

Dagmara SKRZYWANEK-JAWORSKA*

**NIEWAŻNE ZOBOWIĄZANIA *EX VENDITIONE*.
*NEC EMPTIO NEC VENDITIO SINE RE QUAE VENEAT
POTEST INTELLEGI (D. 18,1,8 PR.) POMPONIUSA
A IMPOSSIBILIVM NULLA OBLIGATIO EST CELSUSA (D. 50,17,185)***

**1. Nieważne umowy sprzedaży o świadczenie
od początku niemożliwe do spełnienia**

Zgodnie z dominującym w literaturze przedmiotu poglądem, teza o nieważności umowy o świadczenie od początku niemożliwe do spełnienia znajdowała w prawie rzymskim swoje potwierdzenie nie tylko w przypadku zobowiązań *ex stipulatione*¹, ale także *ex venditione*. Przyjmuje się, że ważne zobowiązanie z *emptio-venditio* mogło powstać tylko wtedy, gdy w chwili zawarcia umowy przyrzeczone świadczenie było fizycznie lub prawnie możliwe do spełnienia. W przeciwnym wypadku – *Impossibilium nulla obligatio est* (D. 50, 17, 185)². Zdaniem W. Flume, ujęcie to opiera się na ustaleniach prawa współczesnego w zakresie synallagmy oraz niemożliwości świadczenia i zakłada, że niemożliwość początkowa w prawie rzymskim wywierała wpływ jedynie na mogący powstać w drodze umowy stosunek prawny – zobowią-

* Dr, LL.M. (Münster); Katedra Prawa Rzymskiego, Uniwersytet Łódzki.

¹ Niniejszy artykuł jest kontynuacją publikacji dotyczącej problematyki początkowej niemożliwości w prawie rzymskim, w szczególności – nieważnych zobowiązań *ex stipulatione*, **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Nieważne zobowiązania ex stipulatione. Znaczenie Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50, 17, 185) w prawie rzymskim*, SPE 2011/LXXXIII, s. 205 i n. Przyjęte w niej założenia odnośnie do przedmiotu oraz celu artykułu, pozostają aktualne także w niniejszym opracowaniu.

² Obszerna literatura polska i zagraniczna z tym zakresie, zob. **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Nieważne...*, s. 206 i n., przyp. 3–6.

zanie, a nie na stanowiący źródło tego stosunku, akt prawny *emptio-venditio*³. W doktrynie przyjęto ponadto, że zasada nieważności umowy o świadczenie od początku niemożliwe do spełnienia doznawała, w odniesieniu do zobowiązań *ex venditione* i w miarę rozwoju prawa, licznych wyjątków, jak choćby ważna sprzedaż nieistniejącej wierzytelności, rzeczy wyjętej w obrotu, czy człowieka wolnego w przeświadczeniu, że był niewolnikiem. Bardziej elastyczne podejście do oceny skutków prawnych początkowej niemożliwości świadczenia przy sprzedaży uzasadnia się w literaturze przedmiotu najczęściej konstrukcją skarg dobrej wiary. Podkreśla się, że w przeciwieństwie do dawnych skarg *stricti iuris*, skargi *bonae fidei* pozostawiały sędziemu większą swobodę orzekania. Sędzia rozstrzygał o przyczynie powstania i treści zobowiązania według swego uznania, ponieważ *formula incerta* uprawniała go do orzekania: *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*⁴. Z tego względu, sędzia mógł swobodnie, zgodnie z zasadami dobrej wiary, ocenić zakres obowiązków stron, a tym samym rozstrzygnąć o ich odpowiedzialności według innych, niż możliwość świadczenia kryteriów, w tym wiedzy stron o niemożliwości⁵.

³ **W. Flume**, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990, s. 100, z odwołaniem do **M. Kaser**, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* [dalej: **RP I**], Wyd. 2, München 1971, s. 530; **H.P. Benöhr**, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburger Rechtsstudien [Hamburg] 1965/54, s. 63 i n.; recenzji ww.pracy – **T. Mayer-Maly**, [w:] *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* [dalej: **ZSS**] 1966/83, s. 481 i n. **Werner Flume** (*Rechtsakt und...*, s. 101) przyznaje wprawdzie odnośnie do synallagmy przy sprzedaży, że zgodnie z przekazem źródłowym, w większości przypadków podobnie, jak w prawie współczesnym, daje się zauważyć zależność roszczeń wzajemnych. Uważa jednak, że prawnikom rzymskim „nie przyszłoby na myśl ujęcie tego wyniku jako synallagmy względem wzajemnych roszczeń”.

⁴ W przedmiocie formułki procesowej, zob. **W. Litewski**, *Rzymski proces cywilny*, Warszawa, Kraków 1988, s. 52 i n.; **M. Kaser**, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, s. 235 i n.; **F. Schulz**, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 19 i n.

⁵ Zob. m.in. **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. 24 i n. (= *Aus Römischen und Bürgerlichem Recht. Ernst Emmanuel Bekker zum 16. August 1907*, Weimar 1907, s. 200 i n.); **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, Wien 1980, s. 11; por. **D. Medicus**, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, ZSS 1969/86, s. 95 i n.

1.1. Materiał źródłowy

W celu sklasyfikowania przypadków początkowej niemożności świadczenia w prawie rzymskim, doktryna podzieliła je, co do zasady, na trzy grupy. Pierwsza objęła sprzedaż rzeczy, która nie istniała; druga – sprzedaż rzeczy wyjętej z obrotu, spadku oraz wierzytelności; trzecia zaś – kupno *rei suae*⁶.

Pierwsza grupa dotyczy nieważnych umów sprzedaży rzeczy, która uległa zniszczeniu przed zawarciem umowy, lub rzeczy, która nigdy nie istniała.

D. 18,1,15 pr. – 1 (Paul. 5 Sab.)

Et si consensus fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.

§ 1. *Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit.*

D. 18,1,8 pr. (Pomp. 9 Sab.)

*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*⁷.

Paulus mówi w komentarzu do Sabinusa, że umowa była nieważna nawet wtedy, gdy strony doszły do porozumienia co do przedmiotu umowy, ale ten przestał istnieć przed jej zawarciem, a Pomponius – że nie ma umowy sprzedaży, jeśli rzecz będąca jej przedmiotem nie istnieje: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (D. 18,1,8 pr.)

Zgodnie z dominującym w literaturze przedmiotu poglądem, przyjęto w powyższych przypadkach istnienie początkowej (obiektywnej) niemożności świadczenia i sformułowano wniosek, że przyrzeczenie świadczenia niemożliwego do spełnienia z przyczyn fizycznych stało na przeszkodzie powstaniu zobowiązania z *emptio-venditio*⁸. Torsten Arp podkreśla, że powołane

⁶ Por. **W. Dajczak**, *Brak reguły impossibilium nulla obligatio w Zasadach Europejskiego Prawa Umów – przykład odrzucenia czy ewolucji tradycji prawa rzymskiego?*, [w:] **W. Uruszczak**, **P. Świącicka**, **A. Kremer** (red.), *Leges Sapere. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków 2008, s. 124. Autor wyodrębnia dwie zasadnicze grupy przypadków; pierwszą, która obejmuje sytuacje, gdy świadczenie nigdy nie było możliwe, i drugą, gdy stało się ono niemożliwe przed zawarciem umowy.

⁷ Zob. także D. 18,1,44 (Marc. 3 reg.): *Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.*

⁸ Zob. m.in. **H. Siber**, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung* [dalej: **RR**], t. 1: *Römisches Privatrecht*, Wyd. 1, Berlin 1928, s. 195; **M. Kaser**, *RP I*, s. 549; **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 11 i n.; **D. Medicus**, [w:] *ZSS 1969/86*, s. 95 i n.; **F. Schulz**, *Classical...*, s. 532; **V. Arangio-Ruiz**, *La compravendita in diritto Romano: Corso di lezioni svolte nell'Università do Roma. Anni 1951–1953*, Wyd. 2, Napoli 1954, s. 127 i n.; por. **J.D. Harke**, *Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechts-*

teksty Paulusa i Pomponiusa rozumie się zatem w ten sposób, iż umowa była nieważna, ponieważ od samego początku nie mogła zostać wykonana – kupujący nie mógł domagać się odszkodowania w miejsce wydania rzeczy i zapewnienia mu jej spokojnego posiadania, a sprzedawca nie mógł dochodzić ceny sprzedaży⁹.

Druga grupa przypadków dotyczy z kolei umów o świadczenie niemożliwe do spełnienia z przyczyn prawnych i łącznie analizuje przypadki sprzedaży rzeczy wyjętej z obrotu, spadku oraz wierzytelności.

W odniesieniu do sprzedaży nieistniejącej wierzytelności przyjmuje się, że sprzedaż taka była ważna i wywoływała skutki prawne¹⁰:

modernisierung, [w:] *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2001* [dalej: **JbJZ 2001**], **T. Helms, D. Neumann, G. Caspers, R. Sailer, M. Schmidt-Kessel** (Hrsg.), Stuttgart 2001, s. 31 i n., s. 34. Por. **W. Dajczak**, *Brak regulacji...*, s. 124 i n.; **idem**, *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.; **B. Sitek**, *Impossibilium nulla obligatio est (D.50.17.185). L'impossibilità originaria della prestazione in alcuni sistemi giuridici*, [w:] **B. Sitek, A.R. Jurewicz, A. Świętoń** (red.) *Riflessioni in materia...*, s. 70 i n.; **M. Sobczyk**, *L'impossibilità oggettiva e soggettiva della prestazione nel diritto romano*, [w:] **B. Sitek, A.R. Jurewicz, A. Świętoń** (red.), *Riflessioni in materia...*, s. 83 i n., s. 99; **A.M. Rabello**, *The "Impossible Contract": from Roman Law to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, [w:] *Libellus ad Thomasium. Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas*, Pretoria 2010, s. 346 i n.

