

ROZDZIAŁ I

PRAWNY CHARAKTER NIEPRAWIDŁOWEGO DEPOZYTU PIENIĘŻNEGO¹

1. Podstawowe definicje: kontrakty pożyczki (mutuum) i użyczenia (commodatum) a kontrakt przechowania

Według słownika oksfordzkiego *pożyczka* to „rzecz pożyczona, w szczególności pożyczona na określony czas kwota pieniędzy, którą należy zwrócić w pieniądzech lub ekwiwalencie pieniężnym, najczęściej z odsetkami”². Zazwyczaj mamy do czynienia z dwiema umowami: *użyczeniem*, gdy biorącemu udostępnia się rzecz, którą jest zobowiązany zwrócić po skorzystaniu z niej, i z *pożyczką*, gdy własność rzeczy jest przenoszona na pożyczkobiorcę. W drugim przypadku przekazany przedmiot ma zostać zużyty, a pożyczkobiorca jest zobowiązany do zwrotu rzeczy w ilości i jakości, jaką miały rzeczy początkowo otrzymane³.

Kontrakt *commodatum*

Użyczenie (łac. *commodatum*) oznacza kontrakt realny w dobrej wierze, na mocy którego jedna osoba – użyczający – przekazuje innej – biorącemu albo komodatariuszowi – za darmo rzecz, która musi być zwrócona w oznaczonym czasie właścicielowi, tj. ta sama rzecz, która była użyczona, musi być zwrócona⁴. Kontrakt jest nazywany realnym, ponieważ jego prawne zawarcie następuje w momencie wręczenia rzeczy. Przykładem może być

¹ Autor w swoich nawiązaniach do obowiązujących współcześnie norm prawnych powołuje w zasadzie prawo hiszpańskie, o ile sam nie wskazuje odmiennie [przyp. red.].

² *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 1973), vol. 1, s. 1227 [analogiczna definicja w *Słowniku języka polskiego* (opr. L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, E. Sobol, L. Wiśniakowska, PWN, Warszawa 2008): „danie komuś albo wzięcie od kogoś pieniędzy lub jakichś rzeczy na pewien czas z zastrzeżeniem zwrotu w określonym terminie” – uw. red.].

³ Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2: *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales* (Barcelona: Librería Bosch, 1975), s. 304.

⁴ Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 6th rev. updated ed. (Barcelona: Ediciones Ariel, 1972), s. 408–409.

udostępnienie samochodu przyjacielowi, który chce pojechać na wycieczkę. W tej sytuacji jasne jest, że użyczający pozostaje nadal właścicielem samochodu, a przyjmujący w użyczenie jest uprawniony do używania samochodu zgodnie z jego przeznaczeniem i oddania go w ustalonym terminie (kiedy wróci z podróży). Przyjaciel jest zobowiązany do pozostania w posiadaniu rzeczy (samochodu), odpowiedniego jej użytkowania (przestrzegania przepisów ruchu drogowego i dbania o samochód jak o własny) oraz oddania rzeczy w momencie, kiedy *commodatum* wygaśnie (podróż się skończy).

Kontrakt mutuum

Chociaż kontrakt *commodatum* ma duże znaczenie praktyczne, to większe znaczenie ekonomiczne ma pożyczanie rzeczy *zamiennych* (*określonych co do gatunku*)⁵, przeznaczonych do konsumpcji, takich jak ropa, zboże, a przede wszystkim pieniądze. Tego rodzaju kontrakt nazywano *mutuum*. Polega on na tym, że jedna osoba pożycza drugiej określoną ilość dóbr jednego gatunku na określony czas. Po upływie tego czasu pożyczkobiorca jest zobowiązany do oddania takiej samej ilości dóbr o identycznej jakości (łac. *tantundem*). Typowym przykładem takiego kontraktu jest pożyczka pieniężna, gdyż pieniądź to kwintesencja rzeczy zamiennej. W kontrakcie takim następuje przekazanie przez jedną osobę określonej liczby jednostek pieniężnych innej osobie; pożyczkodawca przekazuje pożyczkobiorcy własność i dostępność tych pieniędzy. Pożyczkobiorca może używać tych pieniędzy jak swojej własności, zobowiązawszy się, że po upływie określonego *terminu* odda tę samą ich ilość. Pożyczka *mutuum* dotyczy rzeczy zamiennych, toteż polega na *wymianie „dóbr terażniejszych” w zamian za „dobra przyszłe”*. A zatem w odróżnieniu od kontraktu *commodatum* w wypadku kontraktu *mutuum* *pobieranie odsetek* jest czymś normalnym. Ludzie są skłonni pożyczyć pewną ilość dóbr zamiennych, jeśli w przyszłości, po upływie określonego terminu, mogą otrzymać ich większą ilość (zjawisko to nosi nazwę preferencji czasowej). Różnicę między liczbą jednostek pożyczonych a liczbą jednostek zwracanych przez pożyczkobiorcę po upływie ustalonego terminu, nazywa się odsetkami. Podsumujmy: w przypadku *mutuum* pożyczkodawca zobowiązuje się do przekazania określonych umową rzeczy, a pożyczkobiorca zobowiązuje się do oddania ich po upływie określonego czasu. Oprócz tego zobowiązuje się także do zapłaty odsetek, o ile tak stanowi umowa

⁵ Do dóbr *zamiennych* (*określonych co do gatunku*) należą takie, które można łatwo zastąpić innymi egzemplarzami tego samego gatunku. Innymi słowy, są to rzeczy, których nie traktuje się jako odrębnych obiektów, lecz uwzględnia się jedynie ich ilość, wagę bądź rozmiar. Rzymianie mówili, że zamienne są te rzeczy, *quae in genere suo functionem in solutione recipiunt*, czyli rzeczy *quae pondere numero mensurave constant*. Dobra konsumpcyjne są często zamienne.

(czyli w większości wypadków). Zasadniczym zobowiązaniem, jakie po- ciąga za sobą kontrakt mutuuum, czyli pożyczka dobra zamiennego, jest zwrot tej samej liczby jednostek dóbr tego samego rodzaju i jakości co dobra pożyczone, nawet jeśli ich cena uległa zmianie. Pożyczkobiorca zobowiązuje się do oddania *tantundem* w określonym terminie, więc cza- sowo korzysta z tego, że jest właścicielem i z pełnej dostępności rzeczy. Należy dodać, że *ustalenie terminu* jest cechą charakterystyczną kontrak- tu mutuuum, gdyż wyznacza okres, w którym pożyczkobiorca korzysta z dostępności i własności rzeczy, a także dzień, kiedy musi on zwrócić *tantundem*. *Ustalenie – explicite bądź implicite – terminu jest koniecznym warunkiem zawarcia kontraktu mutuuum.*

Kontrakt przechowania (depozytowy)

Podczas gdy pożyczka (mutuum) oraz użyczenie (commodatum) wy- magają przekazania rzeczy, kontrakt przechowania opiera się na założe- niu, że *nie zostanie przekazana własność rzeczy*. Kontrakt depozytu (łac. *depositum*) jest umową zawieraną w dobrej wierze, na mocy której depo- nent przekazuje depozytariuszowi rzecz ruchomą, by ją chronił i zwrócił wtedy, gdy deponent o to poprosi. Depozyt jest zawsze prowadzony w in- teresie deponenta [w odróżnieniu od pożyczki, która, jak mówi prawo rzymskie, jest „w interesie” pożyczkobiorcy – przyp. tłum.]. Zasadniczym celem umowy jest *bezpieczne przechowanie*, czyli chronienie dobra, dla- tego podczas trwania kontraktu rzecz powinna być dostępna dla depo- nenta *w każdym momencie*. Poza dostarczeniem dobra deponent jest zo- bowiązany do pokrycia kosztów przechowania (jeśli tak zostało ustalone w umowie; jeśli nie, wtedy przechowanie jest bezpłatne). Z kolei depo- zytariusz jest zobowiązany strzeżenia rzeczy z najwyższą starannością, na wzór dobrego ojca rodziny, i zwrócenia jej *natychmiast*, gdy deponent o to poprosi. W wypadku pożyczki – jak wiemy – władanie rzeczą jest przekazane na określony czas. Przedmiot przechowania jest dostępny dla deponującego przez cały czas trwania umowy, która wygasa, skoro tylko zażąda on zwrotu.

Depozyt dóbr określonych co do gatunku (kontrakt depozytu „nieprawidłowego”)

Często zdarza się, że w depozyt oddaje się nie oznaczone co do tożsamo- ści rzeczy (takie jak obraz, klejnot czy zapieczętowana skrzynia wypełniona monetami), lecz rzeczy zamienne (takie jak baryłki ropy, metry sześcienne gazu, buszle ziarna, tysiące dolarów). Depozyt dóbr zamiennych (określonych co do gatunku) jest również depozytem, o ile zachowana jest zasada, że deponent ma pełen dostęp do zdeponowanych dóbr, a depozytariusz

ma obowiązek starannego strzeżenia i chronienia owych dóbr. Jediną różnicą między depozytem dóbr zamiennych a depozytem regularnym, czyli depozytem rzeczy indywidualnie oznaczonych, jest to, że dobra określone co do gatunku – w przeciwieństwie do dóbr określonych co do tożsamości – zostają zmieszane z dobrami identycznego gatunku (na przykład w magazynie zboża, zbiorniku ropy naftowej albo sejfie bankiera). Nie da się odróżnić poszczególnych jednostek dóbr określonych co do gatunku, toteż uważa się, że w wypadku depozytu dóbr zamiennych ich „własność” zostaje przeniesiona na depozytariusza. Kiedy deponent przychodzi odebrać swój depozyt, to oczekuje – zgodnie z logiką – zwrotu ekwiwalentu jakości i ilości dobra, które zdeponował. Nie otrzyma tych jednostek dobra, które zdeponował, gdyż charakter dóbr zamiennych uniemożliwia ich indywidualne wyodrębnienie (zostają zmieszane z innymi jednostkami tego samego dobra przechowywanego w magazynie). Depozyt dóbr określonych co do gatunku, którego cechy charakterystyczne pokrywają się w większości z kontraktem przechowania, nazywa się „depozytem nieprawidłowym”⁶, a wyróżnia go jedna szczególna cecha (w przypadku depozytu prawidłowego, czyli depozytu dobra określonego co do tożsamości, prawo własności nie zostaje przekazane, lecz deponent nadal posiada dobro; w przypadku deponowania dóbr określonych co do gatunku może się wydawać, że własność zostaje przekazana depozytariuszowi). Musimy jednak podkreślić, że istota kontraktu depozytowego pozostaje niezmienną i że *depozyt nieprawidłowy* ma nadal charakter depozytu: zobowiązania do *przechowywania i ochrony*. W przypadku depozytu nieprawidłowego dobro z założenia jest *natychmiast osiągalne* w interesie deponenta, który w każdej chwili może udać się do magazynu zboża, ropy albo sejfu w banku i podjąć ekwiwalent tego, co pierwotnie zdeponował. Wydane dobra będą identyczne pod względem jakościowym i ilościowym z tymi, które zostały zdeponowane, a więc, jak mówili Rzymianie, będą *tantundem iusdem generis, qualitatis et bonetatis*.

