

...
biblioteka Wydziału Prawa

8 1997

UMIĘTNOŚCI. WYDZIAŁ HISTORYCZNO-FILOZOFICZNY.
Czasopismo II Tom XL (Ogólnego zbioru t. 65) Nr 4.

IGNACY KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI

CONVENTIONES CONTRA BONOS MORES
W PRAWIE RZYMSKIEM

KRAKÓW
NAKŁADEM POLSKIEJ AKADEMJI UMIEJĘTNOŚCI
SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNIACH GEBETHNERA I WOLFFA
WARSZAWA — KRAKÓW — LUBLIN — ŁÓDŹ — POZNAŃ
1925



81997

Ignacy Koschembahr-Łyskowski.

Conventiones contra bonos mores w prawie rzymskiem.

Jeszcze za czasów ustawy XII tablic strony mogły stosunek pomiędzy sobą uregulować tylko drogą uroczystego aktu (*actus legitimus*), dokonanego w zgromadzeniu narodowym (*comitiis calatis*) pod kontrolą całego narodu¹⁾. Jednakże strony mogły, niezależnie od tego, każdej chwili zawierać pokój z sobą (*pacisci*), przez co strona zabezpieczoną była przed zemstą strony drugiej²⁾. Takie pactum dawało stronie tylko obronę przeciw actio drugiej strony, czem tłumaczy się często powtarzana reguła, że *pactum* rodzi tylko *exceptionem*, nie *actionem*³⁾.

Ponieważ jednakże pactum zawiera porozumienie stron, więc jest rzeczą naturalną, że strony musiały zabiegać o to, aby przez pactum wyzwolić się od więzów, które na nie nakładały actus legitimi, w swej treści i w swych skutkach ściśle określone przez prawo. Tą drogą mogły być zniewieczone wszystkie błogie następstwa uregulowania stosunków pomiędzy stronami pod kontrolą całego narodu przez actus legitimi. Albowiem w pactum niepodlegającym kontroli narodu strona silniejsza mogła narzucić stronie słabszej swą wolę i w ten sposób niweczyć to, co actus legitimi były ustanowiły na korzyść racjonalnego porządku społecznego⁴⁾.

To też pretor podjął się unormowania tej kwestji, nakreślając granice dla treści każdego pactum, a mianowicie, że pactum nie może być

¹⁾ Zob. Łyskowski, W sprawie kodyfikacji naszego prawa cywilnego (Themis Polska, Warszawa 1924/25, str. 23 i n.). Jeszcze Paul. lib. 3 ad. ed. D 2, 14, 6 Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.

²⁾ Lex XII tab. 8, 2. Festus pod *pacionem*, D 2, 14, 1, 1. Reminiscencją tego jest D 2, 14, 17, 1. Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti; pewnie też D 2, 14, 27, 2 in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur rel.

³⁾ D 2, 14, 7, 4. 5; Paul. Sent. 2, 14, 1; C 2, 3, 10 a. 227; C 5, 14, 1 a. 206.

⁴⁾ Porówn. Łyskowski j. w. str. 20 uw. 2.

zawarte ani dolo malo, ani w sprzeczności z przepisami prawa lub z ich intencją.

D 2, 14, 7, 7 Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.

Być może, że pretor wydając edykt de pactis, nawiązał do przepisu ustawy XII tablic (6, 1): cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto, na podstawie którego to przepisu strony mogły do nexum lub mancipatio dołączyć postanowienie obowiązujące strony ¹⁾.

Ale jako część uroczystego actus legitimi te postanowienia strony były oczywiście również pod kontrolą narodu, jak sam actus legitimus. Tem tłumaczy się, że dla nuncupationes przy nexum lub mancipatio nie były wymienione żadne zastrzeżenia ograniczające treść tej nuncupatio.

Kiedy edykt wydany został, nie może być dokładnie ustalone. W komedjach Plautusa, zdaje się, nie ma jeszcze aluzji do naszego edyktu ²⁾.

Natomiast za czasów Cycerona edykt niewątpliwie już istniał, albowiem Cycero powołuje się na pacti et conventi formula ³⁾. Z prawników wymieniają edykt już Trebatius ⁴⁾ i Labeo ⁵⁾.

Nie można jednakże zgodzić się na to, że edykt od samego początku miał napis de pactis et conventionibus, jak przyjmuje Lenel ⁶⁾, a zatem, że on od samego początku odnosił się do wszystkich umów, zważywszy, że wyraz conventiones obejmuje wszystkie umowy, a nie tylko pacta ⁷⁾. Że w edykcie pretorskim robiono późniejsze wstawki, jest rzeczą wiadomą. Że to mogło mieć miejsce także w naszym edykcie, na

¹⁾ Porówn. Puchta, Institutionen II (wyd. 10) § 238 (str. 197) uwag. 9.

²⁾ Pactum zachodzi w znaczeniu zawarcia pokoju Capt. 1, 2, 28 si ullo pacto ille huc conciliari potest. Zob. Costa, II diritto privato romano nelle comedie di Plauto (1890) str. 49 pod c). Natomiast zachodzi już conventit w znaczeniu porozumienia stron (pewnie ius gentium). Zob. Lodge, Lexicon Plautinum (Lipsk 1901, str. 310) pod convenio. B. Rudens 1381 wspomina o zaprzysiężonej obietnicy (1373) i nie może wchodzić w rachubę.

