

Wstęp

§ 1. Przedmiot analizy

Locatio conductio była w prawie rzymskim elastycznym i różnorodnym w swej naturze kontraktem, za pomocą którego rzymscy juryści próbowali ująć w ramy prawne odpłatne udostępnianie rozumianych szeroko wartości majątkowych, tj. rzeczy, dzieła, pracy i innych usług. Ta specyficzna instytucja prawna stanowiła alternatywną wobec sprzedaży (*emptio venditio*), podstawę obrotu gospodarczego i potrafi także dzisiaj pobudzać wyobraźnię prawniczą. Wyróżniała się wśród innych rzymskich kontraktów niezwykle szerokim zakresem zastosowania, w czym mogła równać się stypulacji, lecz w odróżnieniu od której rodziła zobowiązanie wzajemne. Każdy prawnik-praktyk i każdy przedstawiciel doktryny prawa współczesnego zapewne pamięta rzymskie kontrakty: *locatio conductio rei* – nazywaną najmem i dzierżawą rzeczy, *locatio conductio operis* – nazywaną najmem dzieła oraz *locatio conductio operarum* – nazywaną najmem pracy. Już od kilku dziesięcioleci liczni przedstawiciele nauki prawa rzymskiego¹ uznają taki trójpodział za wysoce nieadekwatny, a nawet mylący, sposób odnośnienia się do kontraktu rzymskiego, określanego w źródłach starożytnych jednolitą nazwą ogólną *locatio conductio*. Tę jedność próbował oddać F. Maciejowski, wyjaśniając w pierwszym napisanym w języku polskim podręczniku prawa rzymskiego, że *locatio conductio* to „umowa nabywczą użytku”².

¹ A. Watson, *The Evolution of Law: The Roman System of Contracts*, Law & Hist. Rev. 1984, Vol. 2, No. 1, s. 11, przyp. 40, uznaje *locatio conductio* za jednolitą kategorię prawną, w której obrębie wyróżnia trzy rodzaje najmu. Natomiast odejście od pandektystycznego trójpodziału *locatio conductio* wyraźnie proponuje R. Fiori, *La definizione della 'locatio conductio'*, *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, s. 366, 305–318. Za nim idą: P. Du Plessis, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE–284 CE*, Leiden–Boston 2012, s. 23; W. Dajczak, w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018, s. 548; G. Mancinetti, *L'immersione dei doveri «accessori» nella 'locatio conductio'*, Padova 2017, s. 1–7; P. Du Plessis, § 90 *Klagen aus Verdingung (actio locati, actio conducti)*, w: *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Hrsg. U. Babusiaux, Ch. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek, T. Rüfner), Bd. II, Tübingen 2023, s. 2291–2292.

² F. Maciejowski, *Zasady prawa rzymskiego pospolitego: podług Instytucyj justyniańskich*, Warszawa 1861, s. 456.

Największym nierozwikłanym do dzisiaj zagadnieniem wydaje się przedłożenie przekonującego argumentu na rzecz zasady zapewniającej „jedność” *locatio conductio* przy tak bogatym wachlarzu świadczeń. Wskazane zdaje się jednak rozpoczęcie od tezy, która jest postrzegana jako samonarzucająca i współcześnie użyteczna, choć nie była przedmiotem odrębnych badań: tak różnorodny i elastyczny kontrakt musiał przyczynić się do innowacyjnych rozwiązań w rzymskim prawie prywatnym. Ten innowacyjny potencjał tkwi w jednolitej strukturze skargowej *locatio conductio*, która nie zmienia się wraz z przedmiotem świadczenia, czyniąc z tego kontraktu jakby jedną „umowę mieszaną”, a to przyciąga uwagę współczesnego badacza wobec silnej typizacji i specjalizacji współczesnych umów, równocześnie nieustannie przynaglać do podejmowania prób zrozumienia zasady leżącej u podstawy jedności *locatio conductio*. Chodzi zatem także o spojrzenie przede wszystkim na charakterystykę rzymskiej *locatio conductio*, a nie tylko na jej późniejszej, choć ważne i wpływowe, konceptualizacje, wypracowane w *ius commune*, pandektystyce czy współczesnej romanistyce³. Przedmiotem książki jest właśnie próba odpowiedzi na pytania, jakie innowacyjne rozwiązania rzymskie prawo prywatne zawdzięcza *locatio conductio*, w jaki sposób wpłynęła ona na sformułowanie i stosowanie pojęć współczesnego prawa cywilnego, oraz czy może stanowić potencjał inspiracyjny dla nowych zjawisk i wyzwań gospodarczych czy społecznych.

W nauce i praktyce prawa zwykło się dyskutować, nie bez praktycznych powodów, o różnicach między umową o dzieło a umowami o świadczenie usług, między umową o pracę a umowami cywilnoprawnymi czy między umowami o dzierżawę praw a umowami z zakresu prawa autorskiego⁴. Głośno słychać apel o zrównoważone korzystanie z zasobów „materialnych i ludzkich”, które coraz bardziej stają się zasobami wspólnymi – *the commons*⁵. Otrzymanie dostępu stało się bardziej atrakcyjne niż nabywanie; nietypowe świadczenie usług za pośrednictwem platform cyfrowych rzuca wyzwanie regulacji prawa pracy, a podstawą obrotu gospodarczego są coraz częściej umowy mieszane i nienazwane o świadczenie usług. Korzysta się z szeroko pojętej wartości majątkowej (*asset*): nie tylko z rzeczy i usług, lecz także treści cyfrowych. W obrocie prawnym coraz częściej zaś spotykamy umowy nienazwane w modelu *as a service*. Opierają się one na wykorzystaniu chmury obliczeniowej (*cloud computing*) do udostępnia-

³ Zob. F. Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain, *Revue historique de droit français et étranger* 1936, Vol. 15, s. 419–475.