⁶ Mój student César Martínez Meseguer przekonał mnie, że innym właściwym rozwiązaniem problemu byłoby uznanie, iż w przypadku depozytu nieprawidłowego nie występuje tak naprawdę przekazanie własności, a samo pojęcie własności odnosi się do abstrakcyjnie pojmanego *tantundem* lub ilości dóbr zdeponowanych, pozostających w zasięgu deponenta. Takie rozwiązanie zawiera na przykład artykuł 381 hiszpańskiego Kodeksu Cywilnego, w którym czytamy, że „każdy właściciel posiada uprawnienia proporcjonalne do przypadającej na niego części”. Chociaż tradycyjnie depozyt nieprawidłowy traktowano inaczej (rzeczywiste przekazanie własności na przedmiotach materialnych), wydaje się, że bardziej poprawne byłoby zdefiniowanie prawa własności w abstrakcyjnym ujęciu artykułu 381 kodeksu cywilnego, i stwierdzenie, że taki transfer w rzeczywistości nie występuje. Podobny pogląd na tę sprawę można odnaleźć w: Luis Díez-Picazo i Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, 6th ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 1989), vol. 2, s. 469–470.

2. Społeczna i gospodarcza rola depozytu nieprawidłowego

Depozyty dóbr zamiennych (np. pieniędzy), nazywane również depozytami nieprawidłowymi, odgrywają ważną społecznie rolę, której nie może odegrać depozyt dóbr określonych co do tożsamości. Bezsensowne i bardzo kosztowne byłoby przechowywanie ropy w osobnych i ponumerowanych kontenerach (tzn. jako nienaruszalne depozyty, których nie można przekazywać innym) lub np. umieszczanie pieniędzy w opieczętowanych i indywidualnie oznaczonych pojemnikach. Chociaż te skrajne przypadki oznaczałyby depozyt prawidłowy, a więc bez przeniesienia własności, to pociągałyby za sobą rezygnację z obniżenia kosztów i podniesienia efektywności, które uzyskuje się dzięki traktowaniu tych dóbr łącznie⁷. Klient zaś, nie ponosząc dodatkowych kosztów ani nie tracąc dostępu do dobra, jest usatysfakcjonowany otrzymaniem na żądanie określonego *tantundem* tej samej wartości i ilości, co dobro, które wcześniej zdeponował. Depozyt nieprawidłowy ma również inne zalety. W przypadku depozytu prawidłowego, gdy deponujemy dobra określone co do tożsamości, depozytariusz nie jest odpowiedzialny za utratę dobra z powodu jakiegoś wypadku albo działania siły wyższej, podczas gdy w przypadku depozytu nieprawidłowego depozytariusz jest odpowiedzialny nawet w razie wypadków i działania siły wyższej. Wobec tego oprócz standardowej zalety deponowania, jaką jest dostępność i ochrona dobra, depozyt nieprawidłowy spełnia także funkcję *ubezpieczenia* od nieprzewidzianych zdarzeń⁸.

Podstawowa cecha pieniężnego depozytu nieprawidłowego

W przypadku depozytu nieprawidłowego zobowiązanie do chronienia dobra i dbania o nie (właściwe dla każdego rodzaju depozytu) przybiera formę zobowiązania do zachowania pełnej dostępności *tantundem* na korzyść deponenta. Innymi słowy, depozyt prawidłowy polega na nieustannym strzeżeniu konkretnych dóbr *in individuo*, w przypadku zaś depozytu dóbr zamiennych nieustannie strzeżone, pilnowane i dostępne w każdej chwili musi być *tantundem*, tj. ilościowy i jakościowy ekwiwalent dobra,

⁷ W przypadku pieniężnego depozytu nieprawidłowego banki oferują usługi kasowe, co jest dodatkowym udogodnieniem.

⁸ Jak słusznie zauważa Pasquale Coppa-Zuccari „w odróżnieniu od depozytu prawidłowego, depozyt nieprawidłowy gwarantuje zwrot *tantundem* w tym samym rodzaju i identycznej jakości, zawsze i bez wyjątku. (...) Deponent nieprawidłowy ma gwarancję zwrotu depozytu nawet w razie wypadku losowego, podczas gdy deponent prawidłowy nie ma takiej gwarancji; deponent nieprawidłowy znajduje się w sytuacji ekonomicznie o wiele lepszej, niż gdyby był ubezpieczony” [tłum. WS-P] (zob. Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Modena: Biblioteca dell’Archivio Giuridico Filippo Serafini, 1901, vol. 6, s. 109–110).

które zostało pierwotnie zdeponowane. Oznacza to, że w depozycie nieprawidłowym zobowiązanie opiera się na ciągłym zapewnieniu dostępności dobra w tej samej ilości i tej samej jakości jak to, które zostało zdeponowane. Ta dostępność, chociaż jedne dobra są stale zastępowane przez inne, jest odpowiednikiem strzeżenia *in individuo*, które występuje w przypadku depozytu dóbr określonych co do tożsamości. Innymi słowy, właściciel magazynu ziarna lub ropy może użyć konkretnej ilości ropy lub ziarna (które u niego zdeponowano) do własnych celów albo przekazać je innemu deponentowi *pod warunkiem, że stale zapewnia pierwotnie deponującemu dostępność ropy lub ziarna tej samej jakości i w tej samej ilości jak te, które zostały zdeponowane*. W przypadku depozytu pieniężnego obowiązują dokładnie takie same zasady. Jeśli twój przyjaciel daje ci dwudziestodolarowy banknot do zdeponowania (przechowania), możemy uznać, że przenosi na ciebie swoją własność do konkretnego banknotu oraz że możesz przeznaczyć go na własne wydatki czy też spożytkować w jakiś inny sposób. Jednakowoż możesz to zrobić pod warunkiem, że posiadasz ekwiwalent – inny banknot dwudziestodolarowy lub dwa dziesięciodolarowe, abyś, gdy poprosi cię o zwrot pieniędzy, mógł mu je oddać bez przeszkód i wykrętów⁹.

Podsumujmy: logika działania kryjąca się za instytucją depozytu nieprawidłowego opiera się na uniwersalnych zasadach prawa i sugeruje, że podstawowa cecha takiego depozytu ma oznaczać stały dostęp deponenta do *tantundem*, które odpowiada pierwotnemu depozytowi. Jeśli idzie o przykład pieniędzy, które są dobrem zamiennym, oznacza to zobowiązanie do zachowania stuprocentowych rezerw w postaci gotówki.

⁹ Ową zasadniczą cechę depozytu nieprawidłowego chyba najlepiej zobrazował Coppa-Zuccari, pisząc, że ten, kto strzeże jakichś przedmiotów, „dba o nie jak dobry ojciec rodziny, bez względu na to, jakie ma codzienne obowiązki wynikające z umów gospodarczych i prawnych. Depozytariusz natomiast, sprawując pieczę nad depozytem powinien otaczać go troską, *quam suis rebus adhibere solet* [jaką otacza własne rzeczy]. Jeśli troska ta dotyczy rzeczy niezamiennych, depozytariusz chroni je przed utratą lub uszkodzeniem. Jeśli zaś dotyczy rzeczy zamiennych, to depozytariusz dba o to, żeby stale mieć w dyspozycji taką samą liczbę przedmiotów tej samej jakości [co powierzone mu w depozyt]. Owo posiadanie w dyspozycji tej samej liczby przedmiotów określonej jakości mimo zachodzących w międzyczasie wymian stanowi odpowiednik ochrony rzeczy niezamiennych i jest istnieniem rzeczy *in individuo*.” [tłum. WS-P] (Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, s. 95). Joaquín Garrigues wyraża taką samą opinię w *Contratos bancarios* (Madrid, 1975), s. 365, podobnie jak Juan Roca Juan w swoim artykule na temat depozytów pieniężnych (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, pod red. Manuela Albaladejo, t. 22, vol. 1, *Editorial Revista del Derecho Privado EDERSA* [Madrid, 1982], s. 246–255), w którym dochodzi do wniosku, że w przypadku depozytu nieprawidłowego zobowiązanie do przechowania oznacza, iż depozytariusz „musi w każdej chwili trzymać w interesie deponenta ilość zapewniającą zwrot zdeponowanych pierwotnie jednostek, by mógł je oddać, *gdy tylko się go o to poprosi*” (s. 251). Innymi słowy, w przypadku pieniężnego depozytu nieprawidłowego zobowiązanie do przechowania oznacza stałe utrzymywanie stuprocentowych rezerw w postaci gotówki.

Konsekwencje niespełnienia podstawowego zobowiązania zawartego w umowie depozytu nieprawidłowego

Logiczną konsekwencją niedopełnienia zobowiązania depozytowego do przechowania jest konieczność wypłacenia deponentowi rekompensaty. Jeśli depozytariusz dopuszcza się oszustwa i używa zdeponowanego dobra do własnych celów, to dokonuje przywłaszczenia. Przykładowo, jeśli depozytariusz sprzeda konkretny obraz, będący depozytem prawidłowym, aby uzyskać dla siebie pieniądze, to dopuszcza się aktu przywłaszczenia. Ten sam występki zostaje popełniony w przypadku depozytu nieprawidłowego rzeczy zamiennych, gdy depozytariusz używa zdeponowanych dóbr do własnych celów zarobkowych, nie utrzymując ekwiwalentu (*tantundem*) dostępnego w każdej chwili dla deponenta. Tak jest w przypadku magazynu ropy, gdy depozytariusz nie trzyma w rezerwie jej ilości odpowiadającej ilości u niego zdeponowanej, lub w przypadku depozytu pieniężnego, gdy depozytariusz używa go do własnych celów (wydaje lub pożycza), nie utrzymując stałej stuprocentowej rezerwy gotówkowej¹⁰. Ekspert w dziedzinie prawa karnego, Antonio Ferrer Sama, wyjaśnił, że jeśli na depozyt nieprawidłowy składa się jakaś ilość pieniędzy, a depozytariusz, zamiast stale trzymać tę ilość gotówki, zaczyna ją wydawać, aby osiągnąć dodatkowe zyski, będziemy musieli:

określić, który z poniższych opisów jest prawdziwy, aby stwierdzić ewentualne działania kryminalne: czy depozytariusz, korzystający z pieniędzy, ma wystarczającą finansową płynność, aby oddać w każdej chwili zdeponowane pieniądze, albo przeciwnie, czy w momencie korzystania z pieniędzy *nie ma wystarczającej ilości własnej gotówki, która zapewniłaby spłatę zobowiązania w każdej tylko chwili, gdy poprosi o to deponent*. W pierwszym przypadku akt przywłaszczenia nie został dokonany. Natomiast gdy depozytariusz w momencie skorzystania ze zdeponowanych pieniędzy nie ma wystarczająco dużo gotówki, by spełnić zobowiązanie wobec deponenta, wtedy winien jest przywłaszczenia.

