raczej kwestią

⁴² Chodzi tu, zdaniem W. Flume (*Rechtsakt und...*, s. 101), w szczególności o istnienie przedmiotu świadczenia jako przesłanki ważnego zawarcia aktu prawnego, o czym stanowi Ulpian w D. 50,17,31 (Ulp. 42 Sab.): [...]: *quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendī, ut utilem actionem aut factum efficere possit*. W odniesieniu do umów wzajemnych autor podkreśla, że „nie jest uzasadnione podporządkowanie rozstrzygnięć prawników rzymskich w zakresie zawarcia umowy przypadkom niemożliwości świadczenia w umowach wzajemnych w ich współczesnym rozumieniu. W prawie rzymskim chodzi zawsze o umowę i o to, czy dojdzie ona do skutku jako akt prawny, a nie o to, czy z powodu nieistnienia obowiązku świadczenia po jednej ze stron odpadnie także obowiązek spełnienia świadczenia wzajemnego”. W kwestii synallagmy przy sprzedaży W. Flume przyznaje wprawdzie, że zgodnie z przekazem źródłowym, w większości przypadków, podobnie jak w prawie współczesnym, daje się zauważyć zależność roszczeń wzajemnych. Dodaje jednak, że prawnikom rzymskim „nie przyszłoby na myśl ujęcie tego wyniku jako synallagmy względem wzajemnych roszczeń”, jakoby – w terminologii prawa współczesnego – „istniał pomiędzy roszczeniami związek przyczynowy, gdzie niepowstanie jednego z nich ma za następstwo niepowstanie drugiego”.

⁴³ Zob. M. J. Schermaier, *Auslegung und...*, ZSS 1998, 115, s. 281, który słusznie podnosi, że to, co W. Flume wskazuje jako cechę współczesnego stosunku prawnego, daje się w przypadku odpowiadających współczesnym standardom rozwiązań prawa rzymskiego w zakresie rękojmi za wady fizyczne i prawne rzeczy wyjaśnić w dużej mierze za pomocą kryterium *bona fides*.

⁴⁴ G. Inst. 3,8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*.

⁴⁵ Zob. krytyczne stanowisko M. J. Schermaiera (HKK/Schermaier, t. 1, Tübingen 2003, Vorbem. § 104, nb. 1 i n.) w odniesieniu do W. Flume (*Allgemeiner Teil des BGB*, Wyd. 4, t. 2: *Das Rechtsgeschäft*, Berlin 1992, s. 104), który pod pojęciem „typy aktów [prawnych]” (*Aktstypen*) rozumie wszelkie dozwolone działania osoby, z którymi prawo wiąże skutki prawne.

odczucia niż refleksji⁴⁶, to już klasycznym prawnikom udało się opisać porozumienie (*conventio*) jako istotę każdego kontraktu (*contractus*) i każdego prawnie wiążącego porozumienia (*pactum*)⁴⁷. Ogólna teoria umów zaczęła rozwijać się jednakże dopiero w XVI stuleciu⁴⁸.

Niemniej jednak, przesłanką ważnego zawarcia aktu prawnego stypulacji było w prawie rzymskim, zdaniem W. Flume, istnienie przedmiotu świadczenia⁴⁹.

Inst. 3,19,1

*At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio*⁵⁰.

Jeśli ktoś formalnie przyrzekał *dare* rzeczy, która w przyrodzie nie istnieje (*in rerum natura non est*) albo istnieć nie może, na przykład Stichusa, który zmarł, a o którym przyrzekający sądził, że żyje, albo hipocentaury, który istnieć nie może, to stypulacja jest nieważna. Niemożliwość ważnego zawarcia aktu prawnego stypulacji ze względu na brak przedmiotu świadczenia wyklucza jego spełnienie w postaci wydania przyrzeczonej rzeczy (*dari non possit*)⁵¹.

⁴⁶ *Ibidem* z odwołaniem do P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, RP, s. 80.

⁴⁷ *Ibidem* z odwołaniem do D. 2,14,1 (Ulp. 4 ed.): *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare? 1. Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) 2. et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. 3. Conventiois verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventiois nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.* Zob. także, D. 2,14,7 (Ulp. 4 ed.).

⁴⁸ Zob. szerzej K. P. Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriff im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, s. 44 i n.

⁴⁹ Tak W. Flume (*Rechtsakt und...*, s. 101 i n.), który popiera powyższą tezę tekstami źródłowymi, odmawiającymi zawartej z dodaniem warunku stypulacji nowacyjnej skutku nowacji, jeśli przedmiot świadczenia przestał istnieć przed ziszczeniem się warunku: *manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit*, D. 46,2,31 pr. (Ven. 3 stip.); zob. także: D. 46,3,72,1 (Marc. 20 dig.); D. 45,1,56,8 (Iul. 52 dig.); D. 46,2,14 pr. (Ulp. 7 disput.).

⁵⁰ W związku z G. Inst. 3,97: *Si id quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio [...]*. Zob. komentarz do Inst. 3,19,1 – E. Rabel, *Origine...*, [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 4, s. 110 (= *Mélange Gérardin*, s. 480): „*A remarquer qu'il n'est pas ici question de l'impossibilité de la prestation en soi, mais seulement de l'inexistence de l'object corporel*”.

⁵¹ Zob. E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung...*, [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, s. 19. (=FS Becker, s. 194 i n.), który wariant: *res quae in rerum natura non est* odnosi do stypulacji rzeczy

Wskazana przez W. Flume przesłanka ważnego zawarcia stypulacji w postaci istnienia przedmiotu świadczenia pozostaje w bezpośrednim związku w koncepcją E. Rabela, który rzymską problematykę niemożliwości świadczenia wyjaśniał z kolei wpływami greckiej filozofii. Zdaniem E. Rabela, niemożliwość odnosiła się w prawie rzymskim do pojęcia natury rzeczy (*rerum natura*), a pochodzący z filozofii termin *natura* zawsze dotyczył albo świata jako kosmologicznej całości albo określonego gatunku istot (*Gattung von Wesen*), np. ludzi, nigdy zaś indywiduum⁵². Niemożliwe jest w takim rozumieniu to, co ponadludzkie (*Übermenschliche*), a nie to, co jedynie wykracza poza możliwości określonej jednostki. Dowodząc, że przesłanką powstania zobowiązania w prawie rzymskim było istnienie stanowiącej przedmiot świadczenia rzeczy materialnej⁵³, E. Rabel rozumiał jednocześnie wypowiedź Celsusa *impossibilium nulla obligatio est* jako konieczność istnienia przedmiotu w *rerum natura* zarówno dla zobowiązań *ex stipulatione*, jak i *ex venditione*⁵⁴. Słusznie jednak zauważył Ch. Wollschläger, którego stanowisko znalazło aprobatę w literaturze przedmiotu, że teza E. Rabela może znaleźć swoje potwierdzenie jedynie w przypadkach zobowiązań ze stypulacji⁵⁵. Na dowód wskazuje źródła, w których odnaleźć można podobne, abstrakcyjne sformułowania na temat dopuszczalnego przedmiotu umowy i z których wynikają spójne rozstrzygnięcia dla danej grupy przypadków⁵⁶. Świadczy o tym ponadto – według Ch. Wollschlägera – znaczenie słowa *obligatio*⁵⁷, które tak jak u innych prawników klasycznych⁵⁸,

oznaczonej co do tożsamości, a wariant: *res quae in rerum natura esse non potest* – do stypulacji rzeczy oznaczonej co do gatunku, gdzie jedynie w odniesieniu do całego gatunku można było utrzymywać, że nie należy on do *rerum natura* (D. 33,6,7 (Iav. 2 ex post. Lab.): *Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur. Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum pater familias reliquisset, legatum putant: Labeo id probat idque verum est. 'Lucio Ticio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, heres dato'. Ofilius nihil legatum esse, quod et Labeo probat, quoniam eiusmodi triticum in rerum natura non esset: quod verum puto).*

⁵² E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung...*, [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, s. 22 i n. (=FS Bekker, s. 198 i n.).

⁵³ O. Gradenwitz, *Natur und Sklave bei der Naturalis obligatio*, [w:] *Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Johann Theodor Schirmer zum 1. August 1900*, Königsberg 1900, s. 149.