⁹ Tak **T. Arp**, *Anfängliche Unmöglichkeit*, Paderborn 1988, s. 102. Autor wskazuje ponadto odmienne stanowisko **F. Petersa** (*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. 299 i n.), który na podstawie § 1 tekstu Paulusa sformułował wniosek, że kupującemu mogła przysługiwać w przypadku niewiedzy o niemożliwości świadczenia ochrona w granicach interesu zaufania, o ile sam nie dopuścił się zaniedbania. Choć nie przysługiwały mu w tym przypadku roszczenia dochodzone normalnie za pomocą *actio empti*, to mógł wystąpić ze skargą o wyrównanie powstałej szkody, która, o ile to możliwe, obejmowała nawet dodatni interes umowy. Frank Peters uzasadnił swoje stanowisko zamiennym stosowaniem w klasycznym prawie rzymskim, przeciwstawnych w techniczno-prawnym sensie, pojęć „nieważność” oraz „skuteczność” umowy (*ibidem*, s. 288 i n., s. 305) i sformułował ogólny pogląd, że niemożliwość początkowa mogła zagrażać istnieniu umowy sprzedaży w wyjątkowych tylko przypadkach, mianowicie wówczas, gdy „brak było poważnego, w rozumieniu prawa, podejścia do zawarcia takiej umowy (na przykład zła wiara obu stron przy zawarciu umowy)”. W każdym innym przypadku była „jedynie przeszkodą w wykonaniu zobowiązania” (*ibidem*, s. 306).

¹⁰ Zob. m.in. **G. Grosso**, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Wyd. 3, Torino 1966, s. 62 i n.; **D. Medicus**, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln, Graz 1962, s. 167 i n.; **H. Hon-**

D 18,4,4 (Ulp. 32 ed.) i 5 (Paul. 33 ed.)

4. *Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit,*
5. *et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit, sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor; si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris.*

Ulpian mówi, że jeśli sprzedana została wierzytelność¹¹, to – zgodnie z opinią Celsusa – sprzedawca nie odpowiadał względem kupującego za zdolność finansową dłużnika. Odpowiadał natomiast za to, że dług istniał, chyba że strony ustaliły inaczej. Paulus dodał, że jeśli strony wyraźnie wskazały oznaczoną sumę długu, to sprzedawca odpowiadał do wysokości tej sumy. Jeśli jednak była to suma nieoznaczona, a dług nie istniał, to sprzedawca odpowiadał w granicach *quanti intersit emptoris*.

Sytuacja prawna nie była już tak jednoznaczna w przypadku sprzedaży spadku:

D.18,4,1 (Pomp. 9 ad Sab.)

Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.

D. 18,4,7 (Paul. 14 Plaut.)

Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

D. 18,4,8 (Jav. 2 ex Plaut.)

Quod si nulla hereditas ad venditionem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur.

D. 18,4,9 (Paul. 33 ed.)

et si quid emptoris interest.

Pomponius mówi, że sprzedaż jako spadku majątku osoby żyjącej lub w ogóle nieistniejącej jest nieważna, ponieważ rzecz będąca przedmiotem umowy w rzeczywistości nie istnieje. Ze stanowiskiem Pomponiusa zgadza

sell. *Quod interest in bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969, s. 112 i n.

¹¹ O przelewie wierzytelności w prawie rzymskim, zob. **W. Rozwadowski**, *Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969.

się Paulus, który dodaje, że sprzedaż spadku nie jest sprzedażą szansy, jak w przypadku kupna zwierzyny z polowania i podobnych, ale sprzedażą rzeczy, która musi istnieć, aby umowa była ważna. Javolenus z kolei rozpatruje sprzedaż spadku, który nie przysługiwał sprzedawcy, a od istnienia lub nieistnienia spadku uzależnia jedynie wysokość należnego kupującemu odszkodowania. Jeśli spadek istnieje, to o wysokości odszkodowania decyduje jego wartość. Jeśli natomiast spadek nie istnieje, to kupujący może żądać zwrotu ceny sprzedaży oraz odszkodowania w granicach poniesionych nakładów. Paulus przyznaje nabywcy więcej: *et si quid emptoris interest*¹².

Przełamanie zasady nieważności umowy o świadczenie, od początku niemożliwe do spełnienia, dotyczy ponadto przypadków sprzedaży człowieka wolnego oraz rzeczy wyjętej z obrotu.

D. 18,1,70 (Lic. Ruf. 8 reg.)

Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur.

D. 18,1,4 (Pomp. 9 Sab.) i 5 (Paul. 5 Sab.)

4. *Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur,*

5. *quia difficile dinosci potest liber homo a servo*¹³.

Licinnius Rufinus mówi, że sprzedaż człowieka wolnego, którego obie strony lub choćby tylko kupujący mylnie uważał za niewolnika, jest ważna, *contrahi posse*. Dodał, że tylko wiedza kupującego prowadzi do nieważności umowy. Także Pomponius informuje, że sprzedaż człowieka wolnego, jak i miejsc poświęconych bogom i miejsc pochówku jest ważna, *emptio intellegitur*, o ile kupujący nabył je, nie będąc świadomym istnienia prawnej przeszkody. Skuteczne kupno człowieka wolnego Paulus uzasadnił dodatkowo tym, że trudno jest go odróżnić od niewolnika.

¹² Zob. F. Peters, *Zur dogmatischen...*, s. 296 i n., który podejmuje próbę ujednoczenia wskazanych rozbieżności poprzez odwołanie się do, wspólnej dla wszystkich przypadków odpowiedzialności sprzedawcy *ex empto*.

¹³ Zob. także, D. 18,1,6 pr. (Paul. 5 Sab.): *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius*; D. 18,1,34,2 (Paul. 33 ed.): *Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: 'cum servus erit', quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare.*; D. 18,1,73 pr. (Pap. 3 resp.): *Aede sacra terrae motu diruta locus aedificii non est profanus et ideo venire non potest.*

Stanowisku, że sprzedaż rzeczy wyjętej z obrotu była w klasycznym prawie rzymskim ważna, o ile kupujący nie wiedział o tych przeszkodach, zdaje się z kolei przeczyć opinia Modestyna.

D. 18,1,62,1 (Mod. 5 reg.)

Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

Uczeń Ulpiana pisze, że umowa jest wprawdzie nieważna, ale kupujący, który nieświadomie nabył miejsca poświęcone bogom lub przeznaczone na pochówek tak, jakby chodziło o miejsca zbywalne, mógł dochodzić za pomocą *actio empti* zaspokojenia interesu umownego za wprowadzenie go w błąd przez sprzedawcę¹⁴.

Ustalenie reguły, jaka obowiązywała w prawie klasycznym przy rozstrzygnięciu tej grupy przypadków, komplikuje dodatkowo rozstrzygnięcie Justyniana:

Inst. 3,23,5

Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.

Justynian przyjął nieważność umowy tylko w przypadku wiedzy kupującego o niemożliwości świadczenia, a w przypadku wprowadzenia w błąd przyznał mu – za Modestynem – skargę na *quod sua interest deceptum non*

¹⁴ Tekst Modestyna ze względu na przełamanie zasady, że przyznanie skargi z umowy wymaga jej ważności, traktowany jest w starszej literaturze przedmiotu jako nieautentyczny, zob. **D. Medicus**, *In quod...*, s. 163 i n.; **G. Grosso**, *Obbligazioni...*, s. 57 i n.; **V. Arangio-Ruiz**, *La compravendita...*, s. 132. Inaczej **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 116, który wyrażenie *licet emptio non teneat* rozumie w taki sposób, że odnosi się ono wyłącznie do kupującego i stanowi, iż sprzedaż wprawdzie go nie wiąże, ale przyznana zostaje mu skarga *ex empto* przeciw sprzedawcy. Kupującego nie wiąże kupno świętego lub publicznego placu z tego powodu, że cena sprzedaży siłą rzeczy musiałaby stać się jedynie „pozycją do potrącenia w rachunku doznanej szkody”. Podobnie **J.D. Harke**, *Unmöglichkeit und...*, s. 33, przyp. 17, który dodaje, że przez *licet emptio non teneat* chciał Modestyn podkreślić, że sprzedaż uznana za skuteczną dla ochrony kupującego w dobrej wierze nie może pociągać dla niego niekorzystnych skutków prawnych. Tak też **M.J. Schermaier**, *Impossibilium nulla obligatio. 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. 251; por. **R. Zimmermann**, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 690; **W. Dajczak**, *Brak reguły...*, s. 124, przyp. 23.

esse¹⁵. Sprzedaż rzeczy wyjętej z obrotu zrównał ponadto, pod względem skutków prawnych, ze sprzedażą człowieka wolnego jako niewolnika.

Uwzględniając różnorodność rozstrzygnięć prawników rzymskich oraz podejrzewając liczne interpolacje w odniesieniu do powyższych tekstów, doktryna przyjmuje w odniesieniu do wskazanej grupy przypadków, istnienie następującego stanu prawnego. Sprzedaż człowieka wolnego, którego przyrzekający mylnie uważał za niewolnika była ważna¹⁶, i choć kupujący nie mógł nabyć własności, a sprzedawca nie mógł żądać zapłaty ceny, to dobra wiara tego pierwszego gwarantowała¹⁷ mu uzyskanie *actio empti* jako podstawy roszczenia odszkodowawczego¹⁸. Sporne jest natomiast, czy również w przypadku innych rzeczy wyjętych z obrotu sprzedawca, poza przypadkiem *dolus*, odpowiadał wyłącznie z *emptio-venditio*¹⁹. W odniesieniu zaś do sprzedaży *rei sacra* – wbrew powołanym tu tekstom Pomponiusa i Justyniana – doktryna skłania się ku stanowisku, że sprzedaż taka nie wywoływała jednak w prawie rzymskim żadnych skutków prawnych²⁰.

Ostatnia grupa przypadków, która potwierdzić ma obowiązywanie w prawie rzymskim zasady nieważności umowy o świadczenie od początku niemożliwe do spełnienia, dotyczy sprzedaży rzeczy własnej kupującego:

¹⁵ Sporne pozostaje w literaturze, czy zagwarantowane kupującemu roszczenie odszkodowawcze obejmowało jedynie interes zaufania (zob. **D. Medicus**, *In quod...*, s. 164 i n.; **V. Arangio-Ruiz**, *La compravendita...*, s. 132; **P. Stein**, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh, London 1975, s. 75 i n.) czy też dodatni interes umowy (por. **H. Honsell**, *Quod interest...*, s. 108 i n.; **M. Kaser**, RP I, s. 549, przyp.42; **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 12 i n.; **F. Peters**, *Zur dogmatischen...*, s. 301; **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 116 i n.).

¹⁶ W przedmiocie stopniowego formowania się w literaturze takiego stanowiska, w związku z D. 18,1,70 (Lic. Ruf. 8 reg.), zob. **D. Medicus**, *Zur Funktion...*, s. 96, przyp. 105; **P. Stein**, *Fault...*, s. 65.