¹⁰ Do innych, podobnych występki dochodzi, gdy depozytariusz *fałszuje* liczbę kwitów depozytowych, na przykład, gdy przechowując w depozycie ropę, emituje fałszywe kwity depozytowe i sprzedaje je osobom trzecim. Uogólniając – tak jest w każdym przypadku, w którym depozytariusz rzeczy zamiennych (w tym także pieniądze) emituje kwity (banknoty) w ilości większej niż odpowiadająca depozytowi w magazynie. To oczywiście, że w tej sytuacji mamy do czynienia z *podrabianiem dokumentów* (emisja fałszywych kwitów) i *oszustwem* (jeśli emisja powodowana jest chęcią wprowadzenia w błąd strony trzeciej i uzyskania dodatkowego przychodu). W dalszej części potwierdzimy tezę, że historycznie rozwój bankowości był oparty na błędnym traktowaniu takich aktów kryminalnych jako „biznesu” związanego z emisją banknotów.

Dzieje się tak od momentu, gdy zaczyna korzystać z dobra zdeponowanego dla własnych celów i nie posiada niezbędnego *tantundem*, ekwiwalentu pierwotnie zdeponowanej ilości pieniędzy¹¹.

Orzeczenia sądowe, w których odwoływano się do podstawowych zasad prawnych dotyczących pieniężnego depozytu nieprawidłowego (wymogu stuprocentowych rezerw)

Jeszcze na początku XX wieku sądy europejskie potwierdzały w swoich orzeczeniach wymóg stuprocentowych rezerw – wyrażających dbałość i troskę o bezpieczeństwo pieniężnego depozytu nieprawidłowego. 12 czerwca

¹¹ Antonio Ferrer Sama, *El delito de apropiación indebida* (Murcia: Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Editorial Sucesores de Nogués, 1945), s. 26–27. Stwierdziliśmy już wcześniej, podobnie jak Eugenio Cuello Calón (*Derecho penal*, Barcelona: Editorial Bosch, 1972, tome 2, special section, 13th ed., vol. 2, s. 952–953), że przestępstwo zostaje popełnione w momencie zawłaszczenia lub oszustwa, a wina wynika wprost z intencji popełnienia. Z powodu ich potajemnego charakteru przestępstwa te można dostrzec jedynie poprzez jakieś zewnętrzne sygnały (przekazanie, konsumpcja lub pożyczanie dobra). Jednak do przestępstwa dochodzi zazwyczaj na długo przedtem, zanim deponent je odkrywa, to jest gdy chce wypłacić depozyt i z zaskoczeniem stwierdza, iż nie może otrzymać obiecanego *tantundem*. Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano i Carlos Suárez González (*Manual de derecho penal*, special section, „Delitos patrimoniales y económicos” [Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993]) także konkludują, że przestępstwo zostaje popełnione w momencie przejścia rzeczy, bez względu na to, jakie to ma później następstwa, oraz że jest to nadal działanie kryminalne, nawet jeśli rzecz zostaje odtworzona, a wprowadzającemu w błąd nie udaje się osiągnąć zysku z tytułu zawłaszczenia, *bez względu na to, czy depozytariusz jest w stanie oddać tantundem w żądanym momencie* (s. 421). Ci sami autorzy twierdzą, że istnieje niedopuszczalna luka w hiszpańskim prawie karnym, które w przeciwieństwie do innych systemów zawiera „konkretne klauzule określające przestępstwa korporacyjne i sprzeniewierzenia, do których można by zaliczyć nieprawne działania banków dotyczące bieżących depozytów gotówkowych” (s. 429).

W prawie hiszpańskim artykuł 252 nowego kodeksu karnego z 1996 r. (poprzednio był to artykuł 528) dotyczy przywłaszczenia (zwraca na to uwagę Antonio Ferrer Sama). W artykule tym czytamy: „Karom wymienionym w artykułach 249 i 250 podlega każdy, kto ze szkodą dla innych przywłaszcza bądź sprzeniewierza pieniądze, dobra, papiery wartościowe lub inne rzeczy ruchome bądź aktywa, jakie otrzymał w depozyt, do sprzedaży konsygnacyjnej lub w zaufaniu, lub w inny sposób, który polegać ma na dostarczeniu lub zwrocie własności, lecz zaprzecza, że je otrzymał, gdy wartość własności przekracza 300 euro. Kary te będą zwiększone o 50% w przypadku depozytów koniecznych (*necessary deposits*)”.

I na koniec najbardziej wyczerpująca praca o kryminalnych aspektach przywłaszczenia pieniędzy, która zawiera *in extenso* stanowiska profesorów Ferrera Samy, Baja Fernández i pozostałych. Jest to publikacja: Norberto J. de la Mata Barranco, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida* (Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias [PPU, Inc.], 1994), szczególnie s. 407–408 oraz 512.

1927 r. sąd paryski skazał bankiera za przywłaszczenie funduszy z depozytu klienta (co zresztą było wtedy powszechną praktyką w bankowości). 4 stycznia 1934 r. sąd ten zajął to samo stanowisko w kolejnym wyroku¹². Przywołajmy też przykład upadku hiszpańskiego Banku Barcelony. W odpowiedzi na protesty właścicieli depozytów pieniężnych, żądających uznania ich za deponentów, północny sąd Barcelony wydał wyrok przyznający im uprzywilejowany status w kolejności zaspokajania roszczeń wierzycieli, uzasadniając go tym, że prawo banków do korzystania z depozytów bieżących jest z konieczności ograniczone obowiązkiem zapewnienia stałego dostępu do tych funduszy ich posiadaczom. Owo prawne ograniczenie dotyczące dostępności wykluczyło interpretację, zgodnie z którą bank mógłby się uznać za wyłącznego właściciela funduszy zdeponowanych na rachunkach bieżących¹³. Chociaż Sąd Najwyższy Hiszpanii nie miał okazji wydać wyroku w sprawie upadku Banku Barcelony, inny jego wyrok z dnia 21 czerwca 1928 r. prowadził do podobnej konkluzji:

W kontekście działalności komercyjnej i tradycji orzecznictwa dotyczącego depozytu pieniężnego można stwierdzić, że choć nie istnieje kontraktowe zobowiązanie do trzymania przez depozytariusza tych samych pieniędzy, które zostały oddane w depozyt, to jednak *wymagane jest, aby utrzymana była ilość pierwotnie zdeponowana w celu umożliwienia zwrotu całości lub części w momencie, gdy zażąda tego deponent; depozytariusz nie uzyskuje prawa do użytkowania depozytu dla własnych celów, ponieważ zgodnie z podpisanym zobowiązaniem do zwrotu depozytu na żądanie musi ciągle utrzymywać niezbędną do tego ilość gotówki*¹⁴.

3. Podstawowe różnice między kontraktem pieniężnego depozytu nieprawidłowego a kontraktem pożyczki pieniężnej

Przyjrzymy się teraz najważniejszym różnicom między depozytem nieprawidłowym a pożyczką (w obu przypadkach odniesiemy się do pieniądza). Liczne przykłady w dalszej części pokażą, że wiele nieporozumień,

¹² Orzeczenia te są przytaczane w: Jean Escarra, *Principes de droit commercial*, s. 256; Garrigues także się do nich odnosi w *Contratos bancarios*, s. 367–368.

¹³ *Dictamen de Antonio Goicoechea* (w: *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona* (Madrid: Imprenta Delgado Sáez, 1936), s. 233–289, szczególnie s. 263–264. Garrigues również odnosi się do tych orzeczeń w: *Contratos bancarios*, s. 368.

¹⁴ José Luis García-Pita y Lastres cytuje ten wyrok w swoim tekście *Los depósitos bancarios de dinero y su documentación*, zamieszczonym w: *La revista de derecho bancario y bursátil* (Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, October–December 1993), s. 919–1008, zob. zwł. s. 991. Zob. także: Garrigues, *Contratos bancarios*, s. 387.

a także ekonomicznych i prawnych błędów dotyczących tego zagadnienia wynika z braku zrozumienia podstawowych różnic między tymi dwoma kontraktami.

Zakres przeniesienia praw własności w każdym kontrakcie

Przede wszystkim musimy podkreślić, że kłopoty z wyraźnym odróżnieniem depozytu nieprawidłowego od pożyczki wynikają z nadawania zbyt dużego znaczenia temu, że w przypadku depozytu rzeczy zamiennych (np. pieniędzy) możemy uznać, iż własność do zdeponowanego dobra została przeniesiona na depozytariusza, „tak jak” w przypadku kontraktu pożyczki, czyli mutuum. Jest to jedyne podobieństwo między tymi dwoma rodzajami kontraktów i właśnie ono sprawiło, że wielu teoretyków bezpodstawnie utożsamia je ze sobą.

Wiemy, że w przypadku depozytu nieprawidłowego transfer „własności” wynika z tego, że przedmiotem zdeponowanym jest dobro zamienne, którego nie traktuje się indywidualnie. Wiemy także, iż z umieszczenia depozytów razem z innymi depozytami takich samych dóbr zamiennych, a co za tym idzie traktowania wszystkich jednostek dobra w ten sam sposób, wynika wiele korzyści. W takim wypadku, w ścisłym znaczeniu, fizycznie niemożliwe jest spełnienie żądania zwrotu dokładnie tych samych dóbr, toteż konieczne wydaje się „przeniesienie” prawa własności do *konkretnych* zdeponowanych *jednostek*, ponieważ nie sposób odróżnić ich od pozostałych. Tak więc depozytariusz staje się „właścicielem”, jednak z tym zastrzeżeniem, że dopóki utrzymuje *tantundem*, dopóty może dowolnie alokować konkretne, nieodróżnialne od siebie jednostki dobra. W depozycie nieprawidłowym własność zostaje przeniesiona właśnie z takim założeniem. W przypadku kontraktu pożyczki, prawo do całkowitego dysponowania pożyczonym dobrem jest przeniesione na czas obowiązywania kontraktu. Dlatego nawet jeśli uznamy „podobieństwo” między depozytem nieprawidłowym a pożyczką (formalne „przeniesienie” własności), musimy pamiętać, że owo przeniesienie własności ma z ekonomicznego i prawnego punktu widzenia zupełnie inne znaczenie w obu przypadkach. Być może, co wyjaśniliśmy w przypisie piątym, sensowniejsza byłaby nawet teza, że w depozycie nieprawidłowym nie następuje przeniesienie własności, lecz deponent zachowuje tytuł własności do abstrakcyjnie pojmowanego *tantundem*.