⁵⁴ Zob. liczne przykłady, E. Rabel, *Origine...*, [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 4, s. 121 i n. (=Mélanges Gérardin, s. 495 i n.); idem, *Unmöglichkeit der Leistung...*, [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, s. 18 i n. (=FS Bekker, s. 193 i n.).

⁵⁵ Ch. Wollschläger, *Die Entstehung...*, s. 14; R. Zimmermann, *The Law...*, s. 689;

⁵⁶ Zob. D. 45,1,83,5 (Paul. 72 ed.); D. 45,1,35 pr. (Paul. 12 Sab.).

⁵⁷ Por. W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 23 i n.

⁵⁸ Zob. M. Kaser, RP I, s. 479 i n.

także i u Celsusa⁵⁹ odnosiło się jedynie do powstałych w oparciu o *ius civile* zobowiązań *stricti iuris*, których najczęstszym źródłem była stypulacja⁶⁰.

Na tle koncepcji E. Rabela i W. Flume pojawia się ponadto pytanie o znaczenie słowa *impossibilis* w prawie rzymskim. Ernst Rabel wskazuje, że wyrażenia *possibilis* i *impossibilis* są określonymi przez żyjącego w I w. n.e. retora i gramatyka Kwintyliana jako „ciężkie”⁶¹, tłumaczeniami greckich *dunatós/adúnatos*⁶². *Dunatós* jest formą czasownika (*dúnakai*), który oznacza „móc, potrafić, być w stanie coś zrobić”; w stronie czynnej *dunatós* oznacza kogoś, kto: potrafi coś uczynić, jest silny, zdolny coś osiągnąć. *Adúnatos*, będące zaprzeczeniem, określa natomiast kogoś mało przydatnego, także biednego, niezamożnego; w stronie biernej znaczenie tego pojęcia rozszerza się na to, co jest niewykonalne, niemożliwe⁶³. Do języka łacińskiego *adúnatos* przeniesione zostało zarówno w znaczeniu czynnym, odnoszącym się do osoby, która podejmuje działanie, jak i biernym, odnoszącym się do zdarzenia lub działania samego w sobie⁶⁴.

Impossibilis jako stosunkowo wczesne tłumaczenie greckiego *adúnatos* nie było, jak dowodzi M. J. Schermaier⁶⁵, pojęciem popularnym wśród klasycznych prawników rzymskich: „Cyceron, mając na myśli *adúnatos*, mówił o *difficile factu*⁶⁶, co sugerować może związek z *difficultas dandi* u Pomponiusa⁶⁷ i Venuleiusa⁶⁸. Z kolei Labeon i Julian w sformułowanej dla niektórych cząstkowych rozporządzeń na wypadek śmierci regule: „*adúnatos condicio pro non scripta*

⁵⁹ Ch. Wollschläger, *Die Entstehung...*, s. 14, wskazuje w przyp. 37 teksty Celsusa z użyciem słowa *obligatio*, w znaczeniach: a) *stipulatio*: D. 12,1,32 (5 dig.); D. 12,6,47 (6 dig.); D. 42,1,13 (6 dig.); D. 45,1,99 (38 dig.); D. 46,2,25 (1 dig.); b) *actio operarum*: D. 38,1,30 (12 dig.); D. 50,17,186 (12 dig.); c) *condictio*: D. 12,4,16 (3 dig.); d) legat damnacyjny: D. 31,18 (17 dig.); e) *dotis dictio*: D. 23,3,58 (19 dig.); f) *obligatio pignoris*: D. 46,3,69 (24 dig.).

⁶⁰ Ch. Wollschläger (*ibidem*) przypuszcza, że dla określenia zobowiązania podlegającego *ius honorare*, Celsus posłużyłby się prawdopodobnie czasownikiem *debere*, *debitum*. Por. M. Kaser, RP I, s. 480.

⁶¹ M. F. Quintilianus, *Institutionis oratoriae Libri XII*, Wyd. 4 (angielskie tłum. H. E. Butler), London, Cambridge 1958, V,10,18.

⁶² E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung...*, [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, s. 21 (=FS Bekker, s. 197).

⁶³ W. Pape, *Griechisch-deutsches Handwörterbuch*, Braunschweig 1857: *Adúnatos*; *Słownik grecko-polski*, Z. Abramowiczówna (red.), t. 1, Warszawa 1958: *Adúnatos*.

⁶⁴ Tak Ch. Wollschläger, *Die Entstehung...*, s. 16. Zob. *Thesaurus Linguae Latinae*. Vol. VII 1 fasc. 5, Lipsiae 1938: *impossibilis*; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 451; *Słownik łacińsko-polski*, M. Plezia (red.), t. 3, Warszawa 1998, s. 64.

⁶⁵ M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio...*, AUPA 51, s. 245 i n.

⁶⁶ Cic. *Timaeus* 11,38.

⁶⁷ D. 19,1,55 (Pomp. 10 epist.): *Octavenus putat [...] potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura.*

⁶⁸ D. 45,1,137,4 (Venul. 1 stip.).

*accipienda*⁶⁹ nadal korzystali z pojęcia greckiego. Rzadko używał go Paulus, a Ulpian dokonywał wprawdzie rozróżnienia, czy przedmiot świadczenia znajduje się w *rerum natura*, czy też świadczenie jest *impossibilis*, ale nie traktował tych kategorii jako wzajemnie wykluczających się⁷⁰. Te, a także inne teksty⁷¹ uzasadniają przypuszczenie, że pojęciu *impossibilis* prawnicy klasyczni nie przypisywali konkretnego, ściśle sprecyzowanego znaczenia⁷². Stosowali je zatem do opisu różnorodnych stanów faktycznych w znaczeniu zarówno tego, co nie jest możliwe z natury rzeczy (*quod in rerum natura non est*)⁷³, jak i tego, czego od nikogo nie można się domagać (*quid facere non possit*), co potwierdzić może tekst Venuleiusa (D. 45,1,137,4) dotyczący przeszkód w spełnieniu świadczenia o charakterze początkowym, o którym będzie jeszcze dalej mowa⁷⁴. Ernst Rabel wskazywał na związek z filozofią grecką⁷⁵ jako źródło powyższego podziału, a M. J. Schermaier zawęził go do arystotelejskich kategorii⁷⁶, odpowiednio *anáche* (*necessitas*) i *adynamia* (*impossibilitas*)⁷⁷. Jego

⁶⁹ D. 28,7,20 pr. (Labeo 2 a Jav. epit.): *Mulier, quae viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam, quam dote promisisset, neque petisset neque exegisset. puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus per se non stare, quo minus acceptum faceret id quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. quod si solus heres institutus esset in tali condicione, nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia adúnatos condicio pro non scripta accipienda est.*; D. 30,104, 1 (Julian 1 Urs. Fer.): *In testamento sic erat scriptum: 'Lucio Titio, si is heredi meo tabellas, quibus ei pecuniam expromiseram, dederit, centum dato': Titius deinde antequam tabellas heredi redderet, decesserat: quaesitum est, an heredi eius legatum deberetur. Cassius respondit, si tabulae fuissent, non deberi, quia non redditis his dies legati non cessit. IULIANUS notat: si testamenti faciendi tempore tabulae nullae fuerunt, una ratione dici potest legatum Titio deberi, quod adúnatos condicio pro non scripta habetur.*

⁷⁰ D. 50,17,135 (Ulp. 23 ad ed.): *Ea quae dari impossibilia sunt vel quae in rerum natura non sunt, pro non adiectis habentur.*

⁷¹ Zob. D. 49,8,3 (Paul. 16 resp.); D. 45,1,83,5 (Paul. 72 ad ed.).

⁷² M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio*..., AUPA 51, s. 246; tak już E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung*..., [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, s. 22 (=FS Bekker, s. 197).

⁷³ Zob. m.in. D. 33,6,7,1 (Iav. 2 ex post. Lab.); D. 35,1,40,4 (Iav. Ex post. Lab.); D. 50,17,188,1 (Cels. 17 dig.); D. 19,1,55 (Pomp. 10 epist.); D. 30,24 pr. (Pomp. 5 ad Sab.); D. 12,2,30,1 (Paul. 18 ad ed.); D. 45,1,73 (Paul. 24 ad ed.); G. Inst. 2,203.