³⁾ Cicero, Pro Caecina 51 quae indicia aut stipulationes aut pacti et conventi formula non infirmari ac convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus rel. Porówn. Cicero, De offic. 3, 92 c. 24 Pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo (ut praetores solent edicere) facta sint; Cicero, Ad Attlic. 6, 3, 1 ex pacto [et] convento.

⁴⁾ D 2, 14, 10, 2.

⁵⁾ D 2, 14, 7, 10, 14.

⁶⁾ Edictum perpet. (2 wyd.) str. 64 uw. 5.

⁷⁾ Ulp. lib. 3 ad ed. D 2, 14, 1, 3. 4. Conventionis verbum generale est — Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.

to wskazują słowa *decreta edicta principum*¹⁾, które nie mogą pochodzić z czasów Cyncerona. Zatem nasz edykt odnosił się pierwotnie tylko do *pacta*, co też odpowiada ogólnej ewolucji zobowiązań w prawie rzymskim²⁾, oraz temu, że wspomniane w naszym edyktie ograniczenia woli stron dopiero później zastosowane zostały do *stipulatio*, a jeszcze później do wszystkich umów, o czym jeszcze będzie mowa poniżej.

Także rzeczowo edykt nasz nie mógł mówić ogólnie o *conventiones*. Gdyby tak było, *actiones* z *emtio* i z *locatio* i z *stipulatio* musiałyby opierać się na tym edyktie, ponieważ wszystkie te umowy podpadają pod *conventiones* (D 2, 14, 1, 4), a to sprzeciwiałoby się wszystkim naszym wiadomościom o powstaniu ochrony prawnej dla tych zobowiązań. Zaznaczyć też należy, że Cyncero, *Pro Caecina* 51, nie mówi o *conventio*, lecz o *conventi formula*. Cynceron według Mergueta, *Lexikon*, wogóle nie używa wyrazu *conventio*, lecz *conventum*.

A zatem dopiero za Ulpjana (D 2, 14, 1, 3. 4) odnoszono nasz edykt do wszystkich umów, a to w tym celu, aby ograniczenie woli stron, przez edykt wprowadzone dla *pactum*, rozciągnąć na wszystkie umowy.

Jeżeli zatem rubryka naszego edyktu zawierała jeszcze inne wyrazy prócz wyrazu *pactum*, to mógł to być tylko wyraz *conventum*; rubryka edyktu brzmiała zatem *de pactis conventis*. To popiera też nota u Probusa 5, 14, na którą Lenel³⁾ powołuje się, która brzmiała *P. C. pactum conventum*. Klasyccy prawnicy używają też często określenia *pactum conventum*⁴⁾.

W dalszym rozwoju prawa nauka i orzecznictwo rozciągnęły na *stipulatio* ograniczenie woli stron, wprowadzone przez pretora dla *pactum*, ale w nieco innym sformułowaniu, a mianowicie, że *stipulatio* nie może sprzeciwiać się ani przepisom prawa ani dobrym obyczajom.

Juljan, D 45, 1, 61 *Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

D 45, 1, 134 pr. *ex stipulatione — cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstatuam rel.*

C 8, 38, 4 a. 293 *Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio,*

¹⁾ Słusznie zwraca Lenel, j. w. str. 65 uw. 3, uwagę na to, że te słowa zostały pewnie później przedstawione, gdyż w innych miejscach edyktu pretorskiego (D 3, 1, 1, 8, D 4, 6, 1, 1) utrzymana jest kolejność: *edicta, decreta principum*.

²⁾ Porówn. Łyskowski, j. w. str. 25 i n.

³⁾ Ed. perp. str. 65 uw. 1.

⁴⁾ G 3, 179, G, 4, 119 na k., 121 na k., 122, D 2, 14, 7, 5, fr. 17 § 5, fr. 27 §§ 2, 4, D 23, 4, 12, 1, jeszcze C 2, 3, 29, 1, a. 531.

cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint.

Ostatnie zdanie jest pewnie interpolowane, ale to nie zmienia zasadniczo stanowiska fragmentu.

C 4, 7, 5 a. 294 ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur.

Że chodzi o rozciągnięcie na stipulatio zasady, która wprowadzoną została przez edykt dla pacta conventa, i że zatem to rozciągnięcie jest późniejsze od edyktu, wynika z tego, że sam edykt mówi tylko o pacta, a nie o stipulatio. Mówi to zresztą prawie wyraźnie

Ulp. lib. 4 ad ed. D 2, 14, 7, 16 na końcu et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.

Wynika z tego, że wszystkie ograniczenia, które pretor był wprowadził dla pacta, zastosowane zostają do stipulatio. A więc ograniczenia dla stipulatio pokrywają się z ograniczeniami dla pactum, na co już tutaj zwracam uwagę, albowiem to dowodzi, że zamiast ograniczenia neque quo fraus cui eorum fiat, wymienionego w edyktie de pactis, mamy ograniczenie, że porozumienie stron nie może być contra bonos mores. To da nam zrozumienie, co oznacza contra bonos mores.

W dalszym rozwoju nauka i orzecznictwo rozciągnęły ograniczenie woli stron, wprowadzone przez pretora dla pactum, na wszystkie zobowiązania. Tak, zdaje się, już było za Ulpjana, co wynika z jego komentarza do naszego edyktu.