Podstawowe różnice ekonomiczne między obydwoimi typami kontraktów

Odmiennosc prawnego charakteru obu kontraktów wynika z podstawowej różnicy mającej źródło w *zasadzie ekonomicznej*, na której każdy

z nich się opiera. Ludwig von Mises z charakterystyczną dla siebie klarownością pisze, że jeśli pożyczka (kredyt):

w sensie ekonomicznym oznacza wymianę dobra terażniejszego lub terażniejszej usługi na przyszłe dobro lub przyszłą usługę, wtedy trudno uznać rozważaną transakcję [depozyt nieprawidłowy] za formę kredytu. Deponent pewnej sumy pieniędzy dostaje w zamian dokument, który pełni dokładnie te same funkcje co odłożona pierwotnie kwota. Oznacza to, że dokument ten uprawnia do wymienienia go w każdej chwili na pieniądze, a zatem deponent nie wymienił żadnego dobra terażniejszego na przyszłe. Dokument, który otrzymał dzięki depozytowi, jest dla niego również dobrem terażniejszym. Zdeponowanie pieniędzy w żadnym razie nie oznacza, że deponent zrezygnował z bezpośredniego dysponowania dobrem i użyteczności, która za tym idzie.

Mises dochodzi do wniosku, że depozyt „nie jest umową kredytową, ponieważ nie ma w niej podstawowego elementu, wymiany dóbr terażniejszych na przyszłe”¹⁵.

Stąd też jeśli chodzi o pieniężny depozyt nieprawidłowy, nie ma tu żadnego poświęcenia dobra terażniejszego w zamian za większą ilość dobra przyszłego po jakimś ustalonym czasie; występuje tu raczej zmiana w dysponowaniu dobrem terażniejszym. Wiąże się ona z tym, że w wielu okolicznościach z subiektywnego punktu widzenia (do osiągnięcia wybranych celów) niezwykle wygodne dla deponenta jest umieszczenie dóbr wraz z innymi tego samego gatunku. Do takich zalet, jak zaznaczyliśmy wcześniej, zalicza się przede wszystkim ubezpieczenie przed stratą w następstwie nieprzewidzianych wypadków, a także korzystanie z obsługi gotówkowej klientów posiadających konto bankowe. Zupełnie inaczej jest z kontraktem pożyczki. Celem kontraktu pożyczki jest w istocie *odstąpienie* dobra terażniejszego na rzecz pożyczkobiorcy, zazwyczaj po to, by otrzymać w przyszłości większą ilość dóbr (pod koniec zapadalności kontraktu). „Zwyczaj”¹⁶, gdyż przyjąwszy, że preferencja czasowa charakteryzuje każde ludzkie działanie, w pozostałych warunkach niezmiennych ludzie zawsze bardziej pożądamy dóbr terażniejszych niż przyszłych i dlatego wymianie jednych na drugie towarzyszy wynagrodzenie w postaci procentu. W przeciwnym razie mało kto byłby skłonny zrezygnować z dostępu do dóbr terażniejszych, a taka rezygnacja jest koniecznym warunkiem każdej pożyczki.

Z ekonomicznego punktu widzenia różnica między obydwooma kontraktami jest więc wyraźna: depozyt nieprawidłowy nie oznacza wymiany dóbr

¹⁵ Ludwig von Mises, *The Theory of Money and Credit* (Indianapolis, Ind.: Liberty Classics, 1980), s. 300–301. Jest to najlepsze angielskie tłumaczenie niemieckiej edycji *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel*, wydanej w 1924 r. przez Duncker and Humblot w Monachium i Lipsku. Pierwsze wydanie opublikowano w 1912 r.

teraźniejszych na przyszłe, podczas gdy w przypadku kontraktu pożyczki taka wymiana następuje. Stąd też w przypadku depozytu nieprawidłowego dostępność dobra nie przepada, lecz stale pozostaje ono w zasięgu ręki deponenta (choć z prawnego punktu widzenia „własność” została przeniesiona). W przypadku kontraktu kredytowego zawsze następuje przeniesienie władania dobrem od pożyczkodawcy do pożyczkobiorcy. Oprócz tego kontrakt pożyczki zazwyczaj zawiera się z oprocentowaniem, podczas gdy depozyt nieprawidłowy z oprocentowaniem jest czymś absurdalnym i *contra naturam*. Coppa-Zuccari uważa, że brak możliwości oprocentowania depozytu nieprawidłowego wynika wprost z tego, że klient może wypłacić pieniądze *w każdej chwili*, a depozytariusz ma obowiązek spełnić jego żądanie, co w konsekwencji oznacza stałą dostępność *tantundem*¹⁶. Ludwig von Mises także wskazuje na to, że deponent otwiera depozyt nie żądając za niego żadnych odsetek, ponieważ:

zobowiązanie, które uzyskuje w zamian za zdeponowane pieniądze, jest istotne bez względu na to, czy zrealizuje je wcześniej czy później lub nawet jeśli nie zrealizuje go wcale. Dzieje się tak bez naruszania ekonomicznych interesów deponenta, który dostaje prawo do wypłaty, ale bez oprocentowania; odsetki mogłyby wynikać z różnicy wartości między momentem wpłaty i wypłaty, co nie dotyczy jednak depozytu¹⁷.

Widzimy, że z ekonomicznego punktu widzenia pieniężny depozyt nieprawidłowy nie oznacza wymiany dóbr teraźniejszych na przyszłe. Ciągła dostępność dobra dla deponenta, logicznie rzecz biorąc, wyklucza możliwość oprocentowania depozytu, i właśnie stąd bierze się prawna odmienność depozytu od kontraktu pożyczki¹⁸.

¹⁶ „Bezpośrednią konsekwencją prawa deponenta do odebrania depozytu w każdej chwili i powiązanego z nim, ciężącego na depozytariuszu obowiązku zwrócenia go na każde żądanie i trzymania zawsze do dyspozycji deponenta jego *tantundem* w przypadku depozytu nieprawidłowego, jest absolutna niemożliwość, by depozytariusz wypłacał odsetki deponentowi” [tłum. WS-P] (Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, s. 292). Coppa-Zuccari dodaje, że niemożność pogodzenia depozytu z oprocentowaniem nie stosuje się do zupełnie odmiennego przypadku, gdy odsetki są wypłacane jako odszkodowanie w zamian za to, że depozytariusz nie zdołał wypłacić pieniędzy na żądanie (tj. kiedy depozytariusz jest winny złamania umowy). Jak zobaczymy dalej, koncepcja *depositum confessatum* była systematycznie stosowana w średniowieczu jako luka prawna umożliwiająca omińnięcie kanonicznego zakazu pobierania procentu.

¹⁷ Mises, *The Theory of Money and Credit*, s. 301.

¹⁸ Niemożność pogodzenia depozytu pieniężnego z oprocentowaniem nie oznacza, że depozyt powinien być prowadzony za darmo. W praktyce bowiem deponent uiszcza określoną opłatę depozytariuszowi, która pokrywa koszty przechowania i ochrony. Wypłata oprocentowania byłaby oczywistym dowodem na to, że niemal na pewno podstawowe zobowiązanie do trzymania *tantundem* zostaje złamane i że depozytariusz używa pieniędzy do własnych celów, zawłaszczając rzecz, do której deponent powinien mieć stały dostęp.

Podstawowe różnice prawne między obydwoma kontraktami

W przypadku depozytu nieprawidłowego zasadnicze prawne elementy to przechowanie oraz ochrona zdeponowanych pieniędzy. Dla stron zawierających umowę takiego depozytu jest to najważniejsze zadanie i *cel kontraktu*¹⁹, który różni się zasadniczo od podstawowego celu kontraktu pożyczki. Dostępność pożyczonego dobra zostaje bowiem przeniesiona na pożyczkobiorcę, który może go używać przez czas określony w kontrakcie pożyczki. Różnica prawna między tymi kontraktami dotyczy jeszcze dwóch innych ważnych spraw. Po pierwsze, w depozycie nieprawidłowym nie ma *terminu* – podstawowej cechy kontraktu pożyczki. Nie sposób przecież wyobrazić sobie kontraktu pożyczki, w którym nie ustala się okresu jego trwania (tutaj oprócz własności przekazana jest również dostępność do dobra). Pod koniec okresu pożyczkowego konieczny jest zwrot *tantundem* powiększonego o wysokość oprocentowania²⁰. Tymczasem depozyt nieprawidłowy *nie wiąże się z żadnym terminem*. Zamiast niego jest ciągła dostępność depozytu dla deponenta, który może wypłacić swoje *tantundem* w każdej chwili²¹. Druga istotna prawna różnica między tymi dwoma kontraktami wynika z odmiennych zobowiązań stron. W przypadku depozytu nieprawidłowego zobowiązanie polega na *przechowaniu i ochronie* (czego wymaga się od dobrego opiekuna) *tantundem*, które jest ciągle dostępne

¹⁹ J. Dabin, *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, tłum. Francisco de Pelsmaeker, adaptacja Francisco Bonet Ramón, 2nd ed. (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955), s. 24 i n. To, że cel depozytu nieprawidłowego (przechowanie i ochrona) jest odmienny od celu kontraktu pożyczki, zauważają nawet autorzy, dla których nie jest oczywiste, że naturalną jego konsekwencją jest wymóg stuprocentowych rezerw na depozyty bankowe. Zob. na przykład: José Luis García-Pita y Lastres, *Depósitos bancarios y protección del depositante*, w: *Contratos bancarios* (Madrid: Colegios Notariales de España, 1996), s. 119–266, zwł. 167–91 oraz Florencio Ozcáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997), s. 37 i 47.

²⁰ Zarówno w dawnym prawie rzymskim (D. 12,1), jak i w obowiązującym prawie hiszpańskim (art. 1755 CC) oraz polskim (art. 720 § 1) pożyczka jest bezpłatna, o ile strony nie postanowią wyraźnie o odsetkach. Bezpłatność umowy pożyczki występuje zazwyczaj w stosunkach rodzinnych i przyjacielskich. Autor książki ma jednak na względzie wyłącznie sytuacje, w których przynajmniej jedna ze stron jest profesjonalistą i udziela pożyczek w celu osiągnięcia zysku. Stąd tak stanowcze zdanie o oprocentowaniu [przyp. red. RW].