⁷⁴ M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio*..., AUPA 51, s. 243. Zdaniem autora, rozróżnienia na *quod in rerum natura non est* oraz *quid facere non potest* nie można utożsamić z, odpowiednio, obiektywną oraz subiektywną niemożliwością, lecz odnieść należy, tak jak w tekście Venuleiusa, do tego, co jest niemożliwe lub możliwe do wykonania przez człowieka. Zob. szerzej przyp. 119.

⁷⁵ E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung*..., [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, s. 21 i n. (=FS Bekker, s. 197 i n.).

⁷⁶ Zob. Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, [dalej: EN], [w:] *Dziela wszystkie*, t. 5, Warszawa 1996, ks. III, p. 1112a.

zdaniem, związek ten zauważał także Kwintyliian⁷⁸, który – uzasadniając tłumaczenie greckiego *dunatós* – umieścił *necessitas* oraz *fieri non potest* w miejscu *possibilis* jako trzeciej logicznej kategorii służącej ocenie zdarzeń przyszłych⁷⁹. Szerokie rozumienie pojęcia „niemożliwość” potwierdził także T. Arp, który udowodnił ponadto, że w wielu przypadkach termin *impossibilis* określał wszystko to, co niedorzeczne lub pozbawione sensu⁸⁰. Autor ten wykazał również, że kategorią „*impossibilitas* świadczenia” prawnicy rzymscy nie uzasadniali nieważności umownych przyrzeczeń⁸¹. Rzadko pojawiała się ona w kontekście początkowej niemożliwości świadczenia⁸², najczęściej natomiast w odniesieniu do *condicio impossibilis*⁸³.

Powyższe rozważania pozwalają na sformułowanie wniosku, że znaczenie nadane pojęciu *impossibilis* w prawie rzymskim nie było tożsame z jego rozumieniem we współczesnym prawie cywilnym. Może być to tym samym argument potwierdzający tezę W. Flume, że początkowa niemożliwość w prawie rzymskim związana była raczej z problematyką ważnego zawarcia aktu prawnego, aniżeli z problematyką niemożliwości świadczenia. W materiale źródłowym znajduje potwierdzenie również to, że przesłanką ważnego zawarcia aktu prawnego stypulacji było istnienie przedmiotu świadczenia w *rerum natura*. Jego brak powodował nieważność stypulacji.

Jest zarazem mało prawdopodobne, aby sens wypowiedzi Celsusa sprowadzał się wyłącznie do wymogu istnienia przedmiotu stypulacji w *rerum natura*. Jak słusznie zauważa M. J. Schermaier, rozstrzygnięcia o nieważności *stipulatio* pojawiały się przecież już o wiele wcześniej, zanim rzymscy juryści zetknęli się z grecką filozofią. Powyższa uwaga dotyczy także samego pojęcia *impossibilis*, które w użyciu pojawiło się dopiero w I w. n.e.⁸⁴ Pewne jest, zda-

⁷⁷ M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio*..., AUPA 51, s. 243; HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 15 z odwołaniem w przedmiocie *necessitas* do T. Giaro, *Excusatio necessitatis nel diritto romano* Warszawa 1982; T. Mayer-Maly, *Necessitat constituit ius*, [w:] *Studi di onore di Giuseppe Grosso*, t. 1, Torino 1968, s. 179 i n.

⁷⁸ M. F. Quintilianus, *Institutionis*..., III,8,25.

⁷⁹ Tak M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio*..., AUPA 51, s. 246. Jest to jednocześnie polemika ze stanowiskiem T. Arpa (*Anfängliche*..., s. 78), który tekst Kwintyliana rozumie w ten sposób, że *necessitas* oraz *fieri non potest* pojawiają się obok, a nie w miejscu *possibilitas*.

⁸⁰ T. Arp, *Anfängliche*..., s. 80 i n.; zob. m.in. D. 28,5,46 (Alf. 2 dig. a Paolo epit.); D. 9,3,2 (Gai. 6 ad ed prov.); D. 4,4,9,6 (Ulp. 11 ad ed.).

⁸¹ T. Arp, *Anfängliche*...; też M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio*..., AUPA 51, s. 247.

⁸² M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio*..., AUPA 51; zob. m.in. D. 21,2,31 (Ulp. 42 ad Sab.); D. 45,1,69 (Ulp. 7 ad ed.); D. 45,1,126,3 (Paul. 3 quaest.).

⁸³ T. Arp, *Anfängliche*..., przyp. 72, s. 82; por. E. Rabel, *Origine*..., [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 4, s. 118 (=Mélange Gérardin, s. 491).

⁸⁴ Tak HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 13.

niem tego autora, jedynie to, że formalne przyrzeczenia były zawsze nieważne w sytuacji, gdy ich treść nie znajdowała potwierdzenia w rzeczywistości. Formułuje on pogląd, że nieważność takich stypulacji mogła mieć związek z pierwotnie sakralnym charakterem formalnego przyrzeczenia: „W *sponsio* dłużnik nie przyrzekał bowiem «powinności», jak czyni to we współczesnej umowie, lecz «byt». Kto zatem przyrzekał *dare* rzeczy, która nie istniała, przysięgał fałszywie – popełniał krzywoprzysięstwo. Rozbieżność pomiędzy rzeczywistością a przyrzeczeniem mogła być zatem bezpośrednią przyczyną tego, że umowa nie dochodziła do skutku”⁸⁵.

Zbieżny z powyższym stanowiskiem pozostaje także pogląd T. Arpa, który twierdzi, że nieważność stypulacji lub bardziej precyzyjnie – fakt, iż prawnicy rzymscy nie przyznawali takiemu formalnemu przyrzeczeniu skutku stypulacji pomimo tego, że słowa wymagane do zachowania formy zostały wypowiedziane, mogła mieć swoje źródło w „rozbieżności pomiędzy treścią przyrzeczenia stypulacyjnego a rzeczywistością, która czyniła spełnienie tego przyrzeczenia *impossibilis*”⁸⁶. Pogląd ten znajduje, zdaniem T. Arpa, potwierdzenie w zorientowanym na akt prawny sposobie myślenia prawników rzymskich, którzy powstanie rozbieżności pomiędzy prawnym porozumieniem a rzeczywistością mogli wyobrazić sobie tylko w taki sposób, że akt prawny wskutek zaistniałej sytuacji postrzegany był jako nieistniejący⁸⁷. Dodaje, że w swoim założeniu stanowisko to odpowiadałoby rzymskiemu podejściu do *error in corpore* przy sprzedaży. Tak bowiem, jak niezgodność pomiędzy porozumieniem w kwestii *corpus* a rzeczywistością stanowiła przy sprzedaży przeszkodę w zawarciu umowy, tak w przypadku stypulacji była to niezgodność pomiędzy treścią przyrzeczenia a rzeczywistością⁸⁸.

Uwzględniając powyższe sugestie, sens wypowiedzi Celsusa *impossibilium nulla obligatio est* mógłby być w prawie rzymskim następujący: Rozbieżność pomiędzy rzeczywistością a treścią formalnego przyrzeczenia (*impossibilium*) powodowała nieważność takiej stypulacji i zobowiązanie nie mogło powstać (*nulla obligatio est*).

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ T. Arp, *Anfängliche...*, s. 86 i n.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 87 z odwołaniem do W. Flume, *Der bedingte...*, ZSS 1975, 92, s. 124 i n.

⁸⁸ *Ibidem* z odwołaniem do W. Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Wyd. 2, Darmstadt 1975, s. 67; idem, *Zum römischen Kaufrecht*, ZSS 1934, 54, s. 334. Torsten Arp dodaje, że „oczywiście nie każda odmienność w stosunku do tego, co strony ustaliły przy stypulacji tę stypulację niweczyła, a nawet nie zawsze wtedy, gdy dotyczyła ona przedmiotu stypulacji. Wynika to już z faktu, że stypulacja polegająca na *dare* nie odnosiła się do szczególnych właściwości przedmiotu umowy”.