¹⁷ **Torsten Arp** (*Anfängliche...*, s. 104 i n.) zauważa, że w nowszej literaturze przedmiotu dominuje opinia, iż prezentowana argumentacja w odniesieniu do ważności umowy oraz odpowiedzialności odszkodowawczej sprzedawcy w tej grupie przypadków przecenia decyzyjną elastyczność prawników rzymskich i przenosi w czasy antyczne takie konstrukcje współczesnego prawa, jak gwarancyjna odpowiedzialność dłużnika (**F. Peters**, *Zur dogmatischen...*, s. 292, s. 305) czy ochrona obrotu prawnego. Zob. ponadto **F. Schulz**, *Classical...*, s. 70, s. 525 i n., s. 538 i n.; **R. Zimmermann**, *The Law...*, s. 690 i n.

¹⁸ Zob. **H. Honsell**, *Quod interest...*, s. 107; **M. Kaser**, RP I, s. 549; **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 113 i n.; por. **H. Siber**, RR, s. 175; **F. Peters**, *Zur dogmatischen...*, s. 293 i n.; **D. Medicus**, *Zur Funktion...*, s. 96 i n.; **H. Honsell**, *Quod interest...*, s. 107; **P. Stein**, *Fault...*, s. 62 i n.; **V. Arangio-Ruiz**, *La compravendita...*, s. 128 i n.; **G. Grosso**, *Obbligazioni...*, s. 55 i n.

¹⁹ Zob. **D. Medicus**, *Zur Funktion...*, s. 98, przyp.110; **idem**, *Id quod...*, s. 164 i n.; **G. Grosso**, *Obbligazioni...*, s. 57 i n.; por. **V. Arangio-Ruiz**, *La compravendita...*, s. 131 i n.

²⁰ *Ibidem*.

D. 18,1,16 pr. (Pomp. 9 Sab.)

Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit.

Pomponius informuje, że sprzedaż taka była w każdym przypadku nieważna, a ten, kto nie wiedząc o stanie faktycznym, zapłacił cenę za rzecz własną, mógł żądać jej zwrotu²¹. Jan D. Harke dodaje, że zakaz kupowania rzeczy własnej wykraczał w prawie rzymskim poza umowę *emptio-venditio*, a nawet poza prawo zobowiązaniowe²². Autor przytacza tekst Ulpiana, zgodnie z którym, także najem i przyjęcie w depozyt rzeczy własnej były nieważne – podobnie jak uzyskanie jej z tytułu zastawu ręcznego lub uzyskanie jej posiadania w formie *precarium*:

D. 50, 17, 45 pr. (Ulp. 30 ed.)

*Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest*²³.

1.2. Ranga wypowiedzi Celsusa w odniesieniu do zobowiązań *ex venditione*

Dotychczasowe rozważania pozwalają na sformułowanie wniosku, że analiza rzymskiego materiału źródłowego w oparciu o dorobek współczesnej dogmatyki prawa w zakresie początkowej niemożliwości świadczenia, nie

²¹ Por. D. 18,1,34,4 (Paul. 33 ed.): *Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, ut in iudicio possessionis potior esset.* Dopuszczalna była taka umowa sprzedaży, której przedmiotem nie była wprawdzie rzecz należąca do kupującego, ale jej posiadanie, które – jak twierdzi **J.D. Harke** (*Unmöglichkeit und...*, s. 33) – „decydowało o ciężarze dowodu i zwycięstwie w sporze o prawo własności”. Autor wyraża pogląd, że przyczyną ważności takiej czynności było uznanie rozróżnienia pomiędzy posiadaniem oraz prawem własności kupującego, które czyniło tę czynność porównywalną z transakcją sprzedaży rzeczy cudzej (*ibidem*, przyp.13) i odnotowuje odmienne stanowisko **T. Arpa** (*Anfängliche...*, s. 95), który dopuszcza ważność takiej czynności poprzez nadanie jej w drodze wykładni sensownej treści.

²² **J.D. Harke**, *Unmöglichkeit und...*

²³ Odpowiednio dla najmu i sprzedaży, D. 41,3,21 (Jav. 6 epist.): *Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an ullius momenti eam locationem existimes, quaero: quod si nullius momenti existimas, an durare nihilo minus usucapionem eius fundi putes. item quaero, si eidem vendidero eum fundum, quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes. respondit: si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque longi temporis praescriptio non duravit. In venditione idem iuris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit.*

pozwała (tak, jak przy stypulacji²⁴) na zdefiniowanie bezpośredniej przyczyny nieważności powołanych przypadków zobowiązań *ex venditione*. Co więcej, skutek w postaci nieważności umowy o świadczenie od początku niemożliwe do spełnienia doznaje w przypadku tych zobowiązań tak licznych wyjątków, że można tu w ogóle podać w wątpliwość obowiązywanie zasady *Impossibilium*. Ponadto – jak słusznie podnosi Ch. Wollschläger – wypowiedzi Celsusa interpretowanej w związku z początkową niemożliwością świadczenia nie można odnieść w prawie rzymskim ani do kontraktów realnych, które dochodziły do skutku dopiero przez wręczenie rzeczy, ani do zobowiązań *quasi ex contractu*, których źródłem był zawsze stan faktyczny rodzący obowiązki, które można było wykonać²⁵. Autor ten podnosi, że już sam fakt niestosowania *Impossibilium nulla obligatio est* w stosunku do innych niż stypulacja oraz sprzedaż typów umów, zniechęca do postrzegania wypowiedzi Celsusa jako powszechnie obowiązującej w prawie rzymskim *regula iuris*²⁶.

2. Nieważne umowy sprzedaży jako problematyka zawarcia aktu prawnego i *actio*

Wobec powyższych zastrzeżeń, uzasadnione wydaje się skorzystanie w dalszych rozważaniach z teorii W. Flume i przekierowanie ich z obszaru niemożliwości świadczenia na problematykę ważnego zawarcia umowy w prawie rzymskim²⁷. Niemożliwość początkowa rozumiana jest w tym ujęciu jako niemożliwość zawarcia aktu prawnego *emptio-venditio*, a przedmiotem analizy stają się przesłanki, które decydowały o ważności lub nieważności danej umowy²⁸. Spojrzenie przez pryzmat koncepcji W. Flume na analizowany

²⁴ Zob. **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Nieważne...*, s. 208 i n.

²⁵ Tak **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 13. Wyjątek wśród zobowiązań pozaumownych stanowiły, zdaniem autora, jedynie częściowe przysporzenia kosztem spadku w postaci legatu. W odniesieniu do zobowiązania z tytułu zapisu rzeczy cudzej, zob. **W. Dajczak**, *Brak reguły...*, s. 125 i n.; **M. Sobczyk**, *L'impossibilita...*, s. 93.

²⁶ Wątpliwości takie znaleźć można zwłaszcza w nowszej literaturze przedmiotu, zob. m.in.: **M.J. Schermaier**, *Impossibilium nulla obligatio...*, s. 241 i n.; **J.D. Harke**, *Unmöglichkeit und...*, s. 36; **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 106; **W. Dajczak**, *La generalizzazione...*, s. 31 i n.; **idem**, *Brak reguły...*, s. 126 i n.;

²⁷ Zgodnie z koncepcją **W. Flume** (*Rechtsakt und...*, s. 9), to „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”. Zob. także **M. Kaser**, RP I, s. 246; **F. Schulz**, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936, s. 28 i n. W odniesieniu do stypulacji, zob. **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Nieważne...*, s. 215 i n.

²⁸ Zob. **T. Arp** (*Anfängliche...*, s. 50, s. 122), który tak jak W. Flume wychodzi w swoich rozważaniach od problematyki aktu prawnego sprzedaży i dochodzi do wniosku, że umowy

w literaturze przedmiotu materiał źródłowy pozwoli zatem (podobnie, jak w zobowiązaniach *ex stipulatione*²⁹) na wyraźne oddzielenie od siebie przypadków niemożliwości zawarcia umowy sprzedaży od przypadków jedynie prawnej niemożliwości realizacji zobowiązania, której ona jest źródłem. Ułatwi tym samym zdefiniowanie prawdopodobnej przyczyny nieważności zobowiązań *ex venditione*³⁰.

2.1. Reguła Pomponiusa:

Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi
(D. 18,1,8 pr.; Pomp. 9 ad Sab.)

Niemożliwość ważnego zawarcia umowy sprzedaży stwierdzana była w prawie rzymskim na podstawie kryterium istnienia lub nieistnienia przedmiotu umowy i podporządkowana została sformułowanej przez Pomponiusa regule prawnej³¹:

D. 18,1,8 pr. (Pomp. 9 ad Sab.)

*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*³².

Jeśli rzecz, która ma być przedmiotem sprzedaży nie istnieje, to nie może być w ogóle mowy o ważnym zawarciu umowy.

Zasada, że istnienie przedmiotu sprzedaży stanowiło w klasycznym prawie rzymskim przesłankę ważnego zawarcia umowy, znajduje swoje potwierdzenie w przypadkach sprzedaży nieistniejącego spadku³³.

emptio-venditio były wówczas nieważne, kiedy „wskutek niewłaściwej oceny rzeczywi-
stości, umowa zawarta przez strony była pozbawiona sensu, bezcelowa i bezprzedmiotowa”.

²⁹ Zob. D. Skrzywanek-Jaworska, *Nieważne...*, s. 217 i n.

³⁰ Aktualne pozostają w odniesieniu do zobowiązań *ex venditione* uwagi M.J. Schermaiera (*Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, ZSS 1998/115, s. 281), który podnosi przede wszystkim wartość dydaktyczną teorii W. Flume i docenia jej pomocną rolę w zrozumieniu problematyki początkowej niemożliwości świadczenia w prawie rzymskim w porównaniu z prawem współczesnym. Autor wskazuje jednocześnie, że wiele problemów, które W. Flume przypisuje współczesnemu rozumieniu stosunku prawnego, daje się wyjaśnić za pomocą kryterium *bona fides*, zwłaszcza w odniesieniu do rzymskich rozwiązań dotyczących rękojmi za wady fizyczne i prawne rzeczy.

³¹ W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 106; M.J. Schermaier, [w:] *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB* [dalej: **HKK/autor**], M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann (Hrsg.), t. II/1, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen 200, § 275 BGB, nb. 14.

³² Zob. także, D. 18,1,9 pr. (Ulp. 28 Sab.): *In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est.* [...].

D.18,4,1 (Pomp. 9 ad Sab.)

Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.