²¹ Znaczący prawny cywilny są zgodni co do tego, że okres trwania jest *podstawą* kontraktu pożyczki, w przeciwieństwie do depozytu nieprawidłowego, który *nie ma oznaczonego okresu trwania*. Manuel Albaladejo podkreśla, że kontrakt mutuum oznacza, iż pożyczka musi zostać zwrócona pod koniec określonego terminu (zob. np. artykuł 1125 hiszpańskiego kodeksu cywilnego). Zaznacza nawet, że jeśli termin takowy nie został jasno określony, to konieczne jest, aby założyć jego istnienie, ponieważ *termin to podstawa kontraktu pożyczki*. W takiej sytuacji strona trzecia (sąd) powinna określić odpowiedni termin (rozwiązanie to podaje artykuł 1128 rzeczzonego kodeksu). Zob. Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2, s. 317.

dla deponenta²². W kontrakcie pożyczki zobowiązanie to nie występuje, a pożyczkobiorca może w pełni dysponować pożyczonymi pieniędzmi. Kiedy mówimy, że w obu kontraktach „przeniesiono własność”, w istocie mówimy o dwóch różnych koncepcjach. Podczas gdy „przeniesienie” własności w depozycie nieprawidłowym nie oznacza rezygnacji z dostępności do *tantundem*, w kontrakcie pożyczki przeniesienie jest *całkowite*, wraz z dostępnością *tantundem*, która również przechodzi na pożyczkobiorcę²³. Podsumowanie różnic między kontraktami zawarte jest w tabeli I-1.

4. Odkrycie przez znawców prawa rzymskiego ogólnych zasad dotyczących pieniężnego depozytu nieprawidłowego

Menger, Hayek i Leoni o kształtowaniu się tradycyjnych zasad prawodawstwa

Tradycyjne, uniwersalne zasady prawa, dotyczące pieniężnych depozytów nieprawidłowych, którymi zajmowaliśmy się w poprzednim podrozdziale, nie powstały w próżni, nie są też rezultatem wiedzy *a priori*. Prawo, rozumiane jako zespół norm i instytucji, do których w sposób stały, powtarzalny i uporządkowany przystosowują się zachowania ludzi, powstało i rozwinęło się w toku długotrwałej ewolucji. Jednym z największych

²² To oczywiste, że stale trzymane jest *tantundem*, a nie dokładnie te same dobra, które zostały pierwotnie zdeponowane. Innymi słowy, chociaż własność konkretnych fizycznych jednostek została przekazana, *depozytariusz nie otrzymuje tak naprawdę żadnej możliwości władania*. Wynika to z faktu, że prawo, które otrzymuje w odniesieniu do indywidualnych jednostek, równoważone jest zobowiązaniem dostarczenia *tantundem* w każdej chwili na żądanie wszystkich deponentów (a zatem jeśli pozbył się indywidualnej jednostki, którą władał, to jej brak musiałby uzupełnić jakąś inną). W przypadku pieniężnego depozytu nieprawidłowego stała dostępność jest zazwyczaj określana terminem „na żądanie”, który odzwierciedla podstawowy, poprawnie określony cel kontraktu depozytu bieżącego: stałe trzymanie *tantundem* w interesie deponenta.

²³ W tym miejscu ważne jest zwrócenie uwagi na kontrakt dotyczący „depozytu terminowego”, który ma ekonomiczne i prawne cechy typowego kontraktu pożyczki. Musimy podkreślić, że użycie tej terminologii jest mylące i skrywa prawdziwą naturę kontraktu pożyczki, który polega na tym, że dobro terażniejsze wymienione jest na dobro przyszłe, a dostępność pieniędzy przeniesiona zostaje na określony *termin*; klient zaś otrzymuje w zamian prawo do procentu. Ta myląca terminologia sprawia, że obywatelom jest jeszcze trudniej odróżnić prawdziwy depozyt (na żądanie) od kontraktu pożyczki (który uwzględni termin). Niektóre podmioty gospodarcze z egoistycznych pobudek uparczywie stosują te określenia, by skorzystać na wprowadzonym zamieszaniu. Do jeszcze większego wynaturzenia dochodzi wtedy, gdy (co jest częste) banki oferują terminowe „depozyty” (które powinny być lokatami), które stają się *de facto* depozytami „na żądanie”, ponieważ banki pozostawiają możliwość wypłaty środków z takiego depozytu w każdej chwili bez odsetek karnych.

Tabela I-1
Podstawowe różnice
między zasadniczo odmiennymi rodzajami kontraktów

<i>Pieniężny depozyt nieprawidłowy</i>	<i>Pożyczka pieniężna</i>
<i>Różnice ekonomiczne</i>	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Nie następuje wymiana dóbr teraźniejszych na dobra przyszłe. 2. Deponent ma pełny i stały dostęp do dobra. 3. Nie ma oprocentowania, ponieważ nie wymienia się dobra teraźniejszego na przyszłe. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Następuje wymiana dóbr teraźniejszych na dobra przyszłe. 2. Dostępność dobra zostaje w całości przekazana na rzecz pożyczkobiorcy. 3. Występuje oprocentowanie, ponieważ wymienia się dobra teraźniejsze na przyszłe.
<i>Różnice prawne</i>	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Podstawowy element (za którym stoją motywy deponenta) to przechowanie i ochrona <i>tantundem</i>. 2. Nie ma terminu zwrotu pieniędzy, ponieważ kontrakt jest „na żądanie”. 3. Zobowiązaniem depozytariusza jest zapewnienie dostępności <i>tantundem</i> w każdej chwili w interesie deponenta (stuprocentowa rezerwa gotówkowa). 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Podstawowym elementem jest przeniesienie dostępności teraźniejszego dobra na rzecz pożyczkobiorcy. 2. Kontrakt wymaga ustalenia <i>terminu</i> zwrotu pożyczki i w związku z tym ustalenia odsetek. 3. Pożyczkobiorca zobowiązany jest do zwrotu <i>tantundem</i> pod koniec terminu kontraktu wraz z należnym i pożyczkodawcy odsetkami.

osiągnięć Carla Mengera było stworzenie spójnej ekonomicznej teorii instytucji społecznych. Zgodnie z jego teorią instytucje społeczne powstały w wyniku ewolucji, w której uczestniczyła ogromna liczba ludzi, wyposażonych we własne wyjątkowe cechy, subiektywną wiedzę, dziedzictwo, doświadczenie, kierujących się osobistymi potrzebami, celami, przeżywających rozterki, emocje etc. Ta dynamiczna ewolucja spowodowała wykształcenie się zespołu zachowań lub raczej *instytucji* w sferze ekonomii, języka i prawa, dzięki którym życie w społeczeństwie jest możliwe. Menger odkrył, że instytucje powstają w wyniku społecznego procesu składającego się z działań wielu ludzi. Kierunek temu procesowi nadaje zawsze sto-

sunkowo niewielka grupa jednostek, które w szczególnych okolicznościach (geograficznych, historycznych etc.) jako pierwsze odkrywają skuteczniejsze metody działania umożliwiające osiągnięcie celów. Ta procedura odkrywania uruchamia zdecentralizowany proces prób i błędów, trwający całe pokolenia. W jego wyniku upowszechniają się te wzorce działania, które pozwalają najskuteczniej eliminować z życia społecznego zjawiska niepożądane. Jest to nieświadomy społeczny proces uczenia się przez naśladowanie, który wyjaśnia, w jaki sposób wzorce zachowań odkryte przez jednostki najbardziej twórcze i odnosząc największe sukcesy upowszechniały się w całym społeczeństwie. Ponadto te społeczności, które w wyniku owego procesu szybciej przyjmują udane zasady i instytucje, rozwijają się i zyskują przewagę nad innymi wspólnotami. Chociaż Menger stworzył swoją teorię w odniesieniu do powstania i ewolucji *pieniądza*, to zaznaczył, że ten sam teoretyczny schemat można z łatwością zastosować do analizy powstania i rozwoju *języka*, a także do badania interesującego nas zagadnienia *instytucji prawnych*. Stąd dochodzimy do paradoksalnego wniosku, że tak ważne dla człowieka instytucje społeczne, jak moralność, prawo, gospodarka, język, nie są wynikiem jego autorskiego projektu, ponieważ brak mu wystarczających mocy intelektualnych, by przyswoić wszystkie informacje skoncentrowane w owych instytucjach. Przeciwnie, instytucje te powstają z konieczności w spontanicznym procesie kontaktów międzyludzkich, które zdaniem Mengera powinny być głównym przedmiotem badań nauki ekonomii²⁴.

Idee Mengera zostały później rozwinięte przez F. A. Hayeka w pracach na temat podstaw prawa i instytucji prawnych²⁵, rozwijał je również włoski profesor nauk politycznych Bruno Leoni, który pierwszy zastosował je jako narzędzie filozofii prawa. Posiłkował się przy tym ekonomiczną teorią rozwoju społecznego, opracowaną przez Mengera i szkołę austriacką, powszechnie považaną tradycją prawa rzymskiego, a także anglosaską tradycją praworządności. Ogromną zasługą Brunona Leoniego jest pokazanie, że austriacka teoria powstania i ewolucji instytucji społecznych nie tylko

²⁴ Carl Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere* (Leipzig: Duncker and Humblot, 1883), zwł. s. 182. (*Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics* [New York: New York University Press, 1985]). Sam Menger jasno stawia to pytanie, na które ma odpowiedzieć proponowana przez niego metoda: „Jak to możliwe, że instytucje, które służą ogólnemu dobru i mają tak duże znaczenie dla ogółu, powstały bez czyjegokolwiek celowego zamysłu?” (s. 163–165). Najlepsze i prawdopodobnie najbardziej błyskotliwe streszczenie ewolucyjnej teorii pieniądza opracowanej przez Mengera możemy znaleźć w jego artykule: *On the Origin of Money*, „Economic Journal” (June 1892): s. 239–255. Artykuł został niedawno przedrukowany przez Israela Kirznera w jego: *Classics in Austrian Economics: A Sampling in the History of a Tradition* (London: William Pickering, 1994), vol. 1, s. 91–106.

²⁵ F.A. Hayek, *Konstytucja wolności*, tłum. Janusz Sławiński, Warszawa 2006; *Law, Legislation and Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1978) oraz *Zgubna pycha rozumu. O błędach socjalizmu*, tłum. Małowist i Tomasz Kuniński, Kraków 2004.

znajduje znakomitą ilustrację w zjawisku prawa zwyczajowego, lecz także, była już wcześniej znana i wypowiedana przez szkołę klasycznego prawa rzymskiego²⁶. Leoni cytując Cyncerona, który z kolei powołuje się na Katona, wskazuje wyraźnie, że rzymscy juryści wiedzieli, iż prawo rzymskie nie jest odkryciem jednego człowieka, lecz wspólnym dziełem wielu pokoleń i wieków; zwłaszcza że:

[...] nigdy nie było tak genialnego człowieka, iżby nic nie uszło jego uwadze, a z drugiej strony wszystkie genjusze razem wzięte także nie mogłyby przewidzieć tylu naraz rzeczy i ogarnąć ich wszystkich swym umysłem, jeśliby nie miały długotrwałego doświadczenia²⁷.

Krótko mówiąc, zdaniem Leoniego prawo kształtuje się w wyniku bezustannego procesu prób i błędów, w którym każda jednostka bierze pod uwagę indywidualne okoliczności i rozważa zachowania pozostałych ludzi. Prawo jest poprawiane w wyniku selektywnego ewolucyjnego procesu²⁸.