W literaturze przedmiotu podnosi się, że potwierdzeniem powyższego rozumienia zdania Celsusa mogą być rozważania o niemożliwości, które prowadził Ulpian w komentarzu do *Iuris Civilis libri tres* Sabinusa⁸⁹. Tekst Ulpiana pozostaje istotny w kontekście znaczenia nadanego powyżej wypowiedzi Celsusa, bowiem w *Palingenesia* O. Lenela odnaleźć można wskazówkę dotyczącą jej pochodzenia⁹⁰. Choć podniesiona przez Justyniana do rangi reguły i przekazana w 17. tytule 50. księgi Digestów, to pierwotnie, a więc u samego Celsusa, odnosiła się być może do rozważań o tzw. stypulacjach gwarancyjnych, czyli formalnych przyrzeczeniach dotyczących określonych właściwości rzeczy będącej przedmiotem sprzedaży⁹¹. Ulpian poruszył w swoim tekście tę samą problematykę, co może sugerować, że stawiając pytanie o niemożliwość, polemizował z kategorięcznym stanowiskiem Celsusa⁹².

D. 21,2,31 (Ulp. 42 Sab.)

Si ita quis stipulanti spondeat 'sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse' et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est [...]

Według Lenela⁹³, rozerwane przez kompilatorów wyjaśnienie pierwotnie kontynuowane było w następujący sposób:

D. 50,17,31 (Ulp. 42 Sab.)

Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit.

D. 21,2,31 (Ulp. 42 Sab.)

[...] sed ego puto verius hanc stipulationem 'furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse' utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum 'pra-estari', multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit⁹⁴.

⁸⁹ *Iuris Civilis libri tres* Sabinusa były często komentowane przez klasycznych prawników, m.in. Pomponiusa i Paulusa. Także Ulpian w 51 księgach komentarza do Sabinusa przedstawił wyczerpująco *ius civile*. Zob. F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, s. 262 i n.

⁹⁰ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, t. 1, Leipzig 1889; Graz 1960, Celsus nr 81, s. 141.

⁹¹ Tak HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, przyp. 81, nb. 13; Na związek ten zwraca także uwagę D. Medicus, *Zur Funktion...*, ZSS 86, s. 94, przyp. 96.

⁹² Sugestię tę, sformułowaną w trakcie dyskusji na zajęciach z egzegezy na Wydziale Prawa Westfalskiego Uniwersytetu Wilhelma w Münster, zawdzięczam prof. M. J. Schermaierowi.

⁹³ O. Lenel, *Palingenesia...*, t. 2, Ulpian nr 2886, s. 1170.

⁹⁴ Ostatni fragment to D. 2,14,50 (Ulp. 42 Sab.): *Non impossibile puto in contractibus depositi, commodati et locati et ceteris similibus hoc pactum: 'ne facias furem vel fugitivum servum*

We fragmencie D. 21,2,31 Ulpian podjął problem, który, jak twierdzi É. Jakab⁹⁵, prawdopodobnie już od wielu pokoleń był przedmiotem „kunsztownej, retorycznej argumentacji”. Punktem wyjścia tych rozważań była praktyka handlowa. W przypadku sprzedaży niewolnika przyrzekano zazwyczaj jego szczególne właściwości, na przykład: że jest zdrowy (*sanum esse*), nie jest złodziejem (*furem non esse*), nie jest tragarzem zwłok (*vispellionem non esse*)⁹⁶, itp. Autorka zadaje pytanie, czy tego rodzaju gwarancyjna stypulacja była w ogóle sensowna i ważna. Jeśli bowiem treść przyrzeczenia odpowiadała rzeczywistości, to wydaje się być ona zbędna. Jeśli jednak treść przyrzeczenia nie odpowiadała prawdzie, niewolnik nie był zdrowy, był złodziejem czy tragarzem zwłok, to przyrzeczenie byłoby rozbieżne z rzeczywistością, czyli *impossibilium nulla obligatio est*.

W związku z powyższą kwestią, Ulpian wskazuje trzy zasadnicze argumenty przemawiające za ważnością stypulacji. Z jednej strony – można było na podstawie stypulacji skarżyć na *quod interest*: ten, na rzecz kogo dokonano przyrzeczenia, mógł domagać się zwrotu różnicy wartości niewolnika wolnego od wad i dostarczonego z wadami⁹⁷. Z drugiej strony – stypulacja powinna być tym bardziej skuteczna, jeśli zostało do niej dodane *praestari*⁹⁸. Wreszcie uwaga końcowa – w przeciwnym wypadku stypulacja przewidziana w edyktie edylów byłaby nieskuteczna, na co nikt rozsądny się nie godzi.

W literaturze przedmiotu tekst Ulpiana badany jest pod różnymi kątami, najczęściej w aspekcie odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania⁹⁹, względnie w kontekście błędu i niemożliwości. W ostatnim przypadku przyjmuje się, że fragment ten jest dowodem na twierdzenie, iż niemożliwość spełnienia świadczenia ze względu na brak przyrzeczonych właściwości rzeczy

meum, hoc est: ne sollicites ut fur fiat, ut fugitivus fiat: ne ita negligas servum, ut fur efficiatur. sicut enim servi corrupti actio locum habet, ita potest etiam haec pactio locum habere, quae ad non corrupendos servos pertinet.

⁹⁵ É. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997, s. 241. Egzegeza tego fragmentu opiera się na monografii autorki.

⁹⁶ *Vispellio* (tragarz zwłok) należał do grupy *libitinarii* (grabarzy), którzy okryci byli pogardą ze strony antycznego społeczeństwa. *Vispellio* miał wśród nich opinię najgorszą, ponieważ grzebał osoby najbiedniejsze po zapadnięciu zmroku, co czyniło go *turpis persona*. Zob. U. Wesel, *Vispellio*, ZSS 1963, 80, s. 392 i n.

⁹⁷ Por. H. Honsell, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969, s. 31 i n.; R. Zimmermann, *The Law...*, s. 310; P. Apathy, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 1994, 111, s. 123 i n.

⁹⁸ É. Jakab, *Praedicere und...*, s. 241.

⁹⁹ W przedmiocie interpretacji tekstu Ulpiana z D. 21,2,31 (Ulp. 42 Sab.) jako najważniejszego dowodu na odpowiedzialność *ex stipulatione* w granicach interesu umowy, zob. D. Medicus, *Id quod...*, s. 110; por. H. Honsell, *Quod interest...*, s. 63.

nie wywierała wpływu na skuteczność umowy¹⁰⁰. Chętnie i bez przeszkód przyjęto argumentację, że treścią przyrzeczenia było w tym przypadku wyłącznie odszkodowanie, a nie zdrowie, czy też brak wad sprzedanego niewolnika¹⁰¹. Z kolei É. Jakab, koncentrując się w swoich rozważaniach na *praestari*, dowodzi, że Ulpian rozróżnił w tekście dwie formy stypulacji¹⁰². Umowna stypulacja gwarancyjna opisana w początkowej części cytatu odpowiadała praktyce handlowej i stanowiła przedmiot swobodnego porozumienia stron. Jej przyjęcie miało na celu powstanie po stronie kupującego nowej możliwości skargi. Dodanie słowa *praestare* podkreślało, zdaniem autorki, konieczność ponieszenia przez sprzedawcę odpowiedzialności odszkodowawczej za gwarantowane przez niego szczególne właściwości rzeczy, podobnie jak formuła *sanum esse* i podobne, jeśli *praestare* przez przypadek nie zostało dodane lub poświadczono przez urzędnika¹⁰³. Drugi rodzaj wyróżnionej przez Ulpiana stypulacji to stypulacja zawarta w edyktie edylów kurulnych: „Uważa on po prostu za zabawne, że ktoś w ogóle mógłby kwestionować skuteczność edylickich stypu-

¹⁰⁰ Tak P. Apathy, *Sachgerechtigkeit und...*, ZSS 111, s. 137, z obszerną bibliografią.