D. 18,4,7 (Paul. 14 Plaut.)

Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

W razie sprzedaży jako spadku majątku osoby żyjącej lub w ogóle nieistniejącej zachodziła niemożliwość zawarcia aktu prawnego *emptio-venditio*. Umowa była nieważna, ponieważ nie istniał spadek – rzecz będąca przedmiotem umowy. Werner Flume podkreśla, że przyczyną odpadnięcia w tej sytuacji skargi z umowy sprzedaży nie była – jak twierdził H. Honsell – niemożliwość oszacowania wartości wymaganego spadku³⁴, ale raczej niemożliwość zawarcia umowy (*non contrahitur emptio*)³⁵.

W związku z przyjętym założeniem, z zakresu początkowej niemożliwości wyłączyć należy wszystkie analizowane w doktrynie przypadki sprzedaży spadku, który istniał, choć nie przysługiwał sprzedawcy.

D. 18,4,8 (Jav. 2 ex Plaut.)

Quod si nulla hereditas ad venditionem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur.

D. 18,4,9 (Paul. 33 ed.)

et si quid emptoris interest.

W przypadkach tych sprzedaż była ważna, a sprzedawca odpowiadał na podstawie skargi z *emptio-venditio* tak, jak zwykle przy sprzedaży rzeczy cudzej. Zdaniem W. Flume, nie chodzi tu jednocześnie o wskazywany przez M. Kasera dogmat niemożliwości i o różnicę między niemożliwością a niemożnością świadczenia³⁶, ale o to, że spadek istnieje, a tym samym – że ważne zawarcie umowy oraz skarga z umowy nie budzą wątpliwości³⁷.

³³ W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 109 i n.; por. M. Kaser, *Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf*, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* [dalej: **BIDR**] 1971/74, s. 46 i n.

³⁴ H. Honsell, *Quod interest...*, s. 111, oraz F. Peters, *Zur dogmatischen...*, s. 297.

³⁵ Tak W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 109.

³⁶ M. Kaser, *Erbschafts Kauf und...*, s. 52.

³⁷ W. Flume (*Rechtsakt und...*) twierdzi dalej, że sprzedawca nie odpowiada jednak, gdy sprzedaż ograniczona była do *quidquid iuris haberet venditor* (D. 18,4,13; Paul. 14 Plaut.) i po-

Zastanawiać może jedynie różnica w opiniach Javolenusa i Paulusa co do wysokości odszkodowania z tytułu sprzedaży nieistniejącego spadku. Javolenus w komentarzu do Plautiusa mówi, że kupujący może żądać od sprzedawcy zwrotu ceny sprzedaży oraz zwrotu poniesionych nakładów, a Paulus przyznaje kupującemu odszkodowanie *et si quid emptoris interest*. W literaturze przedmiotu podejrzewa się, iż rozbieżność poglądów wynika w tym przypadku z nieautentyczności wskazanych tekstów źródłowych³⁸. Jeśli bowiem – zdaniem W. Flume – Paulus w cytowanym wcześniej komentarzu do Plautiusa (D. 18,4,7) zdecydował, że *non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur*, to mało prawdopodobne jest, by w komentarzu do edyktu przyznał skarżącemu w takim samym przypadku skargę z uwzględnieniem interesu wierzyciela. Niewiarygodne jest – zdaniem tego autora – również to, że kiedy Paulus w komentarzu do Plautiusa przyznaje kupującemu jedynie *condictio* o zwrot ceny, to Javolenus dla tego samego przypadku przyznaje skargę o zwrot poniesionych nakładów³⁹. Z uwzględnieniem powyższych zastrzeżeń można przyjąć w odniesieniu do sprzedaży spadku, raczej zbieżność opinii prawników klasycznych⁴⁰. Kryterium stanowiącym podstawę rozstrzygnięcia było – zgodnie z zasadą Pomponiusa – istnienie lub nieistnienie przedmiotu umowy. Przypadki sprzedaży spadku, który nie istniał, rozstrzy-

dejrzejawając nieautentyczność tekstów Ulpiana mówiących o sprzedaży *quasi spes hereditatis*, odwołuje się do D. 18,4,2 pr. (Ulp. 49 Sab.), D. 18,4,11 (Ulp. 32 ed) oraz D. 18,4,10 (Jav. 2 ex Plaut.).

³⁸ **W. Flume** (*Rechtsakt und...*) traktuje *si quid in eam rem impensum est* jako poklasyczną glosę, ponieważ dla okresu klasycznego przyjmuje jedynie odpowiedzialność sprzedawcy za *dolus*; także **D. Medicus**, *Id quod...*, s. 166 i n., wskazuje na niejasność *si nulla est* z fragmentu 8, a fragment 9 traktuje jako nic niemówiący o stanowisku Paulusa; podobnie **J.D. Harke**, *Unmöglichkeit und...*, s. 35, przyp. 24. Zob. także **M. Kaser**, *Erbschafts Kauf und...*, s. 52, przyp. 26, który wiąże zakończenie fragmentów 8 i 9 (D. 18,4) z „bardzo sporną grupą tekstów, które traktują o sprzedaży *res extra commercium* oraz człowieka wolnego w przeswiadczeniu, że jest niewolnikiem”, a jako nakłady traktuje koszty podróży, którą odbył kupujący w celu stwierdzenia zawartości masy spadkowej; **H. Honsell**, *Quod interest...*, s. 111, który mówi w tym przypadku o kosztach w związku z nabyciem i zawarciem umowy; **P. Apathy**, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 1994/111, s. 114 i n., formułuje pogląd, że Javolenus wprawdzie uznaje umowę sprzedaży za nieskuteczną, ale gwarantuje *actio empti* o redhibitoryjnej funkcji i lekceważy tym samym dogmatyczną przeszkodę w postaci reguły nieważności. Por. **P. Stein**, *Fault...*, s. 80 i n., który tekst Javolenusa traktuje jako autentyczny.

³⁹ **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 110, podkreśla ponadto, że fragment D. 18,4,8 nie dotyczy przypadku, w którym sprzedawca jest *sciens*. Sposób, w jaki D. 18,4,8 i 9 zostały przekazane, wskazuje jego zdaniem na fakt, że nie chodzi tu o to, czy przy *dolus* sprzedawcy, kupujący może dochodzić swych roszczeń za pomocą *actio empti* w miejsce *actio de dolo*.

⁴⁰ *Ibidem*.

gane były odmiennie, aniżeli sprzedaż spadku, który nie przysługiwał sprzedawcy. W pierwszym przypadku miała miejsce początkowa niemożliwość zawarcia umowy, w drugim – prawna niemożliwość wykonania zobowiązania, którego umowa jest źródłem⁴¹.

2.2. Wyjątki od reguły *Nec emptio nec venditio*

Od reguły Pomponiusa, prawo rzymskie dopuszczało dwa wyjątki. Pierwszy – to kupno rzeczy przyszłej i kupno szansy; drugi – to sprzedaż wierzytelności, która nie istniała.

D. 18,1,8 pr. (Pomp. 9 ad Sab.)

Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.

Zdaniem M.J. Schermaiera, Pomponius uważał regułę *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* za tak niewzruszalną, że podporządkował jej początkowo, traktowaną jako wyjątek, formę kupna rzeczy przyszłej (*emptio rei speratae*), na przykład kupna przyszłych plonów z określonego gruntu lub dziecka określonej niewolnicy, które ma się urodzić⁴². Ten rodzaj sprzedaży traktowany był jako umowa zawarta pod warunkiem zawieszającym⁴³. Sprzedaż pożytków uwarunkowana była ich odłączeniem od rzeczy macierzystej. Umowa stawała się *emptio perfecta*, gdy plony zostały zebrane, a dziecko niewolnicy przyszło na świat⁴⁴. To, że dopusz-

⁴¹ Różnie traktowana była także treść umów, gdzie w oczywisty sposób odpowiedzialność sprzedawcy była wyłączona, jeśli chodziło o *emptio spei*, a inaczej, gdy sprzedaż ograniczona była jedynie do tego, co przypadło kupującemu w spadku. Zob. D. 18,4,10 (Iav. 2 ex Plaut.) w interpretacji M. Kaser (Erbschafts Kauf und..., s. 54) oraz stanowisko W. Flume (Rechtsakt und..., s. 110, przyp. 63), że sprzedaż spadku jako *emptio spei* (D. 18,4,11; Ulp. 32 ed) jest skuteczna, nawet wtedy, gdy *spes* się nie urzeczywistni. *Spes* jest w tym przypadku przedmiotem umowy, co wynika z D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 ad Sab.).

⁴² M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, s. 262 twierdzi, że Pomponius wyraźnie wymienia w swoim tekście *partus ancillae*, ponieważ nie był on zaliczany do *fructus*. Por. D. 22, 1,28,1 (Gai. 2 rer. cott.); D. 7,1,68 pr. (Ulp. 17 Sab.); zob. M. Kaser, *Partus ancillae*, [w:] ZSS 1958/75, s. 156 i n.

⁴³ Przeciwnie warunkowemu charakterowi takiej umowy opowiada się V. Kurz, „*Emptio rei sperate*” – „*pura*” oder „*sub condicione*”? Labeo 1974/20, s. 194 i n. Także W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 118, uważa *emptio rei speratae* za umowę zawartą bezwarunkowo.

⁴⁴ Tekst mówi jedynie o narodzinach dziecka niewolnicy. M.J. Schermaier (*Auslegung und...*, s. 262), powołując się na G. v. Beselera (*Romanistische Studien*, [w:] Tijdschrift voor

czalne było w prawie rzymskim kupowanie nie tylko rzeczy istniejących, ale również rzeczy przyszłych – jak to zakłada D. 18,1,8 pr. – przekonuje dodatkowo opinia Paulusa wyrażona w D. 19,1,21 pr.⁴⁵

D. 19,1,21 pr. (Paul. 33 ad ed.)

Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta, cum emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor.

Jeśli sprzedany został płód niewolnicy, która była bezpłodna lub miała powyżej pięćdziesięciu lat, a kupujący o tym nie wiedział, to sprzedawca odpowiadał na podstawie skargi z umowy.

Kontraktem aleatoryjnym była także *emptio spei*, czyli kupno szansy, na przykład kupno ryb z połowu czy zwierzyny z polowania:

D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 ad Sab.)

Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine es empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

D. 19,1,12 (Celsus 27 dig.)

Si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est: si quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet quod extraxit.