²⁶ Zob.: Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política* (Madrid: Unión Editorial, 1994), rozdz. 10, s. 121–128 oraz Bruno Leoni, *Freedom and the Law* (Princeton, N.J.: D. Van Nostrand Company, 1961), prace będące podstawową lekturą dla wszystkich prawników i ekonomistów.

²⁷ M. Tulliusz Cynceron, *O państwie. O prawach. O powinnościach. O cnotach*, tłum. Kornatowski W., Warszawa 1960, s. 71. „Nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquod constitutum saeculis et aetatibus, nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate.” (Marcus Tullius Cicero, *De re publica*, 2, 1–2). Zobacz Leoni, *Freedom and the Law*, s. 89).

Książka Leoniego jest z wielu powodów wyjątkowa. Autor nie tylko pokazuje paralele między rynkiem i prawem zwyczajowym z jednej strony, a socjalizmem i legislacją z drugiej, lecz także jest pierwszym jurystą, który zauważył, że argument Ludwiga von Misesa o niemożności funkcjonowania socjalizmu to „ilustracja bardziej ogólnej zasady, że żaden ustawodawca nie byłby w stanie samodzielnie, bez jakiegoś rodzaju stałej współpracy z zainteresowanymi, ustanowić zasad regulujących życie wszystkich ludzi w nieskończonej wielości relacji z innymi” (s. 18–19).

Informacje o dorobku Brunona Leoniego, który w 1950 r. założył prestiżowe czasopismo „Il Politico”, można znaleźć w: *Omaggio a Bruno Leoni*, Pasquale Scaramozzino (red.), (Milan: Ed. A. Giuffrè, 1969) oraz artykule *Bruno Leoni in Retrospect* Petera H. Aransona, „Harvard Journal of Law and Public Policy” (Summer, 1988). Leoni był człowiekiem wszechstronnym i niezwykle aktywnym w wielu dziedzinach nauczania, prawa, biznesu, architektury, a także muzyki i lingwistyki. Zginął tragicznie zamordowany przez jednego ze swoich lokatorów, kiedy próbował uzyskać od niego czynsz w nocy 21 listopada 1967. Miał pięćdziesiąt cztery lata.

²⁸ Mówiąc słowami Brunona Leoniego, prawo jest kształtowane przez „nieprzerwaną ciąg prób, których jednostki dokonują kiedy wyobrażają sobie zachowanie innych, i zdają się na własne siły w określeniu tego zachowania, gdyby nie było ono określane spontanicznie” [tłum. WS-P]. (Bruno Leoni, *Diritto e politica*, w: *Scritti di scienza politica e teoria del diritto* [Milan: A. Giuffrè, 1980], s. 240).

Jurisprudencja rzymska

Świetność klasycznej rzymskiej jurisprudencji to właśnie konsekwencja dostrzeżenia owej istotnej prawdy przez ekspertów prawnych oraz wynik ich żmudnych badań, interpretacji prawnych zwyczajów, egzegezy, analizy logicznej, usuwania luk prawnych i poprawiania błędów; wszystko to czynili oni z należyłą rozwagą i ostrożnością²⁹. Działalność klasycznego jurysty była prawdziwą *sztuką*, której cel zawsze stanowiło poznanie i opisanie natury prawnej instytucji, powstających w długim procesie ewolucji społeczeństwa. Klasyczni juryści nigdy nie starali się być „oryginalni” albo „pomysłowi”, lecz poczuli się raczej „do pełnienia roli służebnej wobec określonych *podstawowych norm*, jak to ujął Savigny, i stąd ich świetność”³⁰. Ich głównym dążeniem było odkrywanie uniwersalnych reguł prawa, które są niezienne i nieodłącznie powiązane z logiką relacji międzyludzkich. Jednak prawdą jest także to, że społeczna ewolucja często wymusza zastosowanie tych niezmiennych reguł do zmiennych sytuacji i problemów powstających w toku ewolucji społeczeństwa³¹. Rzymscy juryści pracowali niezależnie i nie byli urzędnikami. Mimo wielu prób zmiany tego stanu rzeczy, które podejmowali w czasach rzymskich prawnicy powiązani z władzą, pozostawali oni wolni w swojej praktyce jurisprudencji, nie tracąc nigdy wielkiego prestiżu i niezależności.

Jurisprudencja, nauka o prawie, stała się odrębną dziedziną w III w. p.n.e. Najważniejsi juryści tamtych czasów to Marcus Porcius Cato (starszy), jego syn Cato Licinianus, konsul Mucius Scaevola, Servius Sulpicius Rufus oraz Alfenus Varus. Później, w II w. n.e., rozpoczęła się epoka klasyczna, a najbardziej znani ówcześni juryści to Gaius, Pomponius, Africanus oraz Marcellus. W III w. za ich przykładem poszli między innymi Papinian, Paulus, Ulpian oraz Modestyn. Od tego czasu rozwiązania proponowane przez tych niezależnych jurystów zyskały tak ogromny szacunek, że miały moc prawa. Aby zapobiec problemom, jakie mogłyby wynikać z różnic w opiniach jurystów, obowiązującą formalnie moc przyznano pracom Papiniana, Paulusa, Ulpiana, Gaiusa oraz Modestyna, a także doktrynom

²⁹ W rzeczy samej, interpretujący *ius* był *prudens*, a więc ekspert prawny był *iuris prudens*. Jego zadaniem było *odkrywanie* prawa. Jurysta pomagał i doradzał tym, którzy go o to poprosili, instruował ich co do formuł czynności prawnych lub treści kontraktów, udzielał odpowiedzi na ich pytania, pomagał także pretorom i sędziom. Zobacz Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 6th rev. ed. (Barcelona: Ediciones Ariel, 1972), s. 54–55.

³⁰ Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, s. 56. Także: Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano, Clásicos del Pensamiento Jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 1997), szczególnie s. 196–202 oraz 251–253.

³¹ Działalność jurystów zwana *interpretatio* polegała głównie na doradzaniu osobom prywatnym, urzędnikom oraz sędziom, a także na stosowaniu starych i sprawdzonych zasad w nowych sytuacjach; oznaczało to rozwój *ius civile*, nawet jeśli nie powstawała przy tym żadna nowa instytucja (Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano* [Madrid: Ediciones Darro, 1972], s. 30).

jurystów przez nich cytowanych, pod warunkiem, że odniesienia mogły być potwierdzone w oryginalnych źródłach. Jeśli ci autorzy nie zgadzali się ze sobą, sędziowie mieli obowiązek stosować się do doktryny, za którą opowiadała się większość, a w razie jednakowej liczby głosów, decydująca była opinia Papiniana. Jeśli z kolei Papinian nie odniósł się do określonej kwestii, pozostawiano wolną rękę sędziemu³².

Przedstawiciele klasycznego prawa rzymskiego zasługują na uznanie za odkrycie, interpretację i udoskonalenie najważniejszych instytucji prawnych, które umożliwiają życie w społeczeństwie. Jak zobaczymy dalej, rozumieć także zasady depozytu nieprawidłowego w kontekście, który został zaprezentowany w tym rozdziale. Depozyt nieprawidłowy nie jest abstrakcyjnym wytworem intelektu. Jest logiczną konsekwencją ludzkiej natury, znajdującej odzwierciedlenie w wielu działaniach wynikających ze społecznych interakcji, a wyrażających się w formie reguł, których naruszenie nie pozostaje bez poważnych skutków dla współpracy międzyludzkiej. Wielkie znaczenie prawa – rozumianego jako rezultat ewolucji, w której specjaliści doskonalą je, oczyszczając z błędów logicznych – polega przede wszystkim na wskazówkach, jakie daje na co dzień ludziom. Znaczenia tego nie umniejsza to, że ze względu na abstrakcyjną naturę prawa ludzie zazwyczaj nie potrafią wskazać ani zrozumieć specyficznych funkcji poszczególnych instytucji prawnych. Dopiero od niedawna myśl ludzka tak ewoluowała, że może pojąć prawa społecznego procesu, a także rolę różnych instytucji prawnych w społeczeństwie. Szczególnie ważne są dokonania ekonomii. Jednym z naszych ważniejszych zadań jest analiza ekonomiczna społecznych konsekwencji, które wynikają z naruszenia uniwersalnych zasad regulujących pieniężny depozyt nieprawidłowy. Ekonomiczną analizą prawnych instytucji pieniężnych (depozytów bankowych) zajmiemy się w rozdziale czwartym.

Dzisiejszą wiedzę o prawnych zasadach odkrytych przez rzymskich jurystów zawdzięczamy pracom cesarza Justyniana. W latach 528–533 n.e. podjął on ogromny wysiłek zgromadzenia głównych prac klasycznych rzymskich jurystów i zawarł je w czterech księgach (*Institutiones*, *Digesta*, *Codex Constitutionum* oraz *Novellae*). Od czasu wydania Dionizego Gothofredusa znane są jako *Corpus Iuris Civilis*³³. *Institutiones* to jednocześnie podręcznik adresowany do studentów, praca oparta na *Institutiones* Gaiusa. *Digesta* lub *Pandecta* to zbiór pism prawników okresu klasycznego, który obejmuje ponad dziewięć tysięcy fragmentów prac wybitnych jurystów. Jedną trzecią *Digestów* zajmują cytaty z Ulpiana, które wraz z fragmentami dzieł Paulusa, Papiniana i Julianusa stanowią ponad połowę zbioru

³² Omawiana zasada dotycząca formalnej mocy obowiązującej pism niektórych prawników została wprowadzona po raz pierwszy konstytucją Teodozjusza II i Walentyna III z 426 r., która znana jest pod nazwą Ustawy o cytowaniu. Zob. Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, s. 3.

³³ *Corpus Iuris Civilis* (Geneva: Dionysius Gottfried, 1583).

zawierającego pisma trzydziestu dziewięciu specjalistów głównie z okresu klasycznego prawa rzymskiego. Na *Codex Constitutionum* składa się chronologicznie uporządkowany zbiór ustaw i konstytucji cesarskich (co odpowiada dzisiejszemu pojęciu ustawodawstwa). *Novellae* zaś, ostatnia część *Corpus Iuris Civilis*, zawiera zbiór konstytucji, które powstały w czasach późniejszych niż *Codex Constitutionum*³⁴.

Po tym krótkim wstępie powróćmy do rzymskich klasyków i ich analizy dotyczącej instytucji pieniężnego depozytu nieprawidłowego. Wiemy, że rozumieli jego zasady, uznając, iż jest to tylko specyficzny typ depozytu o swoistej charakterystyce, która odróżnia go wyraźnie od kontraktów takich jak mutuum czy kontraktu pożyczki.