¹⁰¹ H. Honsell, *Quod interest...*, s. 66; R. Zimmermann, *The Law...*, s. 310; M. Kaser, *Die Stipulationsklausel 'Quanti ea es erit'*, ZSS 1973, 90, s. 215; V. Arangio-Ruiz, *La Compravendita...*, s. 357. Z kolei P. Apathy, *Sachgerechtigkeit und...*, ZSS 111, s. 138, odczytuje tekst Ulpiana jako zaprzeczenie istnienia ogólnej zasady nieskuteczności umowy o świadczenie niemożliwe. Por. É. Jakab *Praedicere und...*, s. 241, przyp. 76, która powyższe stanowisko traktuje jako problematyczne z dwóch powodów. Po pierwsze, poprzez łączenie skuteczności stypulacji ze skutecznością umowy sprzedaży, po drugie, poprzez traktowanie wad edylickich jako błędu co do jakości rzeczy.

¹⁰² É. Jakab, *Praedicere und...*, s. 241 i n., zastanawia się, do czego odnosi się końcowa uwaga Ulpiana – do całego tekstu, czy tylko do przedostatniego zdania z *praestari* – i przyjmuje, że ostaniam uwaga od *alioquin* pozostaje w związku tylko z przedostatnim zdaniem. Przeciwno pierwszemu wariantowi, zgodnie z którym cały fragment dotyczyłby stypulacji edylickiej, przemawia, zdaniem É. Jakab, przede wszystkim brzmienie cytowanych przykładów: *sanum esse, furem non esse, vispellionem esse*: „Z wymienionych wad, jedynie *sanum esse* można łączyć z brzmieniem edyktu edylów kurulnych. *Fur* był wprawdzie typową klauzulą znaną z praktyki handlowej, ale nie został włączony do edyktu jako obowiązek poinformowania strony w tym przedmiocie. Uwaga ta dotyczy także *vispellio*. Także pierwszy argument Ulpiana (powstanie skargi na *quod interest*) nie wskazuje na postępowanie przed edylem, gdzie przysługiwała jedynie *actio redhibitoria* lub *actio quanti minoris*”. Zgodnie z taką interpretacją, tekst od *sed et si* dotyczy stypulacji edylickiej, natomiast tekst wcześniejszy dotyczy stypulacji innego rodzaju. Zdaniem autorki, za wariantem tym przemawiają także argumenty przytoczone przez Ulpiana wbrew zarzutom, że stypulacja gwarancyjna przy sprzedaży jest bezskuteczna: „Z jednej strony, uzasadniona jest przez to odpowiedzialność sprzedawcy do *quod interest*, z drugiej strony, w formule stypulacyjnej chętnie dodaje się *praestari*, za sprawą czego stypulacja w każdym przypadku staje się skuteczna. Ponadto, ta sama stypulacja umieszczona była przez edyla w jego edyktach i używana do jakichkolwiek, bliżej niesprecyzowanych tutaj celów”.

¹⁰³ É. Jakab, *Praedicere und...*, s. 244 i n.

lacji. Stypulacje te były powszechnie znane, ich treść, w przeciwieństwie do umownych stypulacji gwarancyjnych określona, a ich cel nie wzbudzał wątpliwości”¹⁰⁴.

Niezależnie od tego, na który z aspektów proponowanych w literaturze przedmiotu położony zostanie nacisk przy egzegezie tekstu Ulpiana, można potraktować go jako obszernie uzasadnienie ważności umownych stypulacji gwarancyjnych w sytuacji, gdy formalnie przyrzeczona właściwość rzeczy nie istniała, a tym samym jako konfrontację z kategorycznym *impossibilium nulla obligatio est* Celsusa. W tym ujęciu, polemikę Ulpiana rozumieć należałoby jako sprzeciw wobec wniosków płynących z zasady *impossibilium*, a zatem jako sprzeciw wobec ujęcia Celsusa, który stanowczo odmawiał skuteczności formalnym przyrzeczeniom nieznanym odzwierciedlenia w rzeczywistości. Tak sformułowana teza wymagałaby jednak udowodnienia, że *impossibilium nulla obligatio est* także u samego Celsusa odnosiła się do formalnych przyrzeczeń określonych właściwości rzeczy będącej przedmiotem sprzedaży. Problematyka ta pozostaje otwartym polem badawczym.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, że korzystanie ze znanej współczesnej cywilistycznej koncepcji początkowej niemożliwości świadczenia nie jest przydatne do wyjaśnienia tej problematyki na gruncie prawa rzymskiego. Wniosek ten potwierdzają choćby nieudane próby interpretacji wypowiedzi Celsusa w teoriach, m.in. formułki procesowej (M. Kaser), niemożliwości oszacowania przedmiotu świadczenia (D. Medicus) czy teorii ograniczenia obowiązku dłużnika w zobowiązaniach *ex stipulatione* jedynie do osiągnięcia określonego w zobowiązaniu celu (J. D. Harke). Teorie te, kładąc nacisk jedynie na określenie funkcji niemożliwości, pozostawiły bowiem bez odpowiedzi pytanie o bezpośrednią przyczynę nieważności powoływanych przypadków zobowiązań *ex stipulatione*. Zrozumienie specyfiki niemożliwości w prawie rzymskim ułatwić może wobec powyższego teoria W. Flume, która odrywa tę problematykę od uniwersalnego i odnoszonego do stosunku zobowiązaniowego dogmatu niemożliwości. Teoria ta otwiera zarazem możliwość innego od powszechnie przyjętego w literaturze i podręcznikach do prawa rzymskiego spojrzenia na analizowane przypadki nieważnych zobowiązań *ex stipulatione*. Pozwala bowiem na wyraźne oddzielenie przypadków niemożliwości ważnego zawarcia umowy od przypadków prawnej niemożliwości wykonania zobowiązania. Tym samym pozostawia poza podstawowym nurtem roz-

¹⁰⁴ É. Jakab (*ibidem*) opowiada się przeciw czysto dogmatycznemu wyjaśnieniu tekstu Ulpiana, a jego rozważania o niemożliwości sugeruje postrzegać jedynie jako rodzaj „intelektualnego exkursu”. Jej zdaniem, Ulpian eksperymentuje w kwestii „pogodzenia ze sobą czysto logicznego sposobu myślenia ze stanem faktycznym, powstałym wskutek rozwiniętej praktyki i tradycji prawa, i dlatego jego argumenty zdominowane zostały przez realia praktyki handlowej”.

ważań zaliczane dotychczas do problematyki początkowej niemożliwości przykłady nieważnych przyrzeczeń stypulacyjnych rzeczy wyjętej z obrotu oraz rzeczy własnej kupującego. Nie jest to problematyka bezpośrednio związana z niemożliwością zawarcia aktu prawnego stypulacji, ale z prawną niemożliwością wykonania zobowiązania, którego stypulacja jest źródłem. Rzeczy *extra commercium* oraz *rei suae* istniały; to tylko ich szczególne właściwości czyniły niemożliwą normalną realizację przyrzeczenia.

Niemniej jednak, uzasadnienie nieważności takich stypulacji w prawie rzymskim nie wydaje się nastęrczać trudności.

Inst. 3,19,2

[...] *nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci et ex libero servus fieri potest et commercium adipisci stipulator potest et res stipulatoris esse desinere potest, sed protinus inutilis est.* [...]

Justynian twierdzi, że formalne przyrzeczenie nie będzie trwać w zawieszeniu dlatego, że rzecz publiczna może stać się prywatną, że człowiek wolny może stać się niewolnikiem, że odbierający formalne przyrzeczenie może uzyskać prawo udziału w obrocie, oraz że rzecz może przestać być własnością odbierającego formalne przyrzeczenie – lecz od razu jest nieważne. Przyczyną nieważności takich stypulacji była prawdopodobnie okoliczność, że rzeczy będące jej przedmiotem w wyobrażeniu Rzymian w ogóle nie były brane pod uwagę jako możliwe przedmioty stypulacji¹⁰⁵. Jeśli podkreślić etyczny wymiar prawa rzymskiego¹⁰⁶, to można zaryzykować twierdzenie, że nikt w Rzymie, kto kierował się nakazami etycznego postępowania, nie wpadłby nawet na pomysł formalnego przyrzeczenia *dare* rzeczy wyjętej z obrotu, np. pola Marsowego¹⁰⁷. Przyrzeczenie takie było absurdalne, ale przede wszystkim sprzeczne z dobrymi obyczajami.