Sprzedaż dochodziła do skutku niezależnie od tego, czy rzecz mogła być wydana. Zgodnie z poglądem Celsusa, kupującemu przysługiwała *actio empti* – nawet w przypadku, gdy przy kupnie ryb z połowu do ich złowienia nie doszło, ponieważ rybak w ogóle nie chciał zarzucić sieci. Werner Flume prezentuje stanowisko, że rozstrzygnięcia w przedmiocie dopuszczenia w obrocie kupna rzeczy przyszłej oraz samej szansy na jej uzyskanie, z powodzeniem daje pogodzić się z regułą *Nec emptio nec venditio*⁴⁶. Specyfika kupna szansy polegała bowiem na tym, że przedmiotem tej umowy nie było świadczenie określonej rzeczy, ale sama *spes*, czyli nadzieja jej uzyskania – *emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est* (D. 18,1,8,1).

Rechtsgeschiedenis [dalej: **TR**] 1928/8, s. 287) dodaje, że dla ziszczenia się warunku konieczne było, aby owoce przynajmniej stały się dojrzałe i przyjmuje, że korelatem narodzin jest w tym przypadku zbiór plonów.

⁴⁵ **M.J. Schermaier**, *Auslegung und...*, s. 262, przyp. 116, tak też **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 117 i n. Stanowisko odmienne **V. Kurz**, „*Emptio rei sperate*“..., s. 198 i n., który przyjmuje, że chodzi w tym przypadku o sprzedaż *emptio spei*, a nie o *emptio rei speratae*.

⁴⁶ **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 118.

Z tego powodu umowa taka musiała dojść do skutku, bez istnienia przedmiotu sprzedaży w znaczeniu fizycznym⁴⁷.

Prawdopodobnie na tych samych zasadach co uznanie kupna szansy, opierała się w prawie rzymskim sprzedaż nieistniejącej wierzytelności (D. 18, 4,4 i 5)⁴⁸. W literaturze przedmiotu podnosi się, że w obu przypadkach chodzi o porównywalny rodzaj niepewności w odniesieniu do przedmiotu umowy⁴⁹. Szczególny status sprzedaży wierzytelności miałby bowiem wynikać stąd, że przedmiotem tej umowy – podobnie jak przy kupnie szansy – nie było świadczenie określonej rzeczy, ale *debitorem esse praestare*, i dlatego dochodziła ona do skutku bez udziału rzeczy w znaczeniu fizycznym⁵⁰.

2.3. Prawdopodobna przyczyna nieważności umowy sprzedaży

Dotychczasowe rozważania pozwalają potwierdzić 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 *emptio-venditio* było istnienie przedmiotu świadczenia: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (D.18,1,8 pr.). Jego brak powodował nieważność umowy. Doktryna skłania się ku stanowisku, aby korzeni zasady sformułowanej przez Pomponiusa poszukiwać w prawie rzymskim w pierwotnej strukturze kupna

⁴⁷ *Ibidem*; zob. także J.D. Harke, *Unmöglichkeit und...*, s. 35; HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 14; M. Kuryłowicz, *Alea i kontrakty aleatoryjne w prawie rzymskim*, CPH 1984/ 36/2, s. 88 i n.

⁴⁸ D. 18,4,4, (Ulp. 32 ed.): *Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit*, D. 18,4,5 (Paul. 33 ed.) *et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris*.

⁴⁹ Sprzedaż wierzytelności, która nie istnieje, nie może być (W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 118 i n.) tym samym utożsamiana z kupnem rzeczy własnej (tak G. Grosso, *Obbligazioni...*, s. 46) ani uzasadniana odpowiedzialnością sprzedawcy za *dolus* (tak F. Peters, *Zur dogmatischen...*, s. 226).

⁵⁰ 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. 128 (=Mélange Gérardin [Paris 1907] s. 503); W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 119; J.D. Harke, *Unmöglichkeit und...*, s. 35 i n.; HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 14; por. T. Arp, *Anfängliche...*, s. 122, który sprzedaż nieistniejącej wierzytelności traktuje jak czynność tak samo pozbawioną sensu, jak sprzedaż nieistniejącej rzeczy.

za gotówkę⁵¹. Świadczyć o tym może – zdaniem J.D. Harke – kryjące się za podziałem na kupno szansy oraz kupno istniejącej rzeczy, naturalistyczne ujęcie *res* jako przedmiotu umowy⁵². W archaicznym prawie rzymskim, akty kupna-sprzedaży między obywatelami dochodziły do skutku za pomocą formalistycznego aktu z użyciem spizu i wagi (*per aes et libram*). Akt ten stanowił bezpośrednią wymianę rzeczy na pieniądź kruszcowy, odważany na wadze, i wiązał się z wypowiedzeniem uroczystych słów, po którym nabywca stawał się właścicielem rzeczy. W przypadku tej formalnej czynności *mancipatio*, ale także *in iure cessio*, które służyły przeniesieniu własności rzeczy, rzecz, a przynajmniej jej część⁵³, musiała być obecna przy dokonywaniu wskazanych czynności. Kupujący musiał wygłaszać swoją formułę, dotyczącą rzeczy ręką, stąd *mancipatio*⁵⁴. Zdaniem M.J. Schermaiera, formalizm taki wyłączony był w przypadku sprzedaży wierzytelności, ponieważ wierzytelność nie była – inaczej niż w prawie współczesnym – zbywana w drodze cesji. Tak, jak w przypadku kupna szansy, sprzedaż wierzytelności traktowano

⁵¹ HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 14; **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 11 i n.; **M. Kaser**, RP I, s. 547; **J.G. Wolf**, *Barkauf und Haftung*, D. 19,1,23 Iul. 13 dig., TR 1977/45, s. 13 i n.; **F. Wieacker**, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, [w:] *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, t. 1, München Berlin 1965, przyp. 43, s. 801; **J.D. Harke**, *Unmöglichkeit und...*, s. 36. Odmienne stanowisko prezentuje **T. Arp** (*Anfängliche...*, s. 106) i opiera je na „naturze wyzbycia się [rzeczy]” („*Entäußerungsnatur*”) przy umowie sprzedaży (chodzi o sytuację przeniesienia określonej rzeczy z majątku sprzedawcy do majątku kupującego bez jednoczesnego przeniesienia własności tej rzeczy – *emptio imperfecta*; zob. **B. Windscheid**, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 2, Wyd. 7, Frankfurt a.M. 1891, s. 421; **idem**, *Besprechung der „Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abtheilung. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse”, von Friedrich Mommsen*, [w:] *Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft*, t. 2, Heidelberg 1855, s. 137: „*Sobald der Kaufvertrag perfekt ist, hat der Käufer die Kaufsache bereits in seinem Vermögen*”). Jak zauważa **J.D. Harke** (*Unmöglichkeit und...*, przyp. 31), T. Arp łączy jednakże tę naturę z przyjętą przez siebie tezą o ważności tylko takich umów, które nie były pozbawione sensu i pomija przez to przyjęte przez prawników rzymskich rozróżnienie na *emptio spei* i *emptio rei*. Podobnie **F. Peters**, *Zur dogmatischen...*, s. 289, s. 305 i n.

⁵² **J.D. Harke**, *Unmöglichkeit und...*

⁵³ G. Inst. 4,17: *Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius afferri vel adduci, verbi gratia si columna aut navis, aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur aequae in ius afferebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis sive capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius afferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter, si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius afferebatur et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aequae res vel rei pars aliqua inde sumebatur.*

⁵⁴ G. Inst. 1,119.

jedynie jako konsensualną czynność zobowiązującą, i dlatego też sprzedawca wiarygodności, która nie istniała, ponosił odpowiedzialność za niewykonanie umowy⁵⁵.

2.4. Nieważność sprzedaży *res extra commercium* oraz kupna *res sua*

Zgodnie z przyjętymi założeniami, dotyczącymi koncepcji początkowej niemożliwości w prawie rzymskim, z podstawowego nurtu rozważań wyłączyć należy przypadki nieważnej sprzedaży rzeczy wyjętych z obrotu oraz rzeczy własnej kupującego. Nie jest to bowiem problematyka bezpośrednio związana z niemożliwością zawarcia umowy sprzedaży, ale z prawną niemożliwością wykonania zobowiązania. Jak słusznie podkreśla M.J. Schermaier, nie chodzi w tym przypadku o kwestię istnienia przedmiotu umowy jako przesłanki ważnego jej zawarcia, ale o prawną możliwość wykonania powstałego na jej gruncie zobowiązania⁵⁶. Rzeczy *extra commercium* oraz *suae* istniały; to tylko ich szczególne właściwości czyniły niemożliwą normalną realizację umowy, czy też – słowami H. Honsella – „sprzedaż miała miejsce, jedynie prawo odmówiło jej ważności”⁵⁷. W przypadkach sprzedaży rzeczy wyjętej z obrotu lub rzeczy własnej kupującego, a rzeczy, która nie istniała, prawnicy stali – zdaniem M.J. Schermaiera – w obliczu dwóch różnych problemów. Pierwszy był łatwy do rozstrzygnięcia za pomocą środków prawnych, jakie jurysta miał do dyspozycji, drugi wymagał włączenia do rozważań także pozaprawnych, czysto fizykalnych kryteriów⁵⁸. Autor formułuje pogląd, że konsekwencje przyjętego założenia można zauważyć w szczególności w rozstrzygnięciach okresu późnoklasycznego, gdzie prawnicy coraz chętniej przyznawali, w przypadkach prawnej niemożliwości wykonania umowy, *actio empti* jako skargę odszkodowawczą. Uzgodniona *merx* nie mogła być wprawdzie świadczona, ponieważ jednak istniała fizycznie, to – nawet, jeśli nie uważało się umowy za ważną⁵⁹ – przynajmniej przyznawało się z niej skargę⁶⁰.

⁵⁵ HKK/Schermaier, t. II/1, § 275, nb. 14.

⁵⁶ M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, s. 270; tak też, co do zasady, W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 110.

⁵⁷ H. Honsell, *Quod interest...*, s. 108.

⁵⁸ M.J. Schermaier, *Auslegung und...*

⁵⁹ *Ibidem*, ze wskazaniem na D. 18,1,4 i 6 (Pomp. 9 ad Sab.); D. 18,1,34,2 (Paul. 33 ad ed.); D. 18,1,70 (Lic. Ruf. 8 reg.).

⁶⁰ Tak M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, przyp. 152, s. 270, podkreśla ponadto, że to w szczególności teksty Modestyna z D. 18,1,62,1 (Mod. 4 reg.) oraz Ulpiana z D. 11,7,8,1 (Ulp. 25 ed.) były podstawą ukształtowania się instytucji *culpa in contrahendo*, która z umownej

Jeśli natomiast w ogóle brak było przedmiotu w sensie fizycznym, to idea, wyobrażenie ważnej umowy, była tak odległa, że nieuchronnie wykluczała umowne środki zaskarżenia⁶¹.