⁴ P. Mostowik, Na pograniczu stosunku pracy i cywilnoprawnego stosunku obligacyjnego, *Klika. Czasopismo Uniwersyteckiej Poradni Prawnej* UJ 2000, Nr 1, s. 331–345; oraz J. Rudnicki, Dekodfikacja prawa cywilnego w Polsce, Bielsko-Biała 2018, s. 74.

⁵ G. Blicharz, Commons – dobra wspólnie użytkowane. Prawnoporównawcze aspekty korzystania z zasobów wodnych, Bielsko-Biała 2017, *passim*.

nia infrastruktury obliczeniowej, platform, oprogramowania, aplikacji czy nawet robotów, ułatwiając dostęp do innowacyjnych rozwiązań w szeroko pojętym sektorze usług⁶. W różnych porządkach prawnych poszukuje się ostatnio odpowiedzi na pytanie o możliwość ustalenia jednolitej struktury świadczenia usług czy o konieczność wprowadzenia odrębnego typu umowy o świadczenie usług lub o jednolitą regulację zjawiska świadczenia pracy⁷. Przed nami jeszcze znalezienie odpowiedniej ramy prawnej dla rzeczy podejmujących „autonomiczne” decyzje, także w zakresie udostępniania „swoich” usług. Wyzwania, przed którymi stoi współczesne prawo cywilne, wymagają powrotu do fundamentów, aby znaleźć na nie adekwatną odpowiedź. A przecież u podstaw wszystkich wymienionych stosunków prawnych służących odpłatnemu udostępnianiu wartości majątkowych leży właśnie rzymski kontrakt *locatio conductio*.

Locatio conductio dawała znacznie większe pole manewru niż stosunek prawny, który w polskim prawie odpowiada bezpośredniemu tłumaczeniu nazwy tej rzymskiej umowy: „wynajem–najem”, w polskiej romanistyce nazywanej często „kontraktem najmu”. Nowsze opracowania prawa rzymskiego starają się z tego powodu używać oryginalnej łacińskiej nazwy *locatio conductio*, która okazuje się mieścić w sobie więcej treści⁸. Już na gruncie Kodeksu zobowiązań najem miał podobny zakres co w aktualnym Kodeksie cywilnym. Dzisiaj szersze znaczenie najmu utrzymuje się jednak, przynajmniej w warstwie językowej, na przykład, w prawie francuskim. Tamtejszy prawodawca uznaje, że są dwa rodzaje *louage*, tj. „najmu” (art. 1708 CC: *Il y a deux sortes de contrats de louage*): „najem rzeczy” i „najem pracy” (*Celui des choses, Et celui d'ouvrage*). Natychmiast w art. 1711 CC czytamy, że te dwa rodzaje są dalej podzielone na kilka konkretnych gatunków (*se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières*), jak np. najem żywego inwentarza (*Bail à cheptel*) czy najem pracy lub usług (*Loyer*). „Najem rzeczy” jest uregulowany w sposób obszerny w przepisach w art. 1713–1778 CC. Natomiast *louage* jako „najem pracy” w art. 1779 CC jest nazywany *louage d'ouvrage et d'industrie*. Samo sformułowanie *ouvrage* ujawnia dwuznaczność tego typu najmu, podobną do występującej w rzymskiej *locatio conductio*. W języku francuskim *ouvrage* pochodzi od *oeuvre*, a to słowo zaś od *opera* i zachowuje łacińską dwuznaczność: *opus* i *opera* jako najem dzie-

⁶ Ch. Millard, Preface, w: Cloud Computing Law (ed. Ch. Millard), Oxford 2021, s. V.

⁷ Zob. M. Tescaro, Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi, Milano 2017, *passim*; M. Illmer, Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts, Tübingen 2022, *passim*; M. Gersdorf, Prawo zatrudnienia, Warszawa 2013, *passim*; R. Szostak, Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym, TPP 2012, Nr 1, s. 73–74; lecz por. J. Pisuliński, W sprawie systematyki części szczególowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji), TPP 2012, Nr 1, s. 21.

⁸ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego, Warszawa 2018, *passim*.

ła lub usług. W prawie francuskim „najem pracy” (*ouvrage*) obejmuje „najem usług” (*louage de service*), zarówno na określony czas, jak i na potrzeby określonego przedsięwzięcia (*services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée*). Odnosi się do przewozu czy wykonania dzieła (pracy) przez budowniczych, architektów czy np. murarzy, stolarzy, ślusarzy i innych pracowników, którzy wykonują zamówienia. Szeroko ujęta w prawie francuskim umowa „najmu pracy” może zatem rodzić albo zobowiązanie rezultatu, albo starannego działania (art. 1780 CC), co nadaje ogólnemu pojęciu *louage* zakres zbliżony do tego obecnego w rzymskiej *locatio conductio*⁹.

Tytułowe „udostępnianie wartości majątkowych” jest inspirowane sformułowaniem W. Dajczaka z podręcznika „Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego”. Kontrakt *locatio conductio* w swojej wersji oryginalnej oddaje złożoność, szerokość i głębokość konceptu umowy, która służyła odpłatnemu udostępnieniu rzeczy lub swojej osoby do pracy¹⁰. Podążając za przenikliwą obserwacją A. Watsona, trzeba sobie uświadomić, że *locatio conductio* stanowiła ramę, rezerwuar (*a residual category*), w którym mieściły się wszystkie stosunki zobowiązaniowe niebędące sprzedażą, a jednak odpłatne¹¹.