D 2, 14, 1, 3 Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt rel.

Chodzi teraz o określenie, w jaki sposób edykt de pactis ograniczał wolę stron. Edykt rozróżnia wyraźnie trzy granice dla woli stron: 1) pactum nie może być zawarte podstępnie (dolo malo), 2) nie może sprzeciwiać się przepisom prawa, 3) nie może ubliżać intencji żadnego, z przepisów prawa.

Pierwsze dwie granice nie przedstawiają doniosłego zagadnienia i nie interesują nas w tym miejscu. Natomiast należy zastanowić się nad granicą trzecią.

Edykt objaśniają zwłaszcza Ulpjan w 4¹⁾ i Paulus w 3 księdze²⁾ swoich komentarzy do edyktu³⁾.

Granica trzecia dla woli stron polega na tem, że pactum nie może

¹⁾ Lenel, Palingenesia Ulp. nr. 240—254.

²⁾ Lenel, Palingenesia Paul. nr. 120—128.

³⁾ Zob. Lendl, Ed. perp. str. 64 uw. 6—12.

ubliżać intencji żadnego z przepisów prawa (*fraus cui eorum*). A zatem ogół przepisów prawa, a nie tylko poszczególny przepis, stanowi skrepowanie stron. *Pactum* już wówczas sprzeciwia się edyktowi, jeżeli ono ubliża zasadom ogólnym ustroju prawnego, wynikającym z całokształtu przepisów poszczególnych.

Nie chodzi o to, aby jakikolwiek przepis prawa wprost zakazał *pactum*, lecz wystarczy, jeżeli *pactum* przeciwne jest intencji jakiegokolwiek przepisu. Z każdego przepisu poszczególnego należy wnioskować o zasadzie ogólnej prawa, a ta uzyskana zasada ogólna miarodajną jest, czy w danym przypadku zachodzi *fraus legi*.

To wyraźnie mówi Ulpjan w fragmencie z 4 księgi komentarza do edyktu, który *Lenel*¹⁾ słusznie odnosi do naszego edyktu.

D 1, 3, 30 *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit rel*²⁾.

Obszernie to rozprawdzają

C 1, 14, 5 a. 439 *qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem rel*.

C 1, 2, 10, 1 a. 439 *generaliter, si quid eiusmodi contra ius vel utilitatem publicam in quolibet negotio proferatur, non valeat*³⁾.

Ulpjan, komentując edykt *de pactis*, rozstrząsa, kiedy *pactum* jest zawarte dolo malo (D 2, 14, 7, 9 in). Potem zastanawia się, czy *fraus* podpada także pod *dolus*, i podnosi (§ 10), że *praetor* o tem nie wspomina (*nihil praetor adicit*); ale przyjmuje Ulpjan stanowisko *Labeona*, który konkluduje, że *dolus* obejmuje także *fraudem* (*inest enim dolo et fraus*). Zdaje się, że w dalszym ciągu komisja kodyfikacyjna *Justynjana* opuściła szereg ustępów z komentarza Ulpjana. Albowiem w fragmencie przejętym do *Digestów Justynjana* brakuje wywodów do tekstu edyktu: *neque adversus leges-principum*, a w § 14 przechodzi Ulpjan do wypadków, w których *pactum* obraża intencję przepisów prawnych (*neque quo fraus cui eorum fiat*), konkludując w § 16, że nieważne jest *pactum*, które obraża zasady ogólne ustroju prawnego (*Et generaliter quotiens pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet*).

Prawnicy rzymscy zdawali sobie doskonale sprawę z tego, że wydawanie poszczególnych przepisów przez prawo nie wystarcza, aby zapewnić urzeczywistnienie sprawiedliwości w stosunkach obrotu, ponieważ strona zawsze znajdzie drogę, aby dopiąć swego celu, poruszając się zręcznie pomiędzy przepisami prawa. To też prawnicy rzymscy starali się

¹⁾ Ed. perp. str. 64 uw. 6.

²⁾ Paul. D 1, 3, 29 *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*.

³⁾ Porówn. do przytoczonych fragmentów *Ivo Pfaff*, *In fraudem legis agere* (1892) str. 132 in.

ułożyć reguły wynikające z całokształtu zasad ustroju prawnego, których obrażać nie wolno i które sędziemu dają wskazówkę dla oceny poszczególnego przypadku ¹⁾. Takie samo zadanie mają też nauka prawa i orzecznictwo w czasach dzisiejszych ²⁾.

Postępowanie *contra bonos mores* oznacza więc postępowanie niezgodne z zasadami ogólnymi ustroju prawnego, wynikającymi z całokształtu przepisów poszczególnych. Że prawnicy rzymscy w ten sposób pojmowali ograniczenie woli stron, wykazują przykłady, które przytaczają.

Decyzja sędziego rozstrzygnięcia sporu drogą przysięgi nie może być zmienioną przez *pactum* stron ³⁾.

Wykluczoną jest umowa o spadek przyszły (*stipulatio de successione futura*), gdyż to sprzeciwia się zasadom ogólnym ustroju prawnego, jest *contra bonos mores*.

D 45, 1, 61 *Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio* ⁴⁾.

Albowiem takie *pactum* ubliżałoby zasadzie ogólnej o wolności testowania.

C 2, 3, 15 a. 259 *nec libertatem testamenti faciendi — potuit auferre* ⁵⁾.