3. *Nec emptio nec venditio* a rękojmia za wady fizyczne rzeczy sprzedanej (D. 18,1,57; Paul. 5 Plaut.)

Początkowa niemożliwość ujmowana jako problematyka ważnego zawarcia umowy skłaniać może ponadto do zrewidowania dotychczasowych ustaleń w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w prawie rzymskim⁶². Pojawia się choćby pytanie o to, w jakim stosunku pozostawały względem siebie w prawie rzymskim niemożliwość oraz rękojmia za wady rzeczy sprzedanej⁶³. Jak słusznie zauważa Ch. Wollschläger, problematyka rękojmi to przecież niezwykle bogaty materiał źródłowy, gdzie – podobnie jak w przypadkach niemożliwości – przyrzeczony w zobowiązaniu cel nie zostaje w ogóle osiągnięty lub zostaje osiągnięty tylko częściowo⁶⁴. Warto zastanowić się, według jakiego kryterium dany stan faktyczny kwalifikowany

ochrony zaufania stała się we współczesnej dogmatyce przedumownym środkiem ochrony (zob. **R. v. Jhering**, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, [Jherings] *Jahrbücher für die Dogmatik* [Jena] 1861/4, s. 1 i n.).

⁶¹ Tak **M.J. Schermaier**, *Auslegung und...*; **W. Flume**, *Rechtsakt und...*

⁶² Problematyka niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w prawie rzymskim nie jest przedmiotem niniejszego artykułu. Z nowszej literatury przedmiotu w tym zakresie, zob. m.in. **C.A. Cannata**, *La responsabilità contrattuale*, [w:] *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor Jose Luis Murga Gener*, Madrid 1994, s. 143 i n.; **idem**, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali un corso di diritto romano*, Catania 1996; **G. MacCormack**, „Dolus”, „Culpa”, „Custodia” and „Diligentia”. *Criteria of Liability or Content of Obligation*, *Index* 1994/22, s. 189 i n.; **I. Molnár**, *Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts*, Szeged 1998.

⁶³ **Ch. Wollschläger**, *Die Entstehung...*, s. 13 z odwołaniem do **H. Dilcher**, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main 1960, s. 214 i nn., s. 259 i n., który zbiorczo zalicza tę problematykę do „początkowych przeszkód [w świadczeniu]” („anfänglichen Störungen”); **F. Mommsen**, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, 1. Abth., [w:] *Beiträge zum Obligationenrecht*, Braunschweig 1853, s. 193 i n., który zalicza ją do początkowej częściowej niemożliwości.

⁶⁴ W przedmiocie naukowej dyskusji odnośnie do dopuszczenia lub zanegowania wzajemnego przenikania się w prawie rzymskim reguł dotyczących niemożliwości początkowej, rękojmi za wady rzeczy sprzedanej oraz błędu istotnego w rozumieniu prawa, zob. **M.J. Schermaier**, *Auslegung und...*, s. 235 i n., przyp. 1–5.

był przez prawników rzymskich jako przypadek niemożliwości, a kiedy jedynie jako przypadek rękojmi za wadę rzeczy sprzedanej. Choć polemika w tym zakresie nie jest przedmiotem niniejszego artykułu, to przykładem ilustrującym krzyżowanie się wskazanych reguł może być tekst Paulusa, D. 18,1,57 (Paul. 5 Plaut.), w którym, obok podstawowej przesłanki istnienia przedmiotu umowy, pojawia się też konieczność wyodrębnienia dodatkowego kryterium jej ważności.

D. 18,1,57 (Paul. 5 Plaut.)

Domum emi, cum eat et ego et venditor combustum ignoraremus. Nerva, Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. sed si pars domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet: sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitrato habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur.

1. *Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere.*

2. *Simile quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat: et hic enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi vel si solutum sit, non repeti.*

3. *Quod si uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente.*

W pierwszym analizowanym przez Paulusa przypadku, sprzedany miał być dom, jednakże ani kupujący, ani sprzedający nie wiedzieli, że uległ on spaleni. Rzecz będąca przedmiotem umowy nie istniała w chwili jej zawarcia. Nerva, Sabinus i Cassius zgodnie rozstrzygnęli, że niemożliwe było w takim przypadku ważne zawarcie umowy i kupujący mógł żądać zwrotu zapłaconej ceny⁶⁵. W ocenie prawników nie stanowił przeszkody fakt, że działka, na której wzniesiony był dom, nadal istniała i teoretycznie mogła być przedmiotem świadczenia⁶⁶. Rozstrzygnięcie Nery, Sabinusa i Cassiusa daje wy-

⁶⁵ Por. **P. Apathy**, *Sachgerechtigkeit und...*, s. 107, który analizuje przypadek zniszczenia domu w pożarze w aspekcie (przypadkowej) niemożliwości wykonania zobowiązania.

⁶⁶ Wynika to z obowiązującej w prawie rzymskim reguły *superficies solo cedit*. Zob. **P. Meincke**, *Superficies solo cedit*, ZSS 1971/88, s. 136 i n.; **A. Sokala**, *Zasada superficies solo cedit w*

rażnie do zrozumienia, że kupujący zainteresowany był kupnem domu, a nie samej działki. Zdaniem M.J. Schermaiera, opinia prawników uwzględniła wolę kupującego i odpowiadała w tym zakresie znacznie wcześniejszemu rozstrzygnięciu Papiniana, który zdecydował o nieważności sprzedaży gaju oliwnego w sytuacji, jeśli kupujący zainteresowany był bardziej nabyciem rosnących tam drzew aniżeli działki⁶⁷:

D. 18,1,58 (Pap. 10 quaest)

Arboribus quoque vento deiectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur [...].

Powołany przez Paulusa Neratius dopuszcza jednak możliwość ważności umowy w zależności od zakresu zniszczeń (*sed si pars domus maneret*)⁶⁸. Uważał on, że na podstawie obiektywnego kryterium należało dokonać różniczenia, czy spaleni uległa większa część domu (*amplior domus pars*), połowa (*dimidia pars*), czy też część mniejsza (*minor quam dimidia*), i w zależności od rozmiaru zniszczeń podejmował decyzję o zakresie mocy wiążącej zobowiązania. Wyraził opinię, że jeśli zniszczeniu uległa większa część domu, to kupujący nie był związany umową (*non compellatur emptor perficere emptionem*) i mógł żądać zwrotu zapłaconej ceny. Jeśli spalona została połowa domu lub jeszcze mniejsza część, to umowa była ważna, a kupujący powinien zapłacić cenę, pomniejszoną jednakże odpowiednio – tzn. zgodnie

prawie rzymskim, Annales Universitatis Nicolai Copernici [dalej: AUNC] 1987/172, Prawo 25, s. 143 i n.; zob. także **M. Kuryłowicz**, *Zasada 'superficies solo cedit' w rozwoju historycznym*, [w:] *Obrót nieruchomościami w praktyce notarialnej*, Kraków 1997, s. 79 i n.

⁶⁷ **M.J. Schermaier**, *Auslegung und...*, s. 271; tak też **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 107; por. **P. Apathy**, *Sachgerechtigkeit und...*, s. 110 i n.; **F. Peters**, *Zur dogmatischen...*, s. 290, przyp. 26, który decyzję o całkowitej niemożliwości uzależnia od kryteriów gospodarczych, „mianowicie od tego, czy kupujący zainteresowany byłby nabyciem jedynie działki”.

⁶⁸ Rozstrzygnięcie Neratiusa jest przedmiotem różnorodnych podejrzeń w kwestii interpolacji. Nieautentyczność rozwiązania podnoszą m.in.: **V. Arangio-Ruiz**, *La compravendita...*, s. 128; **J. Partsch**, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, [w:] *Aus Nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin 1931, s. 39 i n.; **P. Stein**, *Fault...*, s. 81 i n. W nowszej literaturze nie neguje się wprawdzie interpolacji w tekście Paulusa, ale akcentuje się ją jedynie w warstwie językowej (**F. Eisele**, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, ZSS 1886/7, s. 30; **idem**, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, ZSS 1890/11, s. 3, przyp. 1), rozstrzygnięcie przypisując samemu Neratiusowi – zob. **F. Peters**, *Zur dogmatischen...*, s. 290; **W. Flume**, *Rechtsakt und...*, s. 107; **P. Apathy**, *Sachgerechtigkeit und...*, s. 110 i n.; **M.J. Schermaier**, *Auslegung und...*, s. 268; **J.D. Harke**, *Unmöglichkeit und...*, s. 34.

z miarą „rzetelnego męża” o wartość zniszczeń (*quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum*)⁶⁹.

Oparty na obiektywnych kryteriach sposób myślenia Neratiusa utrudnia jasne sformułowanie problemu prawnego. Należy się zastanowić, przy jakim rozmiarze zniszczenia przedmiotu sprzedaży, kupujący przestanie być zainteresowany jego nabyciem. Innymi słowy, należy znaleźć kryterium, które oddzieli przypadek niemożliwości od jedynie rękojmi za wadę fizyczną rzeczy sprzedanej. Wydaje się, że badający ten problem – P. Apathy oraz M.J. Schermaier – słusznie dostrzegają w rozstrzygnięciu Neratiusa analogię do tekstu Ulpiana, w którym rzymski jurysta poruszył problematykę błędu co do jakości rzeczy sprzedanej⁷⁰.

D. 18, 1, 14 (Ulp. 28 ad Sab.)

Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? (...) ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem esset constat ideo, quia auri aliquid habuit. nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet.

Jeśli przedmiotem sprzedaży była złota obrączka, to nawet, jeśli zawierała niewielką ilość złota (*aurum aliquid*), nadal była *viriola aurea*. Zgodnie z opinią Ulpiana, kryterium decydującym o ważności takiej umowy było stwierdzenie, że przedmiot sprzedaży w ogóle złoto zawierał. Dopiero wtedy, kiedy będąca przedmiotem sprzedaży złota obrączka w całości wykonana została z brązu, umowa byłaby nieważna⁷¹.

D. 18, 1, 10 (Paul. 5 ad Sab.)

Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet.

Także Paulus zgadzał się z tym stanowiskiem i przyznawał skuteczność umowy w sytuacji, gdy sprzedany przedmiot ze złota był jedynie gorszej jakości, niż oczekiwana przez kupującego.