Depozyt nieprawidłowy w prawie rzymskim

Kontrakt depozytowy jest opisany w trzeciej części księgi szesnastej *Digestów*, zatytułowanej *Depositi vel contra* (O depozycie i wypłacie). Ulpian rozpoczyna od następującej definicji:

Depozyt oznacza to, co oddano komuś do przechowania, i stąd nazwa, że coś zostaje *umieszczone* [*positus*]. Przedrostek „*de*” wzmacnia owo znaczenie, wskazując, że wszystkie obowiązki związane z *ochroną* rzeczy, spoczywają na tej osobie [która ją przyjmuje na przechowanie]³⁵. [tłum. WS-P]

³⁴ Justynian zaznaczył, że należy wprowadzić konieczne zmiany w zebranych materiałach, żeby prawo odpowiadało potrzebom swoich czasów i było możliwie jak najdoskonalsze. Te modyfikacje, poprawki i opuszczenia nazywane są *interpolationes*, a także *emblemata Triboniani*, na cześć Tryboniana, który odpowiadał za kompilację. Zagadnieniem interpolacji zajmuje się odrębna dyscyplina, która ustala ich zawartość przez porównanie, analizę logiczną, wykrywanie anachronizmów w języku etc., ponieważ stwierdzono, że w czasach Justyniana dokonano wielu interpolacji. Zobacz: Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, s. 50–51.

³⁵ Ulpian, pochodzący z Tyru (Fenicja), był doradcą Papiniana, innego wielkiego jurysty. Razem z Paulusem byli oni członkami doradczymi *concilium principis* i *praefectus praetorio* na dworze Sewera Aleksandra. W 228 r. Ulpiana zamordowali pretorianie. Był niezwykle pisarzem, bardziej znanym ze swojej znajomości literatury prawniczej niż z własnej oryginalnej pracy. Pisał zrozumiale i był dobrym kompilatorem. O znaczeniu jego tekstów świadczy to, że zajmują one sporo miejsca w justyniańskich *Digestach*. Na ten temat zob.: Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, s. 58. Cytowana definicja depozytu brzmi po łacinie następująco: „Depositum est, quo custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod „ponitur”, praepositio enim „de” auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet” (D. 16, 3, 1). Cytaty za *Corpus Iuris Civilis*, t. 1 (1928) i 2 (1906), ed. Th. Mommsen, P. Krueger, t. 3 (1966) ed. R. Schoell, G. Kroll Weidmann, Berlin; tu t. 1, s. 242.

Depozyt może być albo prawidłowy, jak w przypadku dobra określonego co do tożsamości, albo nieprawidłowy, jak w przypadku dobra zamiennego³⁶. Paulus (D. 19, 2, 31)³⁷ wyjaśnia różnicę między kontraktem pożyczki (*mutuum*) a kontraktem przechowania dobra zamiennego i dochodzi do wniosku, że

jeśli ktoś zdeponował określoną sumę pieniędzy w taki sposób, że przekazał odliczoną, ale nie zamkniętą, ani nie zapieczętowaną, wtedy jedynym obowiązkiem osoby przyjmującej ją jest zwrócenie dokładnie tej samej kwoty³⁸. [tłum. WS-P]

Innymi słowy, Paulus stwierdza wyraźnie, że w przypadku nieprawidłowego depozytu pieniężnego jedynym zobowiązaniem depozytariusza jest zwrot *tantundem*, ekwiwalentu ilościowego i jakościowego pierwotnego depozytu. Oprócz tego w momencie złożenia depozytu deponent otrzymywał pisemny *certyfikat* bądź *kwit depozytowy*. Wiemy o tym, ponieważ Papinian (D. 16, 3, 24) mówi w odniesieniu do pieniężnego depozytu nieprawidłowego:

W tym liście, spisany moją ręką, podaję do twojej wiadomości, abyś wiedział, że sto monet, które powierzyłeś mi dzisiaj przez niewolnika Stychona, zarządcę, pozostaje w moim posiadaniu; natychmiast ci je wypłacę kiedy i gdzie zechcesz. [tłum. WS-P]

Fragment ten ilustruje ciągłą dostępność pieniędzy dla deponenta, jaka ma towarzyszyć pieniężnemu depozytowi nieprawidłowemu, a także zwy-

³⁶ Jednakże, co wnikliwie opisuje Pasquale Coppa-Zuccari, sformułowanie *depositum irregulare* zostało po raz pierwszy użyte przez Jasona de Maino, piętnastowiecznego komentatora wcześniejszych tekstów, którego prace opublikowano w Wenecji w 1513 r. Zob.: Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, s. 41. Pierwszy rozdział tej pracy poświęcony jest analizie depozytu nieprawidłowego w prawie rzymskim: s. 2–32. Zob. także znakomitą współczesną analizę hiszpańskich źródeł na temat depozytu nieprawidłowego w Rzymie: Mercedes López-Amor y García, *Observaciones sobre el depósito irregular romano*, „Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, nr 74 (1988–1989), s. 341–359.

³⁷ Cytaty z *Digestów* podajemy w skrócie. Zapis „D. 19, 2, 31” oznacza, że cytat pochodzi z księgi 19, tytułu 2, fragmentu 31. Jeśli po numerze fragmentu podana jest czwarta liczba, to wskazuje numer paragrafu [przyp. red.].

³⁸ W zasadzie jest to streszczenie Alfenusa Varusa w *Digestach*, dokonane przez Paulusa. Alfenus Varus był konsulem w 39 r. n.e. i autorem czterdziestu ksiąg w *Digestach*. Paulus z kolei był wybitną postacią, autorem wielu prac, uczniem Scewoli i doradcą Papiniana, podczas gdy ten pełnił funkcję członka rady cesarskiej Sewera i Karakalli. Cytowany fragment brzmi po łacinie następująco: „(...) si quis pecuniam numeratam ita deposuisset ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi *tantundem* pecuniae solvere” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 1, s. 288).

czaj wydawania kwitu depozytowego, który nie tylko potwierdzał własność, lecz także musiał być okazywany przy wypłacie³⁹.

Podstawowym zobowiązaniem depozytariuszy jest utrzymywanie *tantundem* dostępnego ciągle dla deponentów. Jeśli z jakiegoś powodu depozytariusz bankrutuje, wtedy deponenci są bezwzględnie uprzywilejowani przed innymi wierzycielami, co umiejętnie opisuje Ulpian (D. 16, 3, 7, 2):

Ilekróć bankierzy stają się niewypłacalni, zazwyczaj najpierw rozliczani są deponenci, to znaczy ci, którzy złożyli pieniądze w depozyt, nie zaś ci, którzy złożyli pieniądze u bankierów na procent albo za-inwestowali wraz z nimi, albo za ich pośrednictwem. Zatem, jeżeli majątek bankierów został zlicytowany, daje się pierwszeństwo deponentom [nawet] przed wierzycielami uprzywilejowanymi, natomiast ci, którzy otrzymywali odsetki, nie są brani pod uwagę, jakby wypowiedzieli umowę depozytu⁴⁰. [tłum. RW]

W tym miejscu Ulpian zaznacza nie tylko to, że oprocentowanie jest nie do pogodzenia z pieniężnym depozytem nieprawidłowym, lecz także to, że gdy bankierzy oferują odsetki, musi to się nieodłącznie wiązać z zupełnie innym kontraktem (jak w przypadku mutuum czyli kontraktu pożyczki, co jest lepiej znane dzisiaj jako umowy lokaty terminowej).

Jeśli zaś chodzi o zobowiązania depozytariusza, *Digesta* mówią (D. 47, 2, 79), że jeśli ktoś otrzymuje dobro do depozytu i użyje go do innego celu niż ten, w którym zostało przyjęte, to winien jest kradzieży. Celsus mówi także (D. 47, 2, 67), że przejęcie depozytu w celu wprowadzenia w błąd ma naturę kradzieży. Paulus definiuje kradzież jako „oszukańcze przywłaszczenie rzeczy w celu osiągnięcia korzyści albo z samej rzeczy, albo z jej używania, albo z posiadania, co jest zabronione przez *prawo naturalne*”⁴¹. Widzi-

³⁹ Papinian, mieszkaniec Syrii, *praefectus praetorium* od 203 r. n.e. W 212 r. został skazany na śmierć przez cesarza Karakallę, gdy odmówił prawnego uzasadnienia morderstwa, jakiego ten dopuścił się na swoim bracie, Gecie. Podobnie jak Julianus zyskał reputację jednego z najznamienszych rzymskich jurystów. Zdaniem Juana Iglesiasa „jego prace są niezwykle zarówno ze względu na swoją wnikliwość i pragmatyzm, jak i rzeczowy styl” (*Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, s. 58). Cytowany fragment brzmi po łacinie następująco: „centum nummos, quos hac die commendasti mihi annuerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epitistula manu mea scripta tibi notum facio; quae quando volis, et ubi voles, confestim tibi numerabo” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 1, s. 246).

⁴⁰ „Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 1, s. 244–245).

⁴¹ „Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 1, s. 814).

my, że to, co dzisiaj nazywane jest przywłaszczeniem, w prawie rzymskim określano w kategorii kradzieży. Ulpian, odnosząc się do Julianusa, także konkludował:

jeśli ktoś otrzymuje ode mnie pieniądze w celu spłaty mojego długu u kredytodawcy, a sam posiadając taki dług u niego oddaje go w swoim imieniu, to dopuszcza się kradzieży. (D. 47, 2, 52, 16)⁴². [tłum. WS-P]

W tytule trzecim księgi czwartej *Codex Constitutionum* (C 4, 3, 34 – „czynność deponowania”)⁴³, który jest częścią *Corpus Iuris Civilis* i zawiera konstytucję ogłoszoną za konsulatu Gordiana i Avioli w 239 roku, zobowiązanie do zapewnienia ciągłej dostępności *tantundem* jest określone jeszcze dobitniej. Dopuszczenie się kradzieży występuje w momencie, gdy *tantundem* nie jest utrzymane. W konstytucji cesarz Gordian wskazuje Austerusowi:

jeśli zakładasz depozyt, rozsądne będzie żądanie odsetek, ponieważ depozytariusz winien ci podziękować za to, że nie czynisz go odpowiedzialnym za kradzież, gdyż ten, kto świadomie i z premedytacją używa zdeponowanego dobra dla własnej korzyści, wbrew woli właściciela, dopuszcza się również przestępstwa kradzieży⁴⁴. [tłum. WS-P]

W konstytucji ósmej tego samego źródła znajduje się bezpośrednie odniesienie do depozytariuszy, którzy pożyczają pieniądze otrzymane w depozyt, a zatem używają ich dla własnych korzyści. Podkreśla się tu, że tego typu działania, łamiące zasadę przechowania, zobowiązują depozytariusza do wypłaty odsetek, a także czynią go winnym kradzieży, co widzieliśmy w przypadku konstytucji Gordiana:

Nie ulega wątpliwości, że jeśli osoba, która otrzymała od ciebie pieniądze w depozyt, pożycza je we własnym imieniu lub w imieniu innej osoby, to musi (tak ona, jak jej następcą) wypełnić podjęte zobowiązanie⁴⁵. [tłum. WS-P]

⁴² „(...) si pecuniam quis a me acceperit, ut creditor meo solvat, deinde cum tantam pecuniam eidem creditor debet, suo nomine solverit, futrum eum facere” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 1, s. 820).