¹⁰⁵ Tak W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 102, dla którego potwierdzeniem powyższej tezy jest fakt, że Rzymianie dopuszczali jako możliwy przedmiot stypulacji rzeczy przyszłe (D. 45,1,73 pr. (Paul. 24 ed.): *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest.* [...]). Por. T. Arp (*Anfängliches...*, s. 89), którego zdaniem, z tekstów G. Inst. 3,97; Inst. 3,19,1 i 2 oraz D. 44,7,1,9 (Gai. 2 aur) wynika, że stypulacja była nieważna (tzn. pozbawiona sensu), ponieważ strony nie znały przyczyn decydujących o tym, że przyrzeczonego świadczenia nie można było wykonać. Stanowisko to krytykują W. Flume (*Rechtsakt und...*, s. 102, przyp. 18) oraz J. D. Harke (*Unmöglichkeit und...*, JbJZ 2001, s. 38), którzy zarzucają T. Arpowi przypisanie błędnego znaczenia pojęciom *stipulator* i *promissor*.

¹⁰⁶ O etycznym wymiarze prawa rzymskiego, zob. m.in. M. Kuryłowicz, *Rzymskie sentencje prawnicze o człowieku sprawiedliwości i prawie*, Palestra 1988, 32/7, s. 71 i n.; idem, *Etyka i prawo w sentencjach rzymskich jurystów*, [w:] *W kregu problematyki władzy, państwa i prawa*, Lublin 1996, s. 125 i n.

¹⁰⁷ D. 18,1,6 pr. (Paul. 5 Sab.).

Przedstawienie niemożliwości początkowej w relacji przeciwstawienia aktu prawnego i stosunku prawnego nie tylko oderwało te rozważania od obowiązującego we współczesnej cywilistyce dogmatu niemożliwości, ale uwypukliło jednocześnie różnice pomiędzy rzymskim a współczesnym jej rozumieniem. Jeśli bowiem niemożliwość początkowa oznaczała w prawie rzymskim niemożliwość ważnego zawarcia umowy, to każdy inny przypadek, w którym świadczenie nie mogło być spełnione na skutek przeszkody istniejącej w chwili jej zawarcia, był jedynie formą niewykonania ważnie powstałego zobowiązania. Znamiennym w tym względzie jest tekst Venuleiusa zawarty w pierwszej księdze *stipulationum*. Wprowadzone w nim rozróżnienie na *impedimentum naturale* oraz *difficultas dandi* stało się bowiem źródłem powszechnej w literaturze przedmiotu tezy, że jest ono tożsame ze współczesnym rozróżnieniem na (początkową) obiektywną i subiektywną niemożliwość świadczenia. Taka interpretacja nie znajduje jednakże potwierdzenia w tekście Venuleiusa i ponownie jest projekcją współczesnego rozumienia instytucji niemożliwości świadczenia.

D. 45,1,137, 4 i 5 (Venul. 1 stip.)

4. *Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. et alioquin si quis Stichum dari sponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur "Ephesi daturum se", an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non posset. et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promisserit.*

5. *Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.*

Venuleius wyróżnił w tekście dwie istotne przeszkody w spełnieniu przyrzeczonego świadczenia o charakterze początkowym. Pierwsza z nich – to przeszkoda zewnętrzna (*impedimentum naturale*), druga – to zdolność do świadczenia (*facultas dandi*), której brak działa „na niekorzyść osoby przyrzekającego”. Podczas gdy nie można wymagać od dłużnika przewyciężenia przeszkody zewnętrznej, to osobista zdolność do świadczenia jest przez niego zagwarantowana poprzez umownie złożone przyrzeczenie¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Tak HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 62; zob. także interpretację tekstu Venuleiusa w aspekcie wymagalności świadczenia (T. Arp, *Anfängliche...*, s. 68 i n.) oraz miejsca spełnienia

Venuleius wprowadził rozróżnienie na *impedimentum naturale* oraz *difficultas dandi* dla podkreślenia, że skuteczność umowy w prawie rzymskim nie zależała od osobistej zdolności dłużnika do świadczenia¹⁰⁹. Jako przykłady braku *facultas dandi* w chwili powstania zobowiązania *ex stipulatione*, Venuleius wskazał trzy przypadki. Pierwszy – gdy dłużnik nie miał przyrzeczonej sumy pieniędzy i nie mógł znaleźć pożyczkodawcy. Drugi – gdy dłużnik nie mógł spełnić świadczenia *in praesentia*, ponieważ niewolnik, który miał być świadczony w Rzymie, znajdował się w Efezie. Trzeci – gdy dłużnik przyrzekał wydać cudzego niewolnika, którego właściciel nie chciał sprzedać. We wszystkich trzech przypadkach brak istniejącej już w chwili powstania zobowiązania *facultas dandi* był jedynie trudnością w wykonaniu zobowiązania. Oznacza to, że nie miał wpływu na obowiązek spełnienia świadczenia przez dłużnika¹¹⁰ i, zgodnie z ogólną zasadą, wierzyciel miał prawo domagać się spełnienia świadczenia niezwłocznie po odebraniu przyrzeczenia od dłużnika¹¹¹. *Difficultas dandi* nie odnosiła się jednak wyłącznie do osobistej trudności w spełnieniu świadczenia, ale mogła mieć również charakter obiektywny – tak, jak w przypadku *impedimentum naturale*¹¹². Nie można byłoby bowiem domagać się od dłużnika spełnienia świadczenia, np. w Kartaginie tego samego dnia, w którym zostało ono przyrzeczone w Rzymie¹¹³. Źródła potwierdzają, że w podobnych przypadkach dłużnikowi pozostawiano czas potrzebny do spełnienia świadczenia¹¹⁴.

Nie wydaje się wobec powyższego słuszne stanowisko, że *impedimentum naturale* i *facultas dandi* w związku z dołączonym do tekstu Venuleiusa cytatem Sabinusa tożsame są ze współczesnym rozróżnieniem na obiektywną

świadczenia przez dłużnika (J. D. Harke, *Unmöglichkeit und...*, JbJZ 2001, s. 43, przyp. 67). Weryfikacja tych interpretacji oraz poddawanej w wątpliwość autentyczności samego tekstu Venuleiusa nie jest istotna z punktu widzenia niniejszego artykułu.

¹⁰⁹ T. Arp, *Anfängliche...*, s. 73 i n.; J. D. Harke, *Unmöglichkeit und...*, JbJZ 2001, s. 43, przyp. 67; M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio...*, AUPA 51, s. 251; H. H. Jakobs, *Unmöglichkeit und...*, s. 130; M. Sobczyk, *L'impossibilità oggettiva e soggettiva della prestazione nel diritto romano*, [w:] B. Sitek, A. R. Jurewicz, A. Świętoń (red.), *Riflessioni in materia...*, Olsztyn 2007, s. 85 i n.

¹¹⁰ Por. E. Genzmer, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*, ZSS 1924, 44, s. 123 i n.

¹¹¹ M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne*, s. 243; W. Bojarski, *Prawo rzymskie*, s. 156; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, s. 356.

¹¹² M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio...*, AUPA 51, s. 252.

¹¹³ Por. D. 13,4,2,6 (Ulp. 27 ad ed.): [...] *quare verum puto quod Iulianus ait eum, qui Romae stipulatur hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari.*; D. 45,1,141,4 (Gai. 2 de verb. oblig.).

¹¹⁴ D. 45,1,137,2 (Venul. 1 stip.); D. 45,1,60 (Ulp. 20 ad ed.); 40,7,34,1 (Pap. 21 quaest.); D. 45,1,73 pr. (Paul. 24 ad ed.).

i subiektywną (początkową) niemożliwość świadczenia¹¹⁵. Jak podnosi M. J. Schermaier, to dopiero prawo powszechne oprze na tym podziale istniejącą do dziś różnicę pomiędzy niemożliwością świadczenia (*impossibilitas*) a trudnością w jego spełnieniu (*difficultas*), zaś pandektystyka odpowiednio: pomiędzy (początkową) obiektywną i subiektywną niemożliwością świadczenia¹¹⁶. Friedrich Carl von Savigny uzna bowiem za niemożliwość jedynie niemożliwość obiektywną, to znaczy mającą swe źródło „w naturze działania samego w sobie”¹¹⁷ – *impedimentum naturale* u Venuleiusa. Drugi rodzaj niemożliwości, niemożliwość subiektywna, „nie zwalnia dłużnika od niekorzystnych następstw, które mogą się wiązać z arbitralnie niewykonanym zobowiązaniem”¹¹⁸ – *facultas dandi* u Venuleiusa, który mówi o niej: *et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*¹¹⁹.