Zdaniem M.J. Schermaiera, Neratius wykorzystał w swoim rozstrzygnięciu wyraźnie to samo kryterium. Jeśli w wyniku pożaru zniszczeniu uległa

⁶⁹ Zdaniem **M.J. Schermaiera** (*Auslegung und...*, s. 267), zarówno do odstąpienia od umowy, jak i do obniżenia ceny przysługiwała kupującemu *actio empti*; por. **T. Arp**, *Anfängliche...*, s. 109.

⁷⁰ **P. Apathy**, *Sachgerechtigkeit und...*, s. 147; **M.J. Schermaier**, *Auslegung und...*, s. 268.

⁷¹ Zob. także, **B.W. Frier**, *Roman Law and the Wine Trade: The problem of "Vinegar sold as wine"*, ZSS 1983/100, s. 257 i n.

tylko niewielka część domu, to umowa była ważna, ponieważ jej przedmiot – dom – nadal istniał. Potwierdzają to – zdaniem tegoż autora – także rozstrzygnięcia w dalszej części analizowanego tekstu, gdzie jedynie wiedza i wola stron podlegały ocenie na podstawie *bonae fidei*⁷². Zarówno sprzedawca (w § 1), jak i kupujący (w § 2), którzy wiedzieli o istniejącej przeszkodzie, ponosili względem strony zawierającej umowę w dobrej wierze odpowiedzialność za niewykonanie umowy. Dopiero przy obustronnej, ale zatajonej względem siebie wiedzy było bez znaczenia, czy *domus esse exusta vel tota vel ex parte* (§ 3). W pierwszym przypadku umowa w ogóle nie doszłaby do skutku, w drugim – brakowałoby godnej ochrony *bonae fidei*⁷³. Nie budzi – zdaniem M.J. Schermaiera – zastrzeżeń rozstrzygnięcie § 3, w którym odmawia się w tej sytuacji roszczeń obu stronom umowy, bowiem żadne inne rozstrzygnięcie nie mogłoby tu znaleźć uzasadnienia⁷⁴.

Powyższe rozważania pozwalają na sformułowanie wniosku, iż decyzja Nery, Sabinusa i Cassiusa o nieważności umowy podkreśla, że kupujący nie był zainteresowany kupnem samej działki, która została po spaleniu domu. Neratius rozbudował analizowany przez prawników wczesnoklasycznych przypadek całkowitej utraty przedmiotu sprzedaży i zdefiniował dodatkowe kryterium ważności tejże umowy. Peter Apathy twierdzi, że chodziło mu o to, by obok interesu kupującego uwzględnić również interes sprzedawcy: „Kupujący nie może zasłaniać się twierdzeniem, że nie jest już zainteresowany umo-

⁷² M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, s. 270 i n.

⁷³ W przedmiocie znaczenia zwrotu *bona fides*, zob. W. Dajczak, *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń 1998; *idem*, *Dobra wiara jako symbol europejskiej tożsamości prawa*, Poznań 2006; *idem*, *Użycie zwrotu bona fides przez jurystów rzymskich przy ocenie mocy wiążącej postanowień kontraktowych*, [w:] *Profesorowi Janowi Kodrebskiemu in memorial*, Łódź 2000, s. 27 i n.; *idem*, *Die Wendung bona fides im Schuldrecht der römischen Kaiserkonstitutionen*, *Orbis Iuris Romanis* [dalej: OIR] 2000/6, s. 7 i n.; *idem*, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, [w:] *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, t. 1, Padova 2003, s. 409 i n.

⁷⁴ M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, s. 271. Tak też F. Peters, *Zur dogmatischen...*, s. 290 i n., który dopuszcza możliwość spekulacji kupującego odnośnie do przysługujących mu roszczeń odszkodowawczych, a sprzedawca koncentruje się na zrobieniu „dobrego interesu”. Por. Ch. Wollschläger, *Die Entstehung...*, s. 12 i n., który w rozstrzygnięciu Neratiusa z D. 18,1,57,2 dostrzega zderzenie pierwotnej reguły nieważności z rozwijającą się stopniowo odpowiedzialnością za *dolus*. Z kolei T. Arp, *Anfängliche...*, s. 114 i n., podejrzewa interpolację D. 18,1,57,3, gdzie w przypadku obustronnej wiedzy stron o przeszkodzie, Neratius rozstrzyga o nieważności całej umowy. Słusznie podnosi J.D. Harke, *Unmöglichkeit und...*, s. 34 i n., przyp. 22, że małe prawdopodobieństwo wystąpienia w praktyce takiego przypadku nie oznacza, że prawnik musi wyłączyć go z kręgu rozważań. Por. W. Flume, *Rechtsakt und...*, s. 107 i n.

wą w sytuacji, gdy sprzedawca nie może w całości wykonać zobowiązania⁷⁵. Z drugiej strony – co podkreśla M.J. Schermaier – także kupujący nie powinien być zmuszany do podtrzymania umowy, której nigdy nie zawarłby, gdyby wiedział o pożarze⁷⁶. Neratius miałby pogodzić ze sobą te sprzeczne interesy i trafnie rozpoznać, że ważność umowy powinna dodatkowo zależeć od tego, czy dom spłonął doszczętnie, czy też został przez ogień jedynie uszkodzony. Przyjął zatem jako prawdopodobne założenie, że mimo pożaru, ale w zależności od stopnia zniszczenia przedmiotu umowy, strony zdecydowałyby się jednak na jej zawarcie. Zdaniem M.J. Schermaiera, formalne różniczenie przyjęte przez Neratiusa, a oparte na *dimidia pars*⁷⁷, ukryło najistotniejsze kryterium tego rozstrzygnięcia, mianowicie: próbę określenia hipotetycznej woli stron poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie, co strony ustaliłyby, gdyby wiedziały o pożarze⁷⁸. Autor ten formułuje pogląd, że pytanie o treść porozumienia stron wyprzedziło w tym przypadku pytanie o istnienie przedmiotu umowy i dodaje: „Dopiero, kiedy jest pewność odnośnie do tego, co stanowi przedmiot umowy, można rozstrzygać w oparciu o kryteria obiektywne o jego istnieniu, a tym samym o ważności umowy. Tylko, kiedy wiadome jest, co ma zostać sprzedane lub kupione, można stwierdzić, czy to fizycznie istnieje⁷⁹”. Wniosek ten miałby znaleźć potwierdzenie także w rozstrzygnięciu Marciana, dotyczącym sprzedaży pary niewolników:

D. 18,1,44 (Marc. 3 reg.)

Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.

⁷⁵ P. Apathy, *Sachgerechtigkeit und...*, s. 111.

⁷⁶ M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, s. 272.

⁷⁷ Uzasadnienie znaczenia tego kryterium jest w literaturze ze wszech miar sporne. Interpolację podejrzewają: P. Apathy, *Sachgerechtigkeit und...*, s. 111, przyp. 74, oraz M.J. Schermaier, *Auslegung und...* Por. jednakże M. Pennitz, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis im römischen Recht*, [w:] *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln 2002, s. 585 i n., który formułuje pogląd, że przyjęte przez Neratiusa kryterium *dimidia pars* służyło ustaleniu wartości materiału pozostałego po spaleniu domu. *Dimidia pars* byłaby w tym przypadku sztucznie wykreowanym przez prawnika pojęciem, które pozwalało na przerzucenie argumentacji rozstrzygnięcia z obszaru istnienia przedmiotu sprzedaży na inny przedmiotowo istotny element tej czynności, jakim była cena.

⁷⁸ M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, który podnosi, że Neratius, używając terminologii prawa współczesnego, dokonuje „uzupełniającej wykładni umowy” („ergänzende Vertragsauslegung⁴”); por. P. Apathy, *Sachgerechtigkeit und...*, s. 111, który rozstrzygnięcie Neratiusa uzasadnia przyjaznym sprzedawcy, a wynikającym z *aequitas* ograniczeniem nieważności umowy.

⁷⁹ M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, s. 273.

Sprzedaż pary niewolników w jednej cenie nie dochodziła do skutku, jeśli w chwili zawarcia umowy przy życiu pozostał tylko jeden z nich. *Uno pretio* zdradzać ma, że chodzi o jednolitą umowę, która straciłaby sens dla kupującego, a może i dla obu stron, jeśli dotyczyć by miała tylko jednego z niewolników. Po uwzględnieniu woli stron, prawnik dochodzi do wniosku, że wraz ze śmiercią jednego z niewolników przestaje istnieć przedmiot umowy, i dlatego nie dochodzi ona do skutku⁸⁰.

Przyjęta przez M.J. Schermaiera metoda konfrontacji problematyki niemożliwości oraz rękojmi za wady rzeczy sprzedanej w prawie rzymskim polega – w przypadku tekstu Paulusa – na dostrzeżeniu zależności pomiędzy porozumieniem stron co do przedmiotu umowy oraz jej wykładnią. Czterej prawnicy stawiają pytanie o to, co było przedmiotem umowy stron, a odpowiedź uzależniają od wyniku konfrontacji porozumienia (normy) z przedmiotem umowy (rzeczywistością)⁸¹. Umowa była nieważna, jeśli strony zainteresowane były nabyciem domu, a ten spłonął przed jej zawarciem, co wyraża sformułowana przez Pomponiusa zasada *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*. Jeśli jednak część domu ocalała z pożaru, to przyjmuje się, że umowa została ważnie zawarta. Dodatkowe kryterium pozwalające na identyfikację przedmiotu umowy wytyczyło jednocześnie – zdaniem tego autora – granicę pomiędzy niemożliwością a rękojmią za wady, i dopuściło wykładnię w celu ustalenia hipotetycznej woli stron. W przypadku istotnego zniszczenia domu, Neratius przyjął brak interesu kupującego, zdecydował

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Tak M.J. Schermaier, *Auslegung und...*, s. 280 i n. Autor ten (*ibidem*, s. 288) stoi na stanowisku, że Rzymianie dokonywali wykładni umów, a nie oświadczeń woli. Oznacza to, że treść umowy określana była dopiero wtedy, gdy umowne porozumienie bezsprzecznie doszło do skutku: „Dopiero wtedy, kiedy istniała zgoda co do złożonych oświadczeń, następowała konfrontacja z okolicznościami, w których dochodziły one do skutku. Jeśli nie istniał przedmiot umowy, umowa była nieważna. Jeśli istniał przedmiot umowy, ale inny, niż strony go sobie wyobrażały, wchodziła w rachubę (normatywna) wykładnia prawa. Istnienie/nieistnienie przedmiotu umowy wytyczało granicę pomiędzy wskazanymi skutkami prawnymi. [...] Choć nieważność umowy z powodu nieistnienia jej przedmiotu wyłączała możliwość normatywnej wykładni, to system niemożliwości i rękojmi zarówno w metodycznym, jak i dogmatycznym aspekcie były ze sobą związane: umowna norma zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku posługiwała się samodzielnym, prawnie istotnym stanem faktycznym. Wykształciła się niezależnie od wymagających uregulowania okoliczności i dopiero przez to umożliwiła konfrontację treści umowy i rzeczywistości, powinności (*Sollen*) i bytu (*Sein*). Strony mogły dlatego porozumiewać się co do przedmiotu, który nie istniał, albo przypisywać mu właściwości, których sprzedana rzecz nie posiadała. W pierwszym przypadku umowa była nieważna, w drugim miała miejsce wykładnia, czy i jak dalece rozbieżne pozostawały norma i rzeczywistość oraz w jakim zakresie sprzedawca mógł zostać zwolniony z obowiązku świadczenia”.

o nieważności umowy – miała miejsce niemożliwość początkowa. Przy niewielkim zniszczeniu przyjął on istnienie interesu kupującego, a tym samym – istnienie obowiązku zapłaty, oczywiście po odpowiednim uwzględnieniu rozmiaru szkody – to rękojmia za wady⁸².