Zasady o części obowiązkowej dziedzica nie mogą być zmienione przez *pactum* ⁶⁾, jak wogóle ogólne zasady prawa spadkowego ⁷⁾.

Ulp. lib. 4 ad. ed. D 23, 4, 6 *Pomponius ait maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem praestet, videlicet propter utilitatem nubentium rel.*

Zasadniczo odpowiedzialność strony może być zmniejszoną za porozumieniem stron ⁸⁾. Ponieważ jednakże w *actio rei uxoriae* mąż odpowiada za *dolus* i *culpa*, a *ratio legis* jest obrona interesów żony (*propter utilitatem nubentium*), zmniejszenie odpowiedzialności męża byłoby *in fraudem legis*.

¹⁾ Porówn. Jörs, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* (1888) str. 289 i n.

²⁾ A. A. Al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise* (Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, tome 10, Paris 1925), 38 i n., charakteryzuje doskonale, że wymiar sprawiedliwości wymaga prócz poszczególnych przepisów prawa jeszcze ogólnych zasad jako regulatora przepisów poszczególnych. Porówn. też znakomite wywody Lambert'a w przedmowie str. X i n. do pięknego dzieła uczonego egipskiego, wychowanego na prawie francuskim. O doniosłości zasad ogólnych ustroju prawnego zob. trafne wywody Pacchioni, *I principii generali di diritto*, Arch. Giurid. 1924, i już Stammerl, *Lehre vom richtigen Recht*.

³⁾ C 5, 53, a. 215 (cf. *Consultatio* 9, 8).

⁴⁾ Porówn. C 8, 38, 4 a. 293.

⁵⁾ Porówn. C 2, 3, 30 a. 531, Girard, *Manuel* (5 éd. 1911) str. 444 uw. 1.

⁶⁾ C 3, 28, 35, 1 (Papinian) a. 531.

⁷⁾ C 2, 3, 15 a. 259. ⁸⁾ D 50, 17, 23.

D 24, 3, 14, 1 Eleganter quaerit Pomponius libro quinto (Lenel: sexto) decimo ex Sabino, si pascicatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? et negat servari oportere, quod quidem et mihi videtur verum: namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere, quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet.

Według prawa służy małżonkowi przywilej na zasądzenie in id quod facere potest. Przywilej ten tłumaczy się względem na zadanie społeczne stosunku małżeńskiego ¹⁾. Usunięcie drogą pactum tego przywileju sprzeciwiłoby się tej ogólnej zasadzie ustroju prawnego i z powodu tego jest niedopuszczalne. Zakończenie fragmentu (quippe — apparet) może jest interpolowane, co tłumaczy się tem, że za Justynjana pojęcie contra bonos mores weszło już w dziedzinę etyki. Ale rozstrzygnięcie samo w sobie świadczy, że Pomponusz nie dopuszcza takiego pactum jako sprzecznego z ogólnymi zasadami ustroju prawnego.

Paul. lib. 3 ad ed. D 2, 14, 17 pr. Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.

Zawarte zostało mutuum. Tego stanu rzeczy nie mogą strony zmienić drogą porozumienia, które ubiera stosunek prawny pomiędzy stronami w formę t. zw. contractus innominati. To byłoby w niezgodzie z ogólną zasadą ustroju prawnego, że zobowiązanie re powstaje w tej samej wysokości, w jakiej res była dana, jak Paulus wyraźnie podnosi, mimo że zna συνάλλαγμα ²⁾.

Przez pactum nie mogą być naruszone prawa osób trzecich ³⁾.

Tutaj też należy zasada, że odpowiedzialność za dolus nie może być wykluczona przez pactum (ne dolus praestetur) ⁴⁾. A prawnicy wyraźnie podnoszą, że takie pactum byłoby contra bonos mores, t. j. przeciw zasadom ogólnym ustroju prawnego.

D 16, 3, 1, 7 Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.

Przytoczyłem tylko kilka przykładów, ale ich liczbę możnaby z łatwością pomnożyć ⁵⁾.

¹⁾ C 5, 13, 1, 7 a. 530 quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali rel.

²⁾ D 19, 5, 5, 1. Porówn. Ulp. D 2, 14, 7, 1. 2.

³⁾ C 5, 3, 19, 3 a. 527 (?).

⁴⁾ D 2, 14, 27, 3, D 50, 17, 23. Porówn. Seckel, Handlexikon (9 wyd. 1907) pod dolus 1 b α).

⁵⁾ Porówn. Ulp. lib. 4 ad ed. D 2, 14, 7, 13—19, Paul. lib. 3 ad ed. D 2, 14, 13, fr. 17 §§ 3—7, fr. 19. 21. 23. 27., D 45, 1, 134 pr., C 8, 38, 2 a. 223.

Konsekwencją tego, że nieważne jest pactum sprzeciwiające się zasadom ogólnym ustroju prawnego, jest odwrotne stanowisko, mianowicie stanowisko, że ważne jest pactum, które nie sprzeciwia się ogólnym zasadom ustroju prawnego ¹⁾).