W książce pragnąłem ukazać „rzymski” sposób myślenia o jednolitej strukturze udostępniania wartości majątkowych i w ten sposób udowodnić, że *locatio conductio* przełamywała i nadal przełamuje wiele dogmatów prawa cywilnego: dominację umowy sprzedaży i prawa własności, wyróżnienie umowy o dzieło, o świadczenie usług i umowy o pracę, oparcie prawa na jasno określonych, a przez to „bezpiecznych” umowach nazwanych, które nie podlegają zmieszaniu, osobisty charakter zobowiązania oraz spełnienia świadczenia, wyróżnienie zobowiązań rezultatu i starannego działania, podział na stosunki zobowiązaniowe i rzeczowe, wreszcie oddzielenie sfery prawnej prywatnej i publicznej. Starałem się pokazać, że wiele nowości, na które pozwalał stosunek *locatio conductio*, było powodowane potrzebą zaspokojenia różnorodnych interesów gospodarczych. Mowa tu szczególnie o takich zjawiskach, jak innowacyjny obrót profesjonalny, interesy polityki publicznej, ale także ówczesne potrzeby religijne – do tego stopnia, że „najem” pełnił i pełni użyteczną rolę jako narzędzie „prywatyzacji” zadań publicznych, a nawet jako perswazyjny przykład wykorzystywany w dyskursie religijnym. Ten ostatni kontekst pozwala postrzegać najem jako relację wręcz naturalną, uprzednią względem prawa, a zatem przełamującą sferę prawną i przedprawną, bo ujmującą najem jako zjawisko społeczne, a nie tylko

⁹ J.-S. Borghetti, *Service Contracts: The French Experience*, w: *Service Contracts* (Hrsg. R. Zimmermann), Tübingen 2010, s. 102.

¹⁰ W. Dajczak, w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie*, s. 548.

¹¹ A. Watson, *The Evolution of Law*, s. 11.

jako pojęcie prawne. Trzeba nadmienić, że dzisiaj *locare conducere* wraca także jako odpowiednik „przedsiębiorczej” wrażliwości charakterystycznej dla gospodarki współdzielenia (*sharing economy*).

Wreszcie, poniekąd przy okazji dokonywanej analizy innowacyjności *locatio conductio*, pojawiła się szansa na ustalenie odpowiedzi na pytanie o to, na czym polega zasada jedności omawianego kontraktu rzymskiego. Uznając innowacyjność *locatio conductio* w odniesieniu do zjawiska szeroko pojętego odpłatnego udostępniania wartości majątkowych, zaproponowałem wykorzystanie tej rzymskiej umowy jako modelu porównawczego dla rozwiązań prawa współczesnego.

§ 2. Poglądy nauki

F. Maciejowski użył na opisanie omawianej instytucji zgrabnej formuły „umowa nabywczą użytku”. Jednak i on sam przyjmował typową wówczas wizję *locatio conductio* jako umowy dwoistej, tj. jako służącej udostępnianiu cudzych rzeczy albo pracy za wynagrodzeniem. Ten sposób rozumienia *locatio conductio* dominował przez całe „drugie życie” prawa rzymskiego, czyli poczynając od średniowiecznych glosatorów. Zawsze jednak – już od ich czasów – zagadką pozostawała relacja między *locatio conductio operis* a *locatio conductio operarium*. Do dzisiaj zresztą chętnie pytają o to nie tylko romaniści, lecz także młodzi adepci prawa, poznający je dzięki nauce prawa rzymskiego. Różnica między podjęciem się wykonania dzieła a najęciem się do pracy jest świetnie widoczna w rzymskich źródłach nie tyle w odniesieniu do nazwy kontraktu, ile do pozycji skargowej stron. Kontrakt *locatio conductio* zawierali *locator* i *conductor*. Osoba udostępniająca rzecz (np. nieruchomości – *fundum locare*) nosiła nazwę *locator* (wynajmujący) i chroniła ją skarga – *actio locati*, z którą mogła wystąpić przeciw drugiej stronie, tj. najemcy gruntu. Określano go mianem *conductor*. Przysługiwała mu na podstawie kontraktu skarga – *actio conducti*. Analogicznie, osoba najmująca się do pracy (*operas locare*) to *locator*, któremu wynagrodzenie za podjęty wysiłek płacił *conductor*. Większe kontrowersje wzbudza natomiast pytanie, dlaczego w przypadku zamówienia wykonania dzieła – *opus locare* – następowała inwersja pozycji kontraktowej, tzn. dlaczego Rzymianie nazywali *locatorem* płacącego wynagrodzenie za wykonanie dzieła, a osobę, która podjęła się jej wykonania – *conductorem*. W nauce prawa rzymskiego proponowano różne wyjaśnienia, choć do dziś nie udało się ustalić i przyjąć powszechnie jednego klarownego wytłumaczenia¹². Niestety, argumentem zamykającym dys-

¹² R. Fiori, La definizione, s. 9, oraz przyp. 33.