4. Wnioski

Niniejszy artykuł skłania do sformułowania kilku wniosków. Charakterystyczna dla prawa współczesnego interpretacja *Impossibilium nulla obligatio est* Celsusa w relacji obowiązku i niemożliwości świadczenia spowodowała, że skutek nieważności umowy o świadczenie od początku niemożliwe do spełnienia, bez zastrzeżeń odnosił się jedynie do zobowiązań o przeniesienie własności rzeczy, która nie istniała, lub rzeczy, która należała do wierzyciela. W przypadkach sprzedaży rzeczy wyjętej z obrotu, spadku oraz wierzytelności, zasada ta doznawała tak licznych wyjątków, że w ogóle można podać w wątpliwość jej obowiązywanie. Współczesne rozumienie *Impossibilium nulla obligatio est* nie znajduje tym samym potwierdzenia w rzymskim materiale źródłowym, a jego analiza w oparciu o dorobek dogmatyki prawa w zakresie początkowej niemożliwości świadczenia i w oparciu o prawnicze rozumienie pojęcia „niemożliwość” nie odpowiada na pytanie o bezpośrednią przyczynę nieważności rzymskiej umowy sprzedaży.

Spojrzenie z kolei na materiał źródłowy przez pryzmat koncepcji W. Flume, osadzonej w problematyce aktu prawnego oraz *actio*, pozwoliło na wyraźne oddzielenie od siebie przypadków niemożliwości zawarcia umowy oraz niemożliwości wykonania zobowiązania, którego umowa jest źródłem. Koncepcja ta uprawnia do sformułowania wniosku, że zobowiązanie *ex venditione* nie dlatego nie mogło powstać, że w chwili zawarcia umowy świadczenie było niemożliwe do spełnienia, tylko dlatego, ponieważ niemożliwe było w ogóle ważne zawarcie takiej umowy. Przesłanką ważnego zawarcia umowy było w prawie rzymskim, zgodnie ze sformułowaną przez Pomponiusza zasadą prawną – istnienie przedmiotu sprzedaży: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (D.18,1,8 pr.; Pomp. 9 ad Sab.). Jego brak powodował nieważność umowy.

Koncepcja W. Fiume, dotycząca początkowej niemożliwości w prawie rzymskim, skłaniać może ponadto do zrewidowania dotychczasowych ustaleń doktryny w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowią-

⁸² *Ibidem*.

zania. W tym kontekście zapytać można choćby o stosunek, w jakim pozostawały względem siebie niemożliwość początkowa oraz rękojmia za wady rzeczy sprzedanej. Przykładową metodą konfrontacji tekstów z zakresu wskazanej powyżej problematyki może być interpretacja tekstu Paulusa (D. 18,1, 57; Paul. 5 Plaut.), dokonana w aspekcie wzajemnej zależności między porozumieniem stron co do przedmiotu umowy oraz jej wykładnią (M.J. Schermaier). Zaprezentowana w tekście metoda jest jednakże tylko jedną z wielu, jakimi można posłużyć się dla wspomnianego już zrewidowania stanowiska doktryny. Nie jest też doskonała i w tym konkretnym przypadku nie do końca radzi sobie choćby z uzasadnieniem przyjętego przez Neratiusa kryterium *dimidia pars*. Otwiera tym samym pole do szerszej naukowej dyskusji.

Bibliografia

- 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.
- Behrends O., Knütel R., Kupisch B., Seiler H.H.**, *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.
- Benöhr H.P.**, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburger Rechtsstudien 1965/54.
- Beseler G. von**, *Romanistische Studien*, TR 1928/8, s. 279–335.
- Cannata C.A.**, *La responsabilità contrattuale*, [w:] *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor Jose Luis Murga Gener*, Madrid 1994, s. 143–178.
- Cannata C.A.**, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali un corso di diritto romano*, Catania 1996.
- Dajczak W.**, *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 Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków 2008, s. 121–134.
- Dajczak W.**, *Die Wendung bona fides im Schuldrecht der römischen Kaiserkonstitutionen*, OIR 2000/6, s. 7–28.
- Dajczak W.**, *Dobra wiara jako symbol europejskiej tożsamości prawa*, Poznań 2006.
- 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. Pro-*

- spettive di unificazione del diritto contrattuale europeo. Confronto tra alcune esperienze giuridiche nazionali e le loro basi storiche*, Olsztyn 2007, s. 31–41.
- Dajczak W.**, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, [w:] *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, t. 1, Padova 2003, s. 409–427.
- Dajczak W.**, *Użycie zwrotu bona fides przez jurystów rzymskich przy ocenie mocy wiążącej postanowień kontraktowych*, [w:] *Profesorowi Janowi Kodrębskiemu in memoriam*, Łódź 2000, s. 27–36.
- Dajczak W.**, *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń 1998.
- Dilcher H.**, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main 1960.
- Eisele F.**, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, ZSS 1890/11, s. 1–29.
- Eisele F.**, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, ZSS 1886/7, s. 15–30.
- Flume W.**, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990.
- Frier B.W.**, *Roman Law and the Wine Trade: The problem of "Vinegar sold as wine"*, ZSS 1983/100, s. 257–295.
- 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.
- Honsell H.**, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969.
- Jhering R. von.**, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, [w:] [Jherings] *Jahrbücher für die Dogmatik*, [Jena] 1861/4, s. 1–113.
- 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.**, *Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf*, BIDR 1971/74, s. 45–59.
- Kaser M.**, *Partus ancillae*, ZSS 1958/75, s. 156–200.
- Kurtz V.**, *„Emptio rei sperate” – „pura” oder „sub condicione”?*, Labeo 1974/20.
- Kuryłowicz M.**, *Alea i kontrakty aleatoryjne w prawie rzymskim*, CPH 1984/36/2, s. 75–90.
- Kuryłowicz M.**, *Zasada 'superficies solo cedit' w rozwoju historycznym*, [w:] *Obrót nieruchomościami w praktyce notarialnej*, Kraków 1997, s. 79–92.
- Litewski W.**, *Rzymski proces cywilny*, Warszawa, Kraków 1988.
- MacCormack G.**, *„Dolus”, „Culpa”, „Custodia” and „Diligentia”. Criteria of Liability or Content of Obligation*, Index 1994/22, s. 189–209.
- Mayer-Maly T.**, [rec.: H. P. Benöhr, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburger Rechtsstudien 1965/54], ZSS 1966/83, s. 481–484.

- 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.
- Meincke P.**, *Superficies solo cedit*, ZSS 1971/88, s. 136–183.
- Molnár I.**, *Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts*, Szeged 1998.
- Mommsen F.**, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, 1. Abth., [w:] *Beiträge zum Obligationenrecht*, Braunschweig 1853.
- Partsch J.**, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, [w:] *Aus Nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin 1931, s. 3–95.
- Pennitz M.**, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis im römischen Recht*, [w:] *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln 2002, s. 575–589.
- 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.
- 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.**, *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).
- Rabello A.M.**, *The “Impossible Contract”: from Roman Law to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, [w:] *Libellus ad Thomasium. Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas*, Pretoria 2010, s. 346–358.
- Rozwadowski W.**, *Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969.
- Schermaier M.J.**, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem 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., Rückert J., Zimmermann R.** (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.**, *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.

- Skrzywanek-Jaworska D.**, *Nieważne zobowiązania ex stipulatione. Znaczenie Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50, 17, 185) w prawie rzymskim*, SPE 2011/LXXXIII, s. 205–235.
- 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.
- Sokala A.**, *Zasada superficies solo cedit w prawie rzymskim*, AUNC 1987/172, Prawo 25, s. 143–160.
- Stein P.**, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh London 1975.
- Wieacker F.**, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, [w:] *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, t. 1, München, Berlin 1965, s. 783–813.
- Windscheid B.**, *Besprechung der „Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abtheilung. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse“*, von Friedrich Mommsen, [w:] *Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft*, t. 2, Heidelberg 1855, s. 106–145.
- Windscheid B.**, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 2, Wyd. 7, Frankfurt a.M. 1891.
- Wolf J.G.**, *Barkauf und Haftung*, D. 19,1,23 Iul. 13 dig., TR 1977/45, s. 1–26.
- Wollschläger Ch.**, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, Wien 1980.
- Zimmermann R.**, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

Dagmara SKRZYWANEK-JAWORSKA

INVALID OBLIGATIONS EX VENDITIONE.

NEC EMPTIO NEC VENDITIO SINE RE QUAE VENEAT POTEST INTELLEGI (D. 18,1,8 PR.)
POMPONIUSA AND IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO EST CELSUSA (D. 50,17,185)

(Summary)

This article is a continuation of the “*Invalid obligations ex stipulatione. The meaning of Impossibilium nulla obligatio est (D. 50,17,185) of Celsus in Roman law*” (Law and Economics Studies, LXXXIII/2011, pp. 205–235). It leans on the similar construction and presents in a polemic way two groups of opinions with reference to invalid obligations *ex venditione*. It shows, similar to invalid obligations *ex stipulatione*, that the adaptation of civil law achievements to the ground of Roman law does not help to understand the concept of initial impossibility in Roman law. Alternative theories on the other hand, which analyse invalid obligations *ex venditione* in relation to the concept of valid formation of contract, put the main meaning to the *regula iuris* of Pomponius: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (D. 18,1,8 pr.) and at the same time allow to negate the application of the phrase of Celsus pertaining to obligations *ex venditione*.