Prawnicy podnoszą, że pactum de non petendo jest zawsze dopuszczalne. Jest to pewnie reminiscencja pierwotnego znaczenia pacti, kiedy pactum oznaczało zawarcie pokoju pomiędzy stronami, przez co strona chroniona jest przed zemstą przeciwnika. Ale nawet w tych przypadkach prawnicy mają wątpliwość i podnoszą, że nawet pactum de non petendo może być nieważne, o ile sprzeciwia się zasadom ogólnym ustroju prawnego. To bardzo wyraźnie wykazuje

Ulp lib. 4 ad ed. D 2, 14, 7, 14 Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiaris operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit.

Fragment ten jest niezmiernie znamienny. Wykazuje on, że za czasów Labeona jednostka już bezwzględnie dysponuje swoim majątkiem prywatnym ²⁾. O majątkowej ochronie socjalnej jednostki niema mowy. Tak dalece czynnik społeczny już był wziął górę nad czynnikiem państwowym ³⁾. Powołanie się prawników na postanowienie ustawy XII tablic, że nawet z złodziejem wolno zawierać pactum, jest oczywiście nietrafne, ponieważ wówczas pactum tylko chroniło złodzieja przed zemstą pokrzywdzonego.

Ogólnie prawnicy mówią, że pactum jest nieważne, jeżeli sprzeciwia się zasadom ogólnym ustroju prawnego (a iure communi remotum).

Ulp. lib. 4 ad ed. (D 2, 14, 7, 16) Et generaliter quotiens pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet: nec legari, nec iusiurandum de hoc adactum ne quis agat servandum Marcellus libro secundo digestorum scribit: et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.

Zdaje się, że tekst tego fragmentu został nieco przekształcony przez kompilatorów. Ale, że istotna treść jest trafna, wynika z zgodności tej treści z przytoczonymi powyżej przykładami, w których prawnicy nieważność pacti opierają na tem, że pactum sprzeciwia się ogólnym zasa-

¹⁾ Porówn. C. 2, 3, 9 a. 222 (umowa na szepitel), C 5, 3, 19 pr. a. 527 (?).

²⁾ Porówn. D 2, 14, 21, 3.

³⁾ Zob. Łyskowski, W sprawie kodyfikacji naszego prawa cywilnego. Themis Polska 1924/5 str. 63 i n.

dom ustroju prawnego ¹⁾). Zakończenie zaś fragmentu pewnie pochodzi od Justynjana, co popiera moją tezę, że ograniczenie woli stron zostało pierwotnie wprowadzone tylko dla pactum, a dopiero w dalszym rozwoju także dla stipulatio.

Obejmując całokształt zagadnienia o dopuszczalności lub niedopuszczalności pacti, prawnicy podnoszą, że w stosunkach pomiędzy stronami uregulowanie niektórych kwestyj zależy od woli stron, innych kwestyj zaś wyłącznie należy do prawa.

D 23, 4, 12, 1 Ex pactis conventis, quae ante nuptias vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent — alia ad ius pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur rel.

Nie można jednakże powiedzieć, że powyższe rozróżnienie prawników rzymskich pokrywa się z nowoczesnym rozróżnieniem pomiędzy t. zw. ius cogens i t. zw. ius dispositivum, przyczem zwykle formułuje się stanowisko w ten sposób, że każdy przepis prawny jest ius dispositivum, o ile z jego wyraźnego brzmienia lub jego charakteru nie wynika, że jest ius cogens ²⁾. Prawnicy rzymscy nie mówią nigdzie ani o ius cogens ani o ius dispositivum ³⁾. Mówią oni raczej, że niektóre kwestje pomiędzy stronami mogą być regulowane według ich woli. Ale przytem wyraźnie podkreślają, że porozumienie stron nie może sprzeciwiać się ogólnym zasadom ustroju prawnego, a nietylko tym przepisom, które wyraźnie lub z swego charakteru wykluczają odmienne uregulowanie stosunku.

Należy jeszcze wykazać w szczegółach, że w miejsce ograniczenia woli stron przez postanowienie edyktu, że pactum nie może obrażać zasad ogólnych ustroju prawnego (neque quo fraus cui eorum fiat), wchodzi u prawników w późniejszym czasie ograniczenie, że porozumienie stron nie może być contra bonos mores.

Czy te dwa określenia pokrywają się? Czy mianowicie określenie quo fraus cui eorum fiat pokrywa się z określeniem contra bonos mores?

Że te dwa określenia pokrywają się, wolno wnioskować z tego, że prawnicy, rozszerzając na stipulatio i wszystkie inne umowy ograniczenia woli stron, ustalone w edykcje pretorskim dla pactum, wprawdzie wspominają, że pactum nie może być zawarte podstępnie (dolo malo) ⁴⁾ ani sprzeciwiać się przepisom prawa ⁵⁾, ale zwykle nie wspominają o tem,

¹⁾ Wobec tego nie może zaważyć na szali, że zakończenie D 2, 14, 7, 15 nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam pewnie jest interpolowane.

²⁾ Zob. Windscheid-Kipp, Pandekten (9 wyd. 1906) I § 30 str. 126/127.

³⁾ Porówn. Łyskowski, j. w. str. 45.

⁴⁾ n. p. C 2, 3, 8 a. 222; C 2, 3, 17 a. 286; C 2, 3, 29 pr. § 1 a. 531; C 8, 35, 3.

⁵⁾ n. p. C 5, 13, 1, 16 a. 530

że porozumienie stron nie może obrażać zasad ogólnych ustroju prawnego (quo fraus cui eorum fiat)¹⁾, lecz zwykle podnoszą, że porozumienie nie może być contra bonos mores²⁾. A nawet, mówiąc o granicach dla pactum, zwykle nie argumentują pojęciem o obejściu ustawy, lecz mówią również, że pactum nie może być contra bonos mores.