Dotychczasowe rozważania uprawniają do sformułowania wniosku, że również *impossibilium nulla obligatio est* musiała w toku rozwoju prawa przejść zarówno pojęciową, jak i znaczeniową ewolucję. Zaprezentowanie możliwych interpretacji zasady Celsusa, począwszy od arystotelejsko-tomistycznej

¹¹⁵ E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung...*, [w:] *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, s. 22 i n. (=FS Bekker, s. 198 i n.); Chr. Wollschläger, *Die Entstehung...*, s. 10; D. Medicus, *Zur Funktion...*, ZSS 86, s. 84.

¹¹⁶ Tak HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 62.

¹¹⁷ F. C. v Savigny, *Das Obligationenrecht...*, t. 1, s. 382 i n.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Zob. także M. J. Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio...*, AUPA 51, s. 242, który dowodzi, że przypadki obiektywnych i subiektywnych przeszkód w świadczeniu o charakterze początkowym traktowane były w prawie rzymskim odmiennie. Dokonywano bowiem wyraźnego rozróżnienia pomiędzy świadczeniem możliwym do spełnienia z natury rzeczy (*quod in rerum natura est*) a takim, gdzie tylko dłużnik nie był w stanie go spełnić (*quid facere non potest*). Uwzględnienie osobistej zdolności dłużnika do świadczenia było, zdaniem tego autora, „raczej gwarantowanym dłużnikowi pod pewnymi względami przywilejem, który pozwalał na zasądzenie dłużnika w procesie jedynie w granicach finansowej zdolności, najczęściej do wartości jego majątku”. Autor podnosi (z odwołaniem do M. Kasera, RP I, s. 482 i n.; J. Gildemeister, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1986), że zasądzenie *in id quod facere potest* nie zależało jednakże od źródła czy też rodzaju zobowiązania, ale od wzajemnego stosunku pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem, i dodaje, że podobna odpowiedzialność ciążyła w prawie rzymskim, np. na współnikach (D. 17,2,63 pr. (Ulp. 31 ad ed.): *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*). Tego rodzaju uprzywilejowanie dłużnika mogło świadczyć „o braku w prawie rzymskim ogólnej reguły, która zwalniała dłużnika z obowiązku świadczenia w sytuacji jedynie niemożności świadczenia. Kryterium *id quod facere potest* decydowałoby wówczas wyłącznie o ograniczeniu zakresu odpowiedzialności dłużnika, w żadnym natomiast wypadku o wyłączeniu lub ograniczeniu ciężącego na nim obowiązku świadczenia”.

teorii działania niezgodnego z rozumną wolą człowieka oraz przypisaniu mu odpowiedzialności za takie działanie poprzez prawnonaturalną (H. Grocjusz, S. Pufendorf) interpretację *nullus obligatur ad possibile* Akwinaty, aż po kompleksowe ujęcie problematyki niemożliwości przez pandektystów (F. C. von Savigny, F. Mommsen) wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Wskazać należy jedynie, że zgodnie z przyjętym w literaturze poglądem, to moralno-teologiczne, a później prawnonaturalne rozumienie pojęcia „niemożliwość” było bezpośrednią przyczyną włączenia reguły Celsusa do ogólnych rozważań na temat niemożliwości i obowiązku świadczenia, a w rezultacie zatarcia różnic pomiędzy niemożliwością początkową, do której zasada ta wyłącznie się odnosiła, a niemożliwością następczą, będącą niemożliwością wykonania zobowiązania¹²⁰.

Powyższe uwagi być może skłonią do refleksji zarówno romanistów, jak i cywilistów. Z jednej strony, konieczne i jednocześnie szalenie ciekawe projekty nadające prawu rzymskiemu rolę czynnika integrującego prawo wspólnej Europy mogą odnieść wymierny sukces wówczas, gdy badania romanistów rozszerzone zostaną na aktualne zagadnienia cywilno- (karno-) prawne, analizowane w ujęciu ewolucyjnym i na tle szeroko rozumianej tradycji romanistycznej. Z drugiej strony, powyższe rozważania zwrócą być może uwagę odpowiedzialnych w dużej mierze za kształt współczesnego prawa cywilistów na fakt, że to przede wszystkim materiały historyczne nadal pozostają źródłem wszelkiej, także aktualnej wiedzy.

Bibliografia

- Abramowiczówna Z.** (red.), *Słownik grecko-polski*, t. 1, Warszawa 1958.
- Apathy P.**, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 1994, 111, s. 95–154.
- Arangio-Ruiz V.**, *La compravendita in diritto Romano: Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anni 1951–1953*, Napoli 1954.
- Arp T.**, *Anfängliche Unmöglichkeit*, Paderborn 1988.
- Arystoteles**, *Etyka nikomachejska*, [w:] *Dzieła wszystkie*, t. 5, Warszawa 1996.
- Behrends O., R. Knütel, B. Kupisch, H. H. Seiler**, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, t. 1: *Institutiones*, Heidelberg 1990; t. 2: *Digesten 1–10*, Heidelberg 1995; t. 3: *Digesten 11–20*, Heidelberg 1999; t. 4: *Digesten 21–27*, Heidelberg 2005.
- Bojarski W.**, *Prawo rzymskie*, Toruń 1994.
- Buckland W. W.**, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1963.

¹²⁰ Zob. szerzej wraz z obszerną bibliografią HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 15–18.

- Cuena Boy F. J.**, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestacion. La imposibilidad juridical*, Valladolid 1992.
- Dajczak W.**, *La generalizzazione della regola impossibilium nulla obligatio nella dogmatica moderna. Riflessioni nella prospettiva delle esperienze polacche del XX sec.*, [w:] B. Sitek, A. R. Jurewicz, A. Świętoń (red.), *Riflessioni in materia di oggetto della prestazione del diritto contrattuale europeo alla luce delle radici storiche. Prospettive di unificazione del diritto contrattuale europeo. Confronto tra alcune esperienze giuridiche nazionali e le loro basi storiche*, Olsztyn 2007, s. 31–41.
- Dajczak W.**, *Brak reguły impossibilium nulla obligatio w Zasadach Europejskiego Prawa Umów – przykład odrzucenia czy ewolucji tradycji prawa rzymskiego?*, [w:] W. Uruszczak, P. Święcicka, A. Kremer (red.), *Leges Sapere. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków 2008, s. 121–134.
- Dajczak W., T. Giaro, F. Longchamps de Bériar**, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009.
- Feenstra R.**, *Impossibilitas und Clausula rebus sic stantibus. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius*, [w:] A. Watson (ed.), *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh, London 1974, s. 77–104.
- Flume W.**, *Allgemeiner Teil des BGB*, Wyd. 4, Berlin 1992.
- Flume W.**, *Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker*, ZSS 1975, 92, s. 69–129.
- Flume W.**, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990.
- Flume W.**, *Zum römischen Kaufrecht*, ZSS 1934, 54, s. 328–334.
- Flume W.**, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Wyd. 2, Darmstadt 1975.
- Genzmer E.**, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*, ZSS 1924, 44, s. 86–163.
- Giaro T.**, *Excusatio necessitatis nel diritto romano*, Warszawa 1982.
- Gildemeister J.**, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1986.
- Gradenwitz O.**, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin 1887.
- Gradenwitz O.**, *Natur und Sklave bei der Naturalis obligatio*, [w:] *Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Johann Theodor Schirmer zum 1. August 1900*, Königsberg 1900, s. 139–179.
- Grosso G.**, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Wyd. 3, Torino 1966.
- Harke J. D.**, *Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung*, [w:] *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2001*, Stuttgart 2001, s. 29–59.
- Hartmann G.**, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen 1875.
- Heck Ph.**, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929.
- Hellmann F.**, *Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, ZSS 1902, 23, s. 381–428.
- Hellmann F.**, *Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, ZSS 1903, 24, s. 50–121.