kusję wydaje się stawać sformułowane przez *H. Kaufmanna* stwierdzenie, że inwersja wynika ze specyfiki ówczesnego języka łacińskiego¹³. Miał jej nie rozumieć już nawet żyjący w XIV w. i pracujący całe swoje życie przy użyciu języka łacińskiego *Bartolus de Saxoferrato* (1314–1357), który uznał, że *conductor* to zawsze strona, która płaci czynsz albo wynagrodzenie. Widział on sens *locatio conductio* w wykonaniu pewnej czynności (*fieri*), która trwa w czasie i polega na udostępnieniu rzeczy do używania (*praebere usum*) czy na świadczeniu usług (*dare operas*), których nie ma jeszcze w naturze, rzecz jasna, za wynagrodzeniem (*pecuniam dare*)¹⁴. Rozwinął w ten sposób myśl wyrażoną niemal dwa wieki wcześniej przez *Azona* (1150–1225), który stwierdził, że *locatio conductio* to udostępnienie osoby lub rzeczy do korzystania za pieniężnym wynagrodzeniem: *est autem locatio persone reive ad usum facta concessio, mercede in pecunia numeranda et conventa*¹⁵. Ten z kolei powtórzył słowa samego *Irneriusa* (1050–1125): *locatio quidem est, cum usum rei meae vel operas meas pro mercede tibi do*¹⁶. *R. Fiori* ustalił dominującą, jak się dziś wydaje, dogmatyczną strukturę *locatio conductio* jako umożliwienie korzystania (*uti frui*) z rzeczy bądź usług lub prac (*operae*) za wynagrodzeniem (*merces*), uznając wykonanie dzieła (*opus*) za jeden ze sposobów umówienia się o świadczenie usług (*operae*)¹⁷. Trzymając się tradycji *ius commune* oraz poglądów *B. Windscheida*, odstąpił od stanowiska wyrażonego przez *H. Dernburga*, za którym z kolei poszedł, w drugim wydaniu *Edictum Perpetuum*, *O. Lenel* oraz *BGB*¹⁸. W strukturze *locatio conductio* *H. Dernburg* dostrzegł trzy różne typy stosunku prawnego: korzystanie z rzeczy (*locatio conductio rei*), usług (*locatio conductio operarum*), a także wykonanie

¹³ *H. Kaufmann*, Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung, Köln–Graz 1964, s. 233.

¹⁴ *V. Crescenzi*, Visioni bartoliane del lavoro, w: Atti del Cinquantesimo Convegno storico internazionale Bartolo da Sassoferrato nel VII centenario della nascita: Diritto, politica, società (Todi–Perugia, 13–16 ottobre 2013), Spoleto 2014, s. 647–648.

¹⁵ *Azonis*, Summa Codicis, Venetiis, 1581, C. 4, 65, col. 454, n. 1. Ortografia oryginalna.

¹⁶ *Irnerius*, Summa Codicis, IV, 57, 2–3 – cytaty w oparciu o edycję Summa Codicis des *Irnerius* (Hrsg. *H. Fitting*), Berlin 1894, s. 131–132.

¹⁷ *R. Fiori*, La definizione, s. 299: Ogni 'modello negoziale' costituisce, piuttosto, una sorta di articolazione dello schema-base costituito dallo scambio di merces e uti frui. Una prima articolazione è rappresentata dalla distinzione tra le ipotesi in cui l'uti frui è compiuto su una res rispetto a quelle in cui è realizzato su una persona (n. 62): solo nel primo caso le fonti parlano di uti frui, nel secondo preferiscono utilizzare l'espressione opera – che comunque indica un 'godimento' parificato all'uti frui; s. 348: la stessa scelta di dividere la locazione in più contratti deriva dall'abbandono della concezione tradizionale che ravvisava nel sinallagma merces-uti frui l'elemento unificante delle varie forme di locazione, e dall'accoglimento della dottrina (del *Dernburg*) che invece assume il differente 'oggetto' – res, opera, opus-come elemento qualificante del contratto (n. 179).

¹⁸ *R. Fiori*, La definizione, s. 311–312.

określonego dzieła (*locatio conductio operis faciendi*)¹⁹. Ta myśl w pewien sposób przeniknęła także do szwajcarskiego kodeksu zobowiązań z 1911 r. (OR), na którym z kolei wzorował się polski KZ, a następnie polski KC²⁰.

Aż do zaproponowania w XIX w. wyodrębnienia *locatio conductio operis* jako trzeciego niezależnego kontraktu (obok *locatio conductio rei* oraz *operarum*) była ona zawsze przedstawiana jako szczególny typ *locatio conductio operarum*, a zatem z perspektywy ogólnej figury *locatio conductio* stanowiła postać odpłatnego korzystania z *opera* – cudzej pracy, co było też ujmowane jako korzystanie z osoby – *persona*. Co ciekawe, do czasu H. Dernburga bardzo często w nauce prawa rzymskiego bywały opisywane wszystkie trzy *locationes conductiones*, lecz przypadku *operis* nie postrzegano jako odrębnej od *locatio conductio operarum* postaci kontraktu. H. Dernburg wprost ocenił – choć uczynił to jedynie w przypisie – że niepoprawne jest uznawać *locatio conductio operis* za szczególny przypadek *locatio conductio operarum*²¹. Kontrakt ten ma za swój przedmiot inne, odmienne (w swojej naturze) świadczenie. Według H. Dernburga było nim osiągnięcie przez wykonawcę „*ein opus*” jako rezultatu ekonomicznego²².

Wiemy dzięki R. Fioriemu i H. Kaufmannowi, że O. Lenel – pod wpływem argumentu H. Dernburga sformułowanego w 1886 r. – wprowadził zmianę w drugim wydaniu *Edictum Perpetuum* z 1907 r. W formule skargi z *locatio conductio* obok *fundum* oraz *operas locare* umieścił także *locare opus faciendi* jako odrębny „przedmiot” skargi. O prawdopodobnym wpływie H. Dernburga świadczy chronologia pojawienia się jego dzieła oraz drugiego wydania *Edictum Perpetuum* O. Lenela, które zawierało już wspomnianą zmianę. Dodatkowym potwierdzeniem przychylności O. Lenela wobec tej tezy może być także fakt, że G. Schmoll w 1889 r. w ramach swojej dysertacji doktorskiej, dotyczącej *locatio conductio operis*²³, której bronił na Uniwersytecie w Strasburgu, a której referentem był właśnie O. Lenel, uznał słuszność tezy H. Dernburga o odrębności *locatio conductio operis* od *locatio conductio operarum*. Jak zauważył G. Schmoll w toczącej się wówczas dyskusji na temat przedmiotu *locatio conduc-*

¹⁹ H. Dernburg, *Pandekten*, Bd. II, Berlin 1886, § 113 c, s. 297, oraz przyp 2; później powtórzone w: H. Dernburg, *System des römischen Rechts (Der Pandekten)*, Bd. II, Berlin 1912, s. 780 (§ 367), s. 788, przyp. 3 (§ 370); O. Lenel, *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1907, s. 290; R. Fiori, *La definizione*, s. 164, 311–313, 348.