⁴³ Cytaty z *Codex* podajemy w skrócie. Zapis „C 4, 3, 34” oznacza, że cytat pochodzi z księgi 4, tytułu 3, konstytucji 34. [przyp. red.]

⁴⁴ „Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, siquidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 2, s. 174).

⁴⁵ „Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide, quam eius successores teneri tibi, certissimum est” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 2, s. 174).

Krótko mówiąc, spostrzeżono, że ci, którzy otrzymują pieniądze w depozyt, mają pokusę, by użyć ich do własnych celów. Zaznaczono to wprost w innym miejscu kodeksu Justyniana (*Novellae, Constitutio LXXXVIII*, pod koniec rozdziału pierwszego), gdzie podkreśla się także znaczenie odpowiedniej penalizacji tego typu działań i to nie tylko poprzez uznanie depozytariusza winnym kradzieży, lecz także nałożenie na niego obowiązku wypłaty odsetek, dzięki czemu „w obawie przez tymi karami, ludzie przestaną wykorzystywać depozyty w nieodpowiedni, lekkomyślny i nierozsądny sposób”⁴⁶.

Rzymscy juryści stwierdzili, że gdy depozytariusz nie może spełnić zobowiązania natychmiastowego zwrotu *tantundem*, nie tylko jest bezsprzecznie winny *uprzednio* dokonanej kradzieży, lecz także odpowiedzialny za wypłatę odsetek. Stąd Papinian stwierdza (D. 16, 3, 25, 1):

Ten, kto złożone u siebie do zwrotu *tantundem* niezapieczone pieniądze, wykorzystuje dla własnej korzyści, powinien zostać skazany wyrokiem na wypłatę odsetek w sytuacji opóźnienia zwrotu depozytu⁴⁷. [tłum. WS-P]

Ta całkowicie usprawiedliwiona zasada obowiązuje w przypadku tak zwanego *depositum confessatum* – dokładniej przeanalizujemy w następnym rozdziale – który umożliwił unikanie kanonicznego zakazu pobierania procentu przez uznanie faktycznej pożyczki (czy kontraktu *mutuum*) za depozyt nieprawidłowy. Celowo opóźniano wypłatę „depozytu”, co uzasadniło wypłatę odsetek. Jeśli te kontrakty uznano by od początku i otwarcie za kontrakt pożyczki (*mutuum*), to w świetle prawa kanonicznego byłyby nielegalne.

O tym, że rzymscy juryści zdawali sobie sprawę z fundamentalnej różnicy między kontraktem pożyczki (*mutuum*) a pieniężnym depozytem nieprawidłowym, świadczą też między innymi następujące fragmenty *Digestów*: D. 16, 3, 26 (Paulus), D. 12, 1, 9, 9 (Ulpian) oraz D. 12, 1, 10 (Ulpian). Jednakże najdobitniej i najbardziej szczegółowo ujmuje to zagadnienie Ulpian w D. 42, 5, 24, 2, stwierdzając wprost, że „pożyczać to jedno, a deponować to drugie”. Otóż:

gdy zasoby bankiera zostały rozdysponowane, a sprawy ludzi uprzywielejonanych załatwione, ważniejsza powinna być sprawa tych, którzy zdeponowali pieniądze w banku (za poręczeniem publicznym). Niemniej jednak ci, którym bank wypłacił oprocentowanie od zde-

⁴⁶ „Ut hoc timore stultorum simul et perversorum maligne versandi cursum in depositionibus homines cessent” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 3, s. 426). Jest to oczywiste, a w dalszej części zajmujemy się bardziej szczegółowo zagadnieniem, o którym była już mowa, mianowicie tym, że depozytariusze w sposób wadliwy używają powierzonych im przez deponentów pieniędzy.

⁴⁷ „Qui pecuniam apud se non obsignatam, 'ut tantundem redderet', depositam ad usum proprios convertit, post moram in usuris quoque iudicio depositi condemnandus est” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 1, s. 246).

ponowanych pieniędzy, nie będą traktowani w inny sposób niż reszta kredytodawców; i słusznie, czym innym jest bowiem pożyczać, a czym innym deponować⁴⁸. [tłum. WS-P]

Jak wynika z cytowanego fragmentu Ulpiana, bankierzy dokonywali dwóch różnych operacji. Z jednej strony przyjmowali depozyty, które nie dawały prawa do oprocentowania i zobowiązywały depozytariusza do utrzymywania pełnej dostępności *tantundem* w interesie deponentów (dysponujących statusem bezwzględnego uprzywilejowania w razie bankructwa), a z drugiej zaciągali pożyczki (kontrakty *mutuum*), zobowiązujące bankiera do wypłaty oprocentowania pożyczkodawcom, którzy nie mieli żadnych przywilejów w razie jego bankructwa. Trudno sobie wyobrazić bardziej precyzyjne rozróżnienie tych dwóch rodzajów kontraktów; trudno też o bardziej sprawiedliwe zasady zawierania tych kontraktów niż te, które proponuje Ulpian.

Rzymscy juryści okresu klasycznego odkryli i analizowali uniwersalne zasady prawa, regulujące kontrakt na pieniężny depozyt nieprawidłowy. Analiza ta rozpoczęła się wraz z rozwojem istotnych dziedzin biznesu i handlu, w których bankierzy odgrywali bardzo ważną rolę. Zasady te pojawiły się też później w średniowiecznych kodeksach wielu europejskich krajów, w tym w Hiszpanii, mimo że upadek cesarstwa rzymskiego i początek średniowiecza wiązały się z poważną recesją gospodarczą. W *Las Partidas* (Partida 5, tytuł 3, prawo 2) ustalono, że ten, kto zgadza się przechowywać towary innej osoby, uczestniczy w depozycie nieprawidłowym, w którym przekazano mu pieczę nad określonym dobrem. Niemniej depozytariusz zobowiązany jest, zgodnie z pisemną umową, wypłacić dobra lub ich wartość wskazaną w kontrakcie albo w momencie, gdy dobro zdeponowane zostanie sprzedane w wyniku decyzji pierwotnego właściciela, albo gdy depozyt zostanie wypłacony z jakichś innych, nieprzewidzianych wcześniej powodów⁴⁹. Oprócz tego w *Fuero Real* z 1255 r. (księga 3, ty-

⁴⁸ „In bonis mensularii vendundis post privilegia potio rem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non seperantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere” (*Corpus Iuris Civilis*, t. 1, s. 721).

Papinian z kolei twierdzi, że jeśli depozytariusz nie wypełni zobowiązań, to pieniądze na zwrot depozytów mogą pochodzić nie tylko ze zdeponowanych funduszy, lecz także ze wszystkich innych aktywów niesolidnego depozytariusza: „Przywilej [deponentów] dotyczy nie tylko aktywów pochodzących z depozytów, lecz wszystkich aktywów defraudanta. Zasada ta służy interesowi publicznemu, o ile usługi bankowe uznają się za niezbędne. Wydatki konieczne zawsze uwzględnia się w pierwszej kolejności, ponieważ wycena aktywów zazwyczaj odbywa się po ich zdyskontowaniu”. (Ta zasada nieograniczonej odpowiedzialności bankierów pojawia się w D. 16, 3, 8).

⁴⁹ W *Las Partidas* (ok. 1312 r.) depozyty nazwane są *condesijos* [ukryte depozyty], a w prawie 2 tego zbioru prawa czytamy, że: „Kontrola nad posiadaniem dóbr przekazanych do przechowania nie jest przeniesiona na otrzymującego dobra, chyba że depozyt może być liczony, mierzony lub ważony w momencie przekazania; jeśli przekazanie

tuł 15) wprowadzono rozróżnienie między depozytem „jakiejś policzonej ilości pieniędzy lub złota bądź srebra”, otrzymanym „od kogoś w ilości określonej wagowo” (w tym wypadku „dobra mogą być użytkowane, a należy zwrócić dobra tej samej ilości i jakości jak te, które otrzymano”), a depozytem, „który jest zapieczętowany i nieokreślony co do ilości lub wagi” (tego dobra „nie wolno użyć, a jeśli się go użyje, należy zwrócić jego podwójną wartość”)⁵⁰. Średniowieczne zbiory prawa zawierają jasne rozgraniczenie między depozytem prawidłowym określonego dobra a depozytem nieprawidłowym jakiejś sumy pieniędzy. Pokazują, że w drugim przypadku następuje przekazanie własności. Zbiory te nie zawierają jednak ważnego wyjaśnienia dokonanego w justyniańskim Corpus Juris Civilis, że chociaż własność jest „przekazana”, to pozostaje zobowiązanie do przechowania wraz z odpowiedzialnością zapewnienia ciągłej dostępności *tantundem*, ilościowego i jakościowego ekwiwalentu pierwotnie zdeponowanego dobra. Być może powodem tego braku było rozpowszechnienie się *depositum confessatum*.

Podsumujmy: rzymska tradycja jurystyczna poprawnie rozpoznała charakter instytucji pieniężnego depozytu nieprawidłowego i jego zasad oraz odróżniła ów depozyt od innych instytucji prawnych, takich jak kontrakt pożyczki, czyli mutuum. W rozdziale drugim zastanowimy się, jak doszło do tego, że podstawowe zasady regulujące stosunki międzyludzkie w przypadku kontraktu dotyczącego depozytu nieprawidłowego (w szczególności prawo do dostępności i własności wynikające z kontraktu) uległy stopniowej degeneracji za sprawą działań podejmowanych wspólnie przez bankierów i polityków. Przeanalizujemy okoliczności, które to umożliwiły, a także przyczyny, które do tego doprowadziły. W rozdziale trzecim prześledzimy, jak prawnicy próbują uzasadniać zawieranie owych kontraktów, które stopniowo zyskiwały uznanie, mimo że łamały tradycyjne zasady prawa. W rozdziale czwartym natomiast zaczniemy się zastanawiać nad gospodarczymi konsekwencjami tych zdarzeń.

następuje w odniesieniu do ilości, wagi lub miary, wtedy kontrola zostaje przeniesiona. Jednakowoż depozytariusz musi zwrócić dobro w tej samej ilości i tej samej jakości co dobro, które przyjął w depozyt”. Precyzja i jasność z jakimi zagadnienie to zostało przedstawione w *Las Partidas* nie mogły być większe. Zob. *Las Siete Partidas* z uwagami Gregoria Lópeza, opublikowane jako reprint przez Boletín Oficial del Estado [hiszpański dziennik urzędowy] (Madrid 1985), vol. III, Partida 5, tytuł 3, prawo 2, s. 7–8.

⁵⁰ Zob. odniesienie Juana Roca Juana do *Fuero Real* w jego artykule *El depósito de dinero*, w: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. 1, tome 22, s. 249.