- Honsell H.**, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969.
- Jakab É.**, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997.
- Jakobs H. H.**, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969.
- Jörs P., W. Kunkel, L. Wenger**, *Abriß des Römischen Zivilprozessrechts*, [w:] *Römisches Recht*, Wyd. 3, Heidelberg 1949.
- Jörs P., W. Kunkel, L. Wenger**, *Römisches Privatrecht*, [w:] *Römisches Recht*, Wyd. 3, Heidelberg 1949.
- Kaser M.**, *Perpetuari obligationem*, SDHI 1980, 46, s. 87–146.
- Kaser M.**, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Wyd. 2, München 1971.
- Kaser M.**, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966.
- Kaser M.**, *Die Stipulationsklausel 'Quanti ea es erit'*, ZSS 1973, 90, s. 184–219.
- Kaser M., R. Knütel**, *Römisches Privatrecht*, Wyd. 18, München 2005.
- Kolańczyk K.**, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001.
- Kunderewicz C., J. Rezler** (oprac.), *Gaius. Instytucje*, Warszawa 1982.
- Kunderewicz C.**, *Instytucje Justyniana*, Warszawa 1986.
- Kuryłowicz M.**, *Etyka i prawo w sentencjach rzymskich jurystów*, [w:] *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa*, Lublin 1996, s. 125–134.
- Kuryłowicz M.**, *Rzymskie sentencje prawnicze o człowieku sprawiedliwości i prawie*, Palestra 1988, 32/7, s. 71–83.
- Kuryłowicz M., A. Wiliński A.**, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Zakamycze 1999.
- Larenz K.**, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1: *Allgemeiner Teil*, Wyd. 14, München 1987.
- Lenel O.**, *Palingenesia iuris civilis*, t. 1, Leipzig 1889; Graz 1960.
- Litewski W.**, *Rzymski proces cywilny*, Warszawa, Kraków 1988.
- Mayer-Maly T.**, *Necessitat constituit ius*, [w:] *Studi di onore di Giuseppe Grosso*, t. 1, Torino 1968, s. 179–199.
- Mayer-Maly T.**, *Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91*, IURA 1956, 7, s. 6–23.
- Medicus D.**, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln, Graz 1962.
- Medicus D.**, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, ZSS 1969, 86, s. 67–104.
- Nanz K. P.**, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriff im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985.
- Osuchowski W.**, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962.
- Pape W.**, *Griechisch-deutsches Handwörterbuch*, Braunschweig 1857.
- Peters F.**, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, [w:] D. Medicus, H. H. Seiler (Hrsg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, s. 285–307.
- Plezia M.** (red.), *Słownik łacińsko-polski*, t. 1–5, Warszawa 1998.
- Quintilianus M. F.**, *Institutionis oratoriae Libri XII*, Wyd. 4 (ang. tłum. H. E. Butler), London, Cambridge 1958.
- Rabel E.**, *Origine de la règle: „Impossibilium nulla obligatio”*, [w:] H. G. Leser (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 4: *Arbeiten zur altgriechischen, hellenistischen und römischen*

- Rechtsgeschichte 1905-1949*, Tübingen 1971, s. 105–135 (=Mélange Gérardin, Paris 1907, s. 473–512).
- Rabel E.**, *Ueber die Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis*, [w:] H. G. Leser (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 1: *Arbeiten zum Privatrecht 1907–1930*, Tübingen 1965, s. 56–78 (=Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 1911, 3, s. 467–490).
- Rabel E.**, *Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, [w:] H. G. Leser (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 1: *Arbeiten zum Privatrecht 1907–1930*, Tübingen 1965, s. 1–55. (=Aus Römischen und Bürgerlichem Recht. Ernst Emmanuel Bekker zum 16. August 1907, Weimar 1907, s. 171–237).
- Rabel E.**, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht*, [w:] H. G. Leser (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, t. 1, Tübingen 1965, s. 79–102. (=Wiener Juristische Gesellschaft (Hrsg.), *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs*, t. 2, Wien 1911, s. 821–846).
- Rodeghiero A.**, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padua 2004.
- Rozwadowski W.**, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 1992.
- Savigny F. C. von.**, *Das Obligationenrecht als Theil des des heutigen römischen Rechts*, t. 1, Berlin 1851.
- Schermaier M. J.**, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischen Kaufrecht*, ZSS 1998, 115, s. 235–288.
- Schermaier M. J.**, *Impossibilium nulla obligatio. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht*, Annali del Dipartimento di storia del diritto. Università di Palermo 2006, 51, s. 241–268.
- Schmoeckel M., J. Rückert, R. Zimmermann** (Hrsg.), *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB*, t. I: *Allgemeiner Teil*, Tübingen 2003; t. II/1; II/2, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen 2007.
- Schulz F.**, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.
- Schulz F.**, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961.
- Schulz F.**, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936.
- Siber H.**, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Wyd. 1, t. 1, Berlin 1925; t. 2, Berlin 1928.
- Sitek B.**, *Impossibilium nulla obligatio est (D.50.17.185). L'impossibilità originaria della prestazione in alcuni sistemi giuridici. Uno studio giuridico-comparato*, [w:] B. Sitek, A. R. Jurewicz, A. Świętoń (red.), *Riflessioni in materia di oggetto della prestazione del diritto contrattuale europeo alla luce delle radici storiche. Prospettive di unificazione del diritto contrattuale europeo. Confronto tra alcune esperienze giuridiche nazionali e le loro basi storiche*, Olsztyn 2007, s. 67–82.
- Sitek B., A. R. Jurewicz, A. Świętoń** (red.), *Riflessioni in materia di oggetto della prestazione nel Diritto contrattuale europeo alla luce delle radici storiche. Prospettive di unificazione del diritto contrattuale europeo. Confronto tra alcune esperienze giuridiche nazionali e le loro basi storiche*, Olsztyn 2007.
- Sobczyk M.**, *L'impossibilità oggettiva e soggettiva della prestazione nel diritto romano*, [w:] B. Sitek, A. R. Jurewicz, A. Świętoń (red.), *Riflessioni in materia di oggetto della prestazione del diritto contrattuale europeo alla luce delle radici storiche. Prospettive di unificazione del diritto contrattuale europeo. Confronto tra alcune esperienze giuridiche nazionali e le loro basi storiche*, Olsztyn 2007, s. 83–100.

- Sondel J.**, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997.
- Taubenschlag R.**, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955.
- Thesaurus Linguae Latinae*, t. 1–10, Lipsiae 1900–1985.
- Wesel U.**, *Vispellio*, ZSS 1963, 80, s. 392–393.
- Wieacker F.**, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, [w:] *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, t. 1, München, Berlin 1965, s. 783–813.
- Wollschläger Ch.**, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, Wien 1980.
- Wołodkiewicz W., M. Zabłocka**, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2001.
- Zimmermann R.**, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

Dagmara SKRZYWANEK-JAWORSKA

**INVALID OBLIGATIONS EX STIPULATIONE.
THE MEANING OF IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO EST (D. 50,17,185)
OF CELSUS IN ROMAN LAW**

(Summary)

This article concerns the issues of invalid obligations *ex stipulatione* and the meaning of the Celsus phrase *Impossibilium nulla obligatio est* (D. 50,17,185) in Roman law. It presents in a polemic way two groups of the opinions, which can be found in the literature. The older theories adapt the civil law achievements to the ground of Roman law, what does not help to understand the concept of initial impossibility in Roman law. This research method is concentrate on the function of impossibility and does not indicate the reason of invalidity of the *ex stipulatione* obligations. At the same time it does not explain the meaning of the Celsus sentence. In the opposition there are in the newer literature an alternative theories to found, which analyse the invalid obligations *ex stipulatione* in relation to the concept of the valid formation of contract. According to these newer attempts the explanation of the meaning of the Celsus' phrase seems to be more reliable.