²⁰ L. Ogiełło, *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989, s. 141.

²¹ *Es ist unrichtig, wenn viele [...] die l. c. operis als 'einen Fall' der l. c. operarum bezeichnen*, H. Dernburg, *Pandekten*, s. 297, przyp. 2.

²² Tamże, s. 297.

²³ G. Schmoll, *Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio operis der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenden?*, Strassburg 1889, s. 6–7.

tio operis (*Was ist das Objekt der l. c. operis?*), zdanie H. Dernburga się wyróżniało. Uznawał on właśnie, że *locatio conductio operis* ma inny przedmiot niż *locatio conductio operarum* i jest nim wspomniany odrębny ekonomiczny rezultat (*ein Vertrag mit anderem Objekt als die locatio operarum*)²⁴, choć jak G. Schmoll podkreślił, słusznie H. Dernburg uznał, że w celu osiągnięcia tego rezultatu, konieczny jest także wkład pracy: *wie Dernburg richtig bemerkt, dass auch Arbeit erforderlich sei: er verspricht eben einen Arbeitserfolg, ein Arbeitsergebnis*²⁵. Bez wątplenia na pogląd O. Lenela miał wpływ także artykuł T. Mommsena²⁶, który rok przed H. Dernburgiem wydawał się doprowadzić do uznania zasadności trójpodział *locatio conductio*²⁷. Starał się wykazać, że źródło każdej z postaci *locatio conductio* tkwi w różnych kontraktach cenzorskich (*locationes censoriae*)²⁸. Jak tłumaczył T. Mommsen, cenzorzy oferowali, dokonując *locatio*, korzystanie z majątku państwowego i przejęcie zadań czy robót państwowych tym, którzy chcieli się tego podjąć, co miało odpowiadać *locatio rei* oraz *operis*, natomiast urzędnicy przyjmowali do swojej służby asystentów, „pracowników”, „urzędników niższego szczebla”, dokonując *conductio*, co ma znajdować analogię w *locatio operarum*. W ten sposób T. Mommsen miał uznać za zasadną inwersję pozycji kontraktowej także w przypadku *locatio conductio* w prawie prywatnym²⁹.

Warto zauważyć, że jeszcze przed H. Dernburgiem toczyła się poważna dyskusja na temat odrębności *locatio conductio operis*, ale właściwie nie wspomina się o tym we współczesnej literaturze. Intensywna wymiana poglądów miała miejsce szczególnie w XIX w., zarówno w Niemczech, jak i we Francji. Skutki obu dyskusji możemy obserwować do dzisiaj w odmiennych regulacjach obu porządków. Prawodawca niemiecki skodyfikował *locatio conductio operis* jako odrębny typ umowy (*Werkvertrag*), zaś w prawie francuskim, jak już wcześniej wspomniano, utrzymano jedność regulacji dotyczącej „najmu usług”, który może polegać albo na osiągnięciu rezultatu, albo na starannym wykonywaniu czynności. Zresztą, wystarczy przywołać trudności, jakie pojawiają się w polskim prawie. Obok umowy o dzieło nie wyróżniono odrębnego typu umowy o świadczenie usług, lecz odpowiednio stosuje się przepisy umowy zlecenia (art. 750 KC) do nieuregulowanych ustawowo usług. Nadal jednak spotykamy się z trudnością, którą wyraził SN: „granica między usługami a dziełem bywa płynna”³⁰. W tym kontekście jeszcze bardziej interesująca okazuje się już daw-

²⁴ Tamże, s. 6.

²⁵ Tamże, s. 7.

²⁶ T. Mommsen, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe*, ZRG RA 1885, Bd. 6, s. 267–268.

²⁷ Tamże, s. 267.

²⁸ A. Tarwacka, *Prawne aspekty urzędu cenzora w starożytnym Rzymie*, Warszawa 2012, s. 272.

²⁹ F. Olivier-Martin, *Des divisions du louage*, s. 459.

³⁰ SN w wyr. z 3.11.2000 r., IV CKN 152/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 63.

no wszak zarysowana propozycja jednego z najstarszych polskich romanistów J. Zielonackiego, który tłumaczył w 1871 r. *locatio conductio operis* jako umowę będącą podtypem *locatio conductio operarum*, oddając to w następujący sposób: *locatio operarum* to najem prac czy robót, a *locatio operis* to najem pracy czy roboty³¹. Manewr wykorzystania liczby mnogiej i pojedynczej wydaje się interesującą propozycją wobec stosowanego współcześnie rozróżnienia umowy o dzieło i umowy o świadczenie usług poprzez posługiwanie się następującym kryterium: umowy o świadczenie usług na zasadzie zlecenia tworzą zobowiązanie ciągle (trwałe), a zatem polegają na powtarzalnych działaniach (co ujawnia długotrwałą relację), natomiast umowa o dzieło tworzy zobowiązanie, które polega wyłącznie na świadczeniach jednorazowych³².