D 24, 3, 14, 1 (pow. str. 9). Wprawdzie fragment ten pochodzi z dzieła Ulpjana ad Sabinum, odnosi się zatem do prawa cywilnego, być więc może, że zasada, iż pactum nie może być contra bonos mores, powstała w prawie cywilnem, i że dopiero w dalszym rozwoju przepis edyktu: neque quo fraus cui eorum fiat podciągnięto pod tę zasadę prawa cywilnego, czem tłumaczy się, że prawnicy nieważności pactum zwykle nie uzasadniają przez powołanie się na fraus legi, lecz tem, że pactum jest contra bonos mores.

C 2, 3, 6 a. 213 Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.

C, 2, 3, 30, 3 a. 531 Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari rel.

Consultatio 4, 7 Neque contra leges neque contra bonos mores pascisci possumus rel.

Czem należy tłumaczyć, że prawnicy wolą mówić, iż porozumienie stron jest contra bonos mores, niż powiedzieć, że strony postąpiły in fraudem legis?

Sądzę, że zagadnienie rozwiąże się, jeżeli pamiętać będziemy o ewolucji wyrazu fraus. Pierwotnie fraus oznacza przedmiotową szkodę, a dopiero w dalszym rozwoju dochodzi moment podmiotowy, t. j. chęć obejścia, pokrzywdzenia³⁾. Kiedy edykt wydany został, wyraz fraus pewnie miał jeszcze znaczenie przedmiotowe; to wynika z tekstu edyktu wziętego w całości albowiem ograniczenie doło malo jest osobno wymienione na początku edyktu. Kiedy zaś wyraz fraus nabierał podmiotowego znaczenia, prawnicy byli zmuszeni unikać tego wyrazu, albowiem mogłoby powstać mniemanie, że in fraudem legis tylko wówczas zachodzi, jeżeli stronie wykazać można chęć obejścia przepisu prawnego. To nawet wyraźnie podnosi.

Pap. D 50, 17, 79 Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur⁴⁾.

¹⁾ In fraudem legis' zachodzi względnie rzadko. Zob. Ivo Pfaff, In fraudem legis agere (1892) str. 4 i n., str. 62 i n., str. 104 i n.

²⁾ D 45, 1, 61, D 45, 1, 134 pr., C 8, 38, 4, C 4, 7, 5 (zob. powyżej str. 5).

³⁾ Zob. Pfaff, j. w. str. 65 i n., str. 83 i n., str. 156 i n.

⁴⁾ Porów. D 34, 9, 11, D 49, 14, 3, 1. 2, C 2, 14, 1, 1 a. 400 (doło scientes co-nivent); C 9, 27, 6 pr. a. 439. Zachodzi jednakże fraus także w znaczeniu przedmiotowym.

Ale, że in fraudem legis obejmuje obrazę zasad ogólnych ustroju prawnego, wynikających z całokształtu przepisów poszczególnych, dowodzi orzeczenie następujące:

Terentius Clemens libro quinto ad legem Juliam et Papiam D 35 1, 64, 1 Quod si ita scriptum esset, si Ariciae non nubserit, interesse, an fraus legi facta esset: nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum: legem enim utilem rei publicae, subolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione.

Z przepisów legis Juliae et Papiae wnioskuje prawnik o zasadzie ogólnej ustroju prawnego, że zawieranie małżeństw ma być ułatwiane, to też utrudnienie zawarcia małżeństwa przedstawia obrazę dla zasad ogólnych ustroju prawnego.

Jednakże chwiejność znaczenia określenia in fraudem legis zmuszała prawników do oglądania się za innym określeniem, które oddałoby wolę edyktu pretorskiego de pactis conventis. Tym sposobem tłumaczy się, że prawnicy nieważność pacti przyjmują, jeżeli pactum jest contra bonos mores.

Ale czy contra bonos mores oznacza to samo, co określenie edyktu: neque quo fraus cui eorum fiat?

My dzisiaj patrzymy się na określenie contra bonos mores z stanowiska etyki i jesteśmy skłonni uważać określenie contra bonos mores za pojęcie ogólniejsze, pod które podpada określenie obrazę dla zasad ogólnych ustroju prawnego. Ale u Rzymian to stanowisko nie odpowiadało zapatrywaniom pierwotnym. Przeciwnie, u Rzymian przestrzeganie zasad ogólnych ustroju prawnego uważane było za obowiązek obywatelski, a obraza dla tych zasad przedstawiała się jako postępowanie niezgodne z zwyczajami dobrego obywatela, jako postępowanie contra bonos mores.

Określenie contra bonos mores spotykamy w edyktach pretorskich de convicio i de ademptata pudicitia ¹⁾.

Tutaj prawnicy nie powołują się na poglądy etyczne, lecz na zwyczaje obywateli rzymskich i na zasady ogólne ustroju prawnego.

D 47, 10, 15, 6 adversus bonos mores sic accipiendum non eius, qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis.

Także w edyktcie quod metus causa gestum erit ²⁾ pod przepis podpada tylko vis, która jest contra bonos mores, t. j. niezgodna z zasadami

wem. Paulus D 21, 1, 44 pr. ne qua fraus aut edicto aut iure (Mo. iuri) civili fieret. Porówn. Pfaff, j. w. str. 126 uw. 8.