H. Dernburg nie tylko nie był pierwszym uczonym, który starał się wyodrębnić *locatio conductio operis*, lecz także sam pomysł na uczynienie tego pojawił się jeszcze na długo przed XIX w. F. Olivier-Martin przeprowadził argument mający dowiedzieć, że trójpodział *locatio conductio* nie jest rzymskim pomysłem, lecz został zaproponowany przez konkretnego jurystę, tj. J. Voeta (1647–1713). Był odpowiedzią na odejście od jednolitej koncepcji usług odpłatnych, która panowała od czasów szkoły Bartolusa i zrównywała odpłatne zlecenie z *locatio conductio*³³. Takie stanowisko kwestionuje R. Fiori, który wykazuje, że J. Voet nadal uznawał *locatio operis* jako podtyp *locatio operarum*³⁴. Okazuje się jednak, że najprawdopodobniej pierwszym przypadkiem aktu prawnego, który odrębnie regulował *locatio conductio operis* jako *Werkvertrag*, mającą na celu wykonanie całego dzieła – *ein ganzes Werk auszuführen* (§ 1572) oraz *locatio conductio operarum* jako *Lohndienstvertrag* (§ 1560), mającą na celu świadczenie usług osobistych – *persönliche Dienste zu leisten*, był Kodeks Prawa Prywatnego Kantonu Zurychu (*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*) z roku 1855³⁵. Autor tego aktu J.C. Bluntshli, który zastąpił F.L. Kellera, wręcz odwoływał się do wymienionych figur *locationes conductiones* w wyjaśnieniach tych dwóch typów kontraktów³⁶. Rozwiązanie to przejęte zostało także w szwajcar-

³¹ J. Zielonacki, *Pandekta czyli wykład prywatnego prawa rzymskiego*, Kraków 1871, s. 120.

³² Tak SN w wyr. z 11.8.2016 r., II UK 316/15, Legalis: „Trzeba mieć również na względzie okoliczność, iż stosunek prawny wynikający z umowy o dzieło nie ma charakteru zobowiązania trwałego (ciągłego), albowiem stanowi on zobowiązanie do świadczenia jednorazowego, i to po obu stronach tego stosunku zobowiązaniowego”.

³³ F. Olivier-Martin, *Des divisions du louage*, s. 472–474.

³⁴ R. Fiori, *La definizione*, s. 310.

³⁵ T. Bühler, *Locatio Operis und Gefahrtragung durch den Unternehmer im Werkvertrag*, w: *In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenarii* (éd. P. Pichonnaz), Fribourg 2013, s. 31–32.

³⁶ *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (Hrsg. J.C. Bluntschli), Zürich 1855, s. 477, 488.

skim federalnym Prawie Zobowiązań (*Bundesgesetz über das Obligationenrecht*) z 1881 r., które w § 350 definiuje *Werkvertrag* jako nakierowany na *Fertigstellung eines Werkes*, natomiast w § 338 przewiduje, że przez *Diensvertrag* pracownik *verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von persönlichen Diensten*. Nawet twierdzi się, że dopiero twórca projektu tego aktu, W. Munzinger, ostatecznie oddzielił umowę o świadczenie usług od umowy o dzieło³⁷. Szwajcarscy twórcy obu regulacji prawa zobowiązań byli pod silnym wpływem nauki niemieckiej, a J.C. Bluntschli, szczególnie prawa rzymskiego i F.C. von Savigny'ego. Wydaje się zatem, że korzystając z niemieckiej pandektystyki, doszli do podobnych wniosków co H. Dernburg, lecz trochę wcześniej od niego. Zdecydowanie bardziej przemawia fakt, że nowe szwajcarskie federalne Prawo Zobowiązań (*Obligationenrecht*) z 1911 r. utrzymało *Werkvertrag*, lecz porzuciło regulację świadczenia usług jako odrębnego typu umowy łącząc ich regulację z umową zlecenia *Auftrag* (Art. 394 – *übertragenen Geschäfte oder Dienste*). Natomiast miejsce *Dienstvertrag* zajął *Arbeitsvertrag*, który stał się umową dotyczącą świadczenia pracy (Art. 319 – *Leistung von Arbeit*). Właśnie z tak przeformułowanej rzymskiej *locatio conductio* skorzystał polski KZ, a do dzisiaj korzysta polski KC, przynajmniej, gdy chodzi o wyróżnienie umowy o dzieło oraz złączenie regulacji świadczenia usług z umową zlecenia. Wbrew pozorom wydaje się, że takie rozwiązanie otwiera drogę do poszukiwania jednej ramy dla świadczenia usług, która, co prawda, tylko w pewnym zakresie przełamuje pandektystyczny trójpodział *locatio conductio*. Próby wyodrębniania różnych rodzajów *locatio conductio*, a szczególnie *locatio conductio operis* istniały jednak jeszcze przed wiekiem XIX oraz wyprzedają myśl J. Voeta, choć nie były tak brzemienne w skutkach.

Żyjący w XVIII w. P. Pacioni informuje o różnych sposobach wyodrębniania *locatio conductio*. Wymienia nie tylko *locatio conductio rei vel personarum*, lecz także inne postaci, „które odnalazł w glosie”³⁸. Ta mówiła o trzech postaciach *locatio conductio*: *rei*, *operarum*, *rei et operarum simul*. Dostrzegamy w trzeciej wyróżnionej postaci *locatio conductio*, tj. najmie naraz rzeczy i pracy (*rei et operarum simul*) wręcz organiczny sposób opisanie umowy, w której osoba wykonuje pracę, udostępniając własną rzecz, bądź czyni to na cudzej rzeczy lub w celu dostarczenia określonej rzeczy. P. Pacioni zauważył także, że P. Castrensis, uczeń Baldusa de Ubaldisa, jeden z największych prawników XV w., dodał jeszcze czwarty rodzaj – *locatio operis*, którą można przetłumaczyć jako „najem dzieła”. Ta propozycja według P. Pacioniego spotkała się z jednak z krytyką nie-

³⁷ E. Eichholzer, Entwicklungsjahre des heutigen Arbeitsrechts: der Werdegang des Schweizerischen Obligationenrechts von 1881, *Gewerkschaftliche Rundschau: Vierteljahresschrift des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes* 1962, Vol. 54, Nr 7–8, s. 204.

³⁸ P. Pacioni, *Tractatus de locatione, et conductione*, Venetiis 1745, k. 3a, No. 36.

których. Podnoszono mianowicie, że wykonywanie *opus* mieści się już w drugim i trzecim typie *locatio conductio*, tj. *locatio conductio operarum* oraz *locatio conductio rei et operarum simul*³⁹. Rozróżnienie między *locatio rei et operarum* oraz *locatio operis* utrzymywało się jeszcze w czasach R. Pothiera (1699–1772), zwłaszcza w umowach przewozu morskiego⁴⁰. Kapitan statku, który wynajmował statek oraz swoje usługi kierowania statkiem, zawierał umowę, którą można opisać jako *locatio navis et operarum magistri ad transvehendas merces*. Natomiast kapitan statku, który podejmował się przewiezienia towarów, zawierał umowę, którą można nazwać *locatio operis transvehendarum mercium*. R. Pothier stał jednak na stanowisku, że nie ma różnicy między dwoma rodzajami *locatio*. Uznawał, że, co prawda, rodziły one inne skargi (w pierwszej przeciwko kapitanowi przysługiwała *ex conducto*, a w drugiej *ex locato*), lecz nakładały te same obowiązki, stąd to rozróżnienie nie miało już praktycznego znaczenia w ówczesnym prawie francuskim. Wszak nie posługiwało się ono już skargami *actio locati* i *actio conducti*. H. Dernburg nie odnosił się w swoich publikacjach do *locatio conductio rei et operarum*, lecz można uznać, że przyjąłby podobne stanowisko, skoro stwierdził, że i wykonanie dzieła wymaga przecież wykonania pracy, tyle, że przedmiotem obietnicy w *locatio conductio operis* jest efekt pracy, a nie sama praca⁴¹. Natomiast odróżnienie tych dwóch postaci *locationes conductiones* wydaje się zauważać w źródłach rzymskich R. Fiori, odwołując się właśnie do praktyki umów przewozu morskiego z okresu nowożytnego, i to zarówno w tradycji *civil law*, jak i *common law*⁴².

Także w XVI w. C. Hegendorff wiedział, że czym innym jest *locare operas*, a czym innym *locare opus faciendi*. Protestancki jurysta skupił się przede wszystkim na odróżnieniu *locare* od *conducere* oraz *locator* od *conductor*. Zauważył, że pracownik, którego nazywa *laborator*, wynajmuje swoją pracę – *locare operas*, natomiast zatrudniający najmuje jego pracę – *conducere operas*⁴³. Tak samo analizuje *locare* i *conducere operis*. Stwierdził, że *locare opus dicitur is, qui artificem aliquem deputat, qui ei opus, domum, vel quicquid tandem est, faciat*, tj. to „ten, kto zatrudnia rzemieślnika, aby wykonał dla niego dzieło, dom lub cokolwiek innego”⁴⁴. Co prawda, dość skrótowo, lecz wyraźnie wspominał, że F. Accursius

³⁹ Tamże.

⁴⁰ R. Pothier, A Treatise on Maritime Contracts of Letting to Hire, tł. C. Cushing, Boston 1821, s. 54–55.

⁴¹ H. Dernburg, Pandekten, s. 297, przyp. 2.

⁴² R. Fiori, L'allocatione del rischio nei contratti relativi al trasporto, w: Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero) (ed. E. Lo Cascio, D. Mantovani), Pavia 2018, s. 540–541, 563–567.

⁴³ Ch. Hegendorff, In Titulum lib. III. Digestorum Scholia, Basileae 1540, s. 96.

⁴⁴ Tamże.

popęłnił *lapsus* w określeniu stron kontraktu, i niepoprawnie uznał, że to *locator* podejmuje się wykonania dzieła. C. Hegendorff stanowczo stał na stanowisku, że powinno być wręcz przeciwnie, ponieważ w przypadku wykonania dzieła, to *conductor* zobowiązuje się do *opus faciendi*⁴⁵. Pewnym usprawiedliwieniem dla F. Accursiusa może być okoliczność, że C. Hegendorff wychwycił tę pomyłkę w odniesieniu do przewozu morskiego, w którym nie zawsze było jednoznaczne, kto pełnił rolę *locatora*, a kto *conductora*. Ta krótka historia bogatej przecież dyskusji między prawnikami *ius commune*, potwierdza, że na wiele sposobów próbowano uchwycić *locatio conductio* i jej niezwykle szeroki zakres zastosowania.

Niemniej jednak nie brakowało też takich, którzy – jak F. Maciejowski – starali się ująć *locatio conductio* w prostej formule. Jedną z ciekawszych posłużył się wybitny przedstawiciel nauki prawa kanonicznego – P. de Oñate (1567–1646). Znany jest on też jako autor pierwszych prób konceptualizacji ogólnej struktury umowy jako składającej się z oferty i jej przyjęcia. P. de Oñate wypowiedział się także w kwestii omawianego kontraktu. Stwierdził, że istota *locatio conductio* to *usus brevi pro mercede*⁴⁶. Dosłownie „krótkie używanie za wynagrodzeniem” oznaczało dla niego nie więcej niż przez 10 lat. Pozostawał on tym samym przy stanowisku nauki prawa rzymskiego. Po pierwsze, akceptował sformułowane jeszcze przez Irneriusa odróżnienie *locatio conductio ad modicum tempus* od *locatio ad longum tempus*, która zawierana była na ponad 10 lat⁴⁷. Po drugie zaś uznawał, że *locatio conductio* przejawia się w dwóch postaciach, czyli *usus brevi rei* oraz *operas et usum*. Przeszło sto lat temu V. Arangio Ruiz oraz U. Brasiello stanowczo opowiadali się za poglądem o jednolitej strukturze kontraktu *locatio conductio*, sprowadzając wszystkie świadczenia do szeroko pojętej *res*⁴⁸. Nie należy jednak zapomnieć, że tę wrażliwość można też odczytać u R. Pothiera, który tłumacząc *louage*, mówi o *res utenda datur* oraz *res facienda datur*⁴⁹. Podobnie wydawał się myśleć także P. de Jong w 1841 r.⁵⁰.