¹⁾ D 47, 10, 15, 2 i fr. 15 § 15 n. Zob. Lenel, Ed. perp. (2 wyd.) str. 386.

²⁾ Lenel, Ed. perp. § 39 str. 108.

ogólnemi ustroju prawnego, a nie vis „quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet“ (D 4, 2, 3, 1).

Określenie contra bonos mores zastępuje zatem w całości określenie edyktu: neque quo fraus cui eorum fiat.

To potwierdza nam:

Paul. Sent. 3, 4 B § 2 Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti, veluti si uxorem non duxeris rel.

Terentius Clemens D 35, 1, 64, 1 (powyżej str. 13) mówi w tym przypadku o fraus legi, a Paulus podciąga taki warunek już pod określenie contra bonos mores, utożsamia więc określenia fraus legi i contra bonos mores.

Ale określenie contra bonos mores przechodziło również ewolucję. Kiedy pierwotnie contra bonos mores oznacza obrażanie zasad ogólnych ustroju prawnego, w dalszym rozwoju prawa określenie to nabiera znaczenia etycznego i obejmuje wszystko, co przeciwne jest poczuciu etycznemu.

Nie mylimy się pewnie, jeżeli tę ewolucję tłómaczyć będziemy wpływem filozofji greckiej.

Cycero wychodzi jeszcze z stanowiska, że boni mores są te, które odpowiadają zwyczajom obywateli rzymskich, a zatem zasadom ogólnym ustroju prawnego rzymskiego. Ale, zastanawiając się nad temi zasadami ogólnemi ustroju prawnego, wskazuje już na dążenia Platona do najlepszego ustroju.

Cicero, Tusc. 2, 27 cum [Plato] optimos mores et optimum rei publicae statum exquireret.

W innych wywodach Cycero przechodzi już w dziedzinę etyki i pragnie zwyczaje swych współobywateli przystosować do wymagań etyki, do wymagań cnoty.

Cicero, Tusc. 4, 34 pleraeque enim quaestiones quae ad vitam moresque pertinent, a virtutis fonte ducuntur.

Przytem już wyraźnie Cyceron powołuje się na filozofję grecką.

Cicero, De fato 1 quia pertinet ea pars ad mores, quod ἠθός illi vocant, nos eam partem philosophiae, de moribus appellare solemus rel.

Po tej linii ewolucyjnej prawnicy rzymscy doszli do stanowiska, że pod określenie contra bonos mores podpada wszystko, co jest niehonorowe (turpe).

D 24, 3, 22, 6 Labeo probat, nonnumquam patri denegandam actionem, si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit, ne acceptam dotem consumat rel ¹⁾.

¹⁾ Porówn. dalsze fragmenty, które przytacza Seckel Handlexikon, pod turpis.

Porozumienia stron, zawierające coś niehonorowego, są nieważne.

Paulus w komentarzu do edyktu de pactis conventis D 2, 14, 27, 4 łączy to wyraźnie z tym edyktem, przyczem uzasadnia to ogólnymi zasadami ustroju prawnego.

Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam rel.

Zasadę zaś, że umowy o treści niehonorowej są nieważne, prawnicy wypowiadają kilkakrotnie.

D 45, 1, 26 fr. 27 pr. Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti: veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat rel ¹⁾.

Stąd też nieważny jest warunek, nakazujący postępowanie niehonorowe, jest condicio non adscripta.

Marcellus D 35, 1, 20 Non dubitamus, quin turpes conditiones remittendae sunt rel.

Paul. Sent. 3, 4 B § 2 Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti, veluti si uxorem non duxeris rel ²⁾.

To też zakaz postępowania niehonorowego zestawiony zostaje z zakazem postępowania przeciw przepisom prawnym i przeciw dobrym obyczajom ³⁾.

Marejan D 30, 112, 3 Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid ⁴⁾.

Zakończenie znalazła ewolucja w znanym zdaniu:

Pap D 28, 7, 15 nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est ⁵⁾.

¹⁾ Porówn. G 3, 157, D 45, 1, 19, fr. 97 § 2, fr. 123, D 2, 14, 7, 3; D 11, 5, 4, 1, D 12, 5, 3, fr. 4 § 2—4, fr. 8, fr. 9; D 17, 1, 6, 3, fr. 12 § 11, fr. 22, § 6; D 18, 1, 35, 2; D 19, 5, 15 (cf. D 47, 2, 48, 1); D 27, 3, 5; D 44, 4, 9; C 4, 7, 4, fr. 5; C 8, 37, 9; C 8, 38, 2; C 9, 9, 23, 1 (dalsze fragmenty zob. Mayr, Vocabularium Codicis Justiniani, Praga 1922 pod turpis), J 3, 19, 24, J 3, 26, 7.

²⁾ Porówn. D 28, 7, 14; D 29, 1, 29, 2; D 30, 112, 3; D 35, 1, 71, 1; D 36, 1, 65, 7; C 6, 25, 5, 1. 2 a. 257

³⁾ Do tego zdania skłania się też Pfaff, j. w. 125.

⁴⁾ Porówn. D 35, 1, 71, 2, C 4, 7, 5 a. 294. O stanowisku prawa rzymskiego wobec nakazów moralności wogóle zob. Lotmar, Der unmoralische Vertrag (1896) str. 11 i n. i str. 117 i n.