⁴⁵ Tamże.

⁴⁶ P. de Oñate, De contractibus onerosis. Tomi Tertii. Pars Secunda, Romae 1654, s. 607.

⁴⁷ Por. szerzej A. Calzada González, V. Saiz, *Alienatio rei locatae: elaboración de la doctrina general* w: A Locatio-Conductio – influência dos direitos atuais: atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano (ed. A. dos Santos Justo), Lisboa 2018, s. 241–244.

⁴⁸ V. Arangio Ruiz, Istituzioni di diritto romano, Napoli 1921, s. 346; U. Brasiello, L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano, RISG 1927, No. 3, s. 22, RISG 1928, No. 3, s. 529.

⁴⁹ R. Pothier, Traité du contrat de louage, w: Oeuvres complètes de Pothier, Paris 1821, s. 268.

⁵⁰ P. de Jong, Dissertatio juridica inauguralis de locatione conductione operis faciendi, Lugduni Batavorum 1841, s. 4.

Za sprawą R. Fioriego dzisiejsza romanistyka skłania się ku jednolitej strukturze *locatio conductio*. R. Fiori przekonuje, że można zgodzić się co najmniej na to, że struktura dogmatyczna *locatio conductio* nie zależała od przedmiotu świadczenia (treści zobowiązania), lecz od układu interesów, który powinien mieścić się w schemacie dogmatycznym *praestare uti frui* indywidualnie oznaczonej *res* albo *operae* za *praestare merces*⁵¹. O wpływie myśli R. Fioriego świadczy układ publikacji P. Du Plessisa, który omawia *locatio conductio* w odniesieniu do korzystania z usług (rozdz. II – *Letting and Hiring of 'Operae'*) i rzeczy (rozdz. III – *Letting and Hiring of a 'Res'*)⁵². W optyce R. Fioriego trójpodział *locatio conductio* zszedł zatem na dalszy plan, chociaż autor woli mówić o tym, że świadczenie jest realizowane albo za pośrednictwem rzeczy (*res*), albo osoby (*persona*), a w kontekście tej ostatniej używa pojęcia usług (*opera*); wykonanie zaś dzieła (*opus*) uznaje za szczególną postać usługi (*opera*)⁵³. Nad wszystkim unosi się aura „jedności” kontraktu i różnorodności układu interesów⁵⁴, która zwraca uwagę współczesnych prawników. Swoboda korzystania z ochrony skargowej *locatio conductio* przyczyniła się bowiem do wyodrębnienia rozmaitych reguł odpowiedzialności, zasad wykonywania umów i rozkładu ryzyka przy ciągle tych samych skargach procesowych i tej samej siatce pojęciowej⁵⁵. Otwartość konceptu *locatio conductio* dała szansę na objęcie ochroną prawną różnego typu sytuacji, a nawet adaptację obcych rozwiązań prawnych na potrzeby prawa rzymskiego, jak np. reguł rozkładu ryzyka transportu morskiego *lex Rhodia de iactu* stosowanych przy zrzucie morskim, w sytuacji zagrożenia dla statku, które, używane do dziś, są fundamentem zbioru zasad morskich – *York-Antwerp Rules*⁵⁶.

Powrót do perspektywy jednolitej struktury prawnej na kształt *locatio conductio* może posłużyć uelastycznieniu porządku prawnego, tak aby z większą

⁵¹ R. Fiori, La definizione, s. 10, 366: *ma guardavano alla locatio conductio come ad un 'tipo' unitario in considerazione della presenza, in ciascun assetto di interessi, del sinallagma merces-uti frui*. Zob. też P. Du Plessis, *Letting and Hiring*, s. 13–14; T.A.J. McGinn, *Hire-Lease in Roman Law and Beyond*, AHB 2013, Nr 27, s. 169–171, 176.

⁵² P. Du Plessis, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE–284 CE*, Leiden–Boston 2012.

⁵³ R. Fiori, La definizione, s. 361.

⁵⁴ Tamże, s. 362.

⁵⁵ P. Du Plessis, *Letting and Hiring*, zob. Chapter One, 4. *Litigation and the Contract of Letting and Hiring*, s. 21–51.

⁵⁶ S. Płodzień, *Lex Rhodia de iactu*. Studium historycznoprawne z zakresu rzymskiego prawa handlowo-morskiego, Lublin 1961, *passim*; oraz Ł. Marzec, *Wokół locatio conductio*. Prawne aspekty przewozu i transportu morskiego w dawnym Rzymie, w: *Prawne aspekty podróży i turystyki – historia i współczesność: prace poświęcone pamięci profesora Janusza Sondla* (red. P. Cybula), Kraków 2018, s. 377–378.

swobodą odpowiadał na nowe sposoby udostępniania szeroko pojętych wartości majątkowych. Z tego powodu poniższe rozważania, odbiegając już od omawiania *locatio conductio* wedle wyróżnianych jej trzech rodzajów, skupiają się na nowych aspektach, dotychczas albo tylko wspominanych, albo nieanalizowanych, które potwierdzają innowacyjny charakter *locatio conductio* i jej znaczenie w rozwoju rzymskich umów oraz zasadność mówienia o wspólnej strukturze udostępniania wartości majątkowych. Niniejsza książka stawia sobie za cel powiększenie kontekstu dogmatycznego i praktycznego rozważań nad *locatio conductio*