⁵⁾ Że nie chodzi tutaj o frazes bezwartościowy, lecz o zasadę prawną, na to starczy nazwisko tego wybitnego prawnika. Zob. też Leopold, Ueber die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus (Passau 1891) str. 1 uw. 4.

Nie mamy żadnej podstawy do przyjęcia interpolacji w tym fragmencie. Język jest nawskroś papinjański ¹⁾. (Generaliter' jest u Papinjana kilkakrotnie używane ²⁾).

Czy Papinjan był Syryjczykiem ³⁾, czy Afrykańczykiem ⁴⁾, tyle, zdaje się, jest pewnem, że znał on poglądy filozofii wchodniej, jak jego wielki poprzednik, Afrykańczyk Julian ⁵⁾.

Zakończenie ewolucji w prawie rzymskiem przedstawia się zatem w ten sposób, że pod *conventiones contra bonos mores* padają wszystkie porozumienia stron, które obrażają bądź zasady ogólne ustroju prawnego, wynikające z całokształtu przepisów poszczególnych, bądź nasze poczucie etyczne.

Kiedy pierwsze określenie jest określeniem ściśle prawniczym, które utrzymuje zgodność pomiędzy wszystkimi poszczególnymi przepisami ustroju prawnego, to drugie określenie jest szersze i przedstawia się jako czynnik twórczy, który pobudza ewolucję prawa do coraz wyższego poziomu.

Jeżeli rzucimy okiem na ustawodawstwa nowoczesne, to najbliższemu prawu rzymskiemu stoi francuski kodeks cywilny, który głosi w swym

Art. 6 *On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs.*

Jeżeli pod l'ordre public podciągniemy wszystkie zasady ogólne ustroju prawnego, wynikające z całokształtu przepisów poszczególnych, to stanowisko prawa francuskiego pokrywa się najzupełniej ze stanowiskiem prawa rzymskiego. Ale oczywiście należy wówczas przyjąć, że porządkowi publicznemu (l'ordre public) sprzeciwia się wszystko, co obraża zasady ogólne ustroju prawnego, wynikające z całokształtu wszystkich przepisów szczególnych ⁶⁾.

Jeżeli zatem w ustroju prawnym praca i jej sprawiedliwe wyna-

¹⁾ Zob. Lenel, Paling Papinian.

²⁾ D 22, 1, 5, D 34, 4, 3, 9, D 36, 1, 57 pr. („generatim”), D 50, 17, 78.

³⁾ P. Kruger, *Geschichte der Quellen u. Litteratur des röm. R.* (2 wyd. 1912) str. 220 uw. 60 i str. 224 uw. 84

⁴⁾ Leipold, j. w. str. 27 n Porówn. P. Kruger, j. w. 224 uw. 84.

⁵⁾ Porówn. Leipold, j. w. str. 28 uw. 1, str. 44 n, P. Krüger, j. w. 222.

⁶⁾ To słusznie podkreślają Colin et Capitant, *Cours de droit civil français* (2 wyd. Paris 1920) t. II str. 162. Pięknie też wywodzi Mohamed Abdullah El-Araby, *La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique* (Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, tome 8 w tome 3 de la série des Décisions régulatrices de la politique du travail et du commerce des juges anglais, Paris 1924) str. 253: „C'est cet arrêt qui, pour la première fois, a nettement défini la distinction entre la méthode de travail judiciaire qui consiste à faire appel aux considérations d'ordre public ou de public policy — c'est-à-dire à l'esprit de l'ensemble des lois existantes ou du système juridique en vigueur — et le procédé — d'interprétation — d'un texte législatif particulier“ etc.

grodzienie doznaje szczególnej obrony prawnej, to umowa, przedstawiająca wyzysk pracy, będzie obrażą dla zasad ogólnych ustroju prawnego, chociażby nawet dla danego wypadku nie można powołać się na wyraźny przepis prawa. A nieuzasadnione wywołanie strajku jest również obrażą dla zasad ogólnych ustroju prawnego, przyczem oczywiście musi być instancja (n. p. komisja rozjemcza), która rozstrzyga, czy strajk jest uzasadniony lub nie. Ale badanie tego zagadnienia nie wchodzi już w ramy niniejszej rozprawy ¹⁾.

Ograniczenie woli stron przez dobre obyczaje (*bonnes moeurs*) przedstawia w prawie francuskim czynnik twórczy, który pobudza do ustanowienia nowych poszczególnych przepisów, podnoszących ustrój prawny do coraz wyższego poziomu etycznego. Stąd n. p. pokrzywdzenie bliźniego może być zwalczane przez orzecznictwo drogą powołania się na Art. 6, aż ustawodawstwo ujmie kwestję w ściśle określony przepis ²⁾.

¹⁾ O rozwiązanie tego doniosłego zagadnienia z innego stanowiska zabiega orzecznictwo amerykańskie. Zob. Éd. Lambert et H. C. Brown, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés. Le boycottage Le picketing et la grève de sympathie en tant qu'instruments du contrat collectif de travail et de la boutique syndiquée* (Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, tome 6, Paris, M. Giard, 1924).

²⁾ Zob. znakomite wywody w dziele G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1925, zwłaszcza str. 5 in., str. 67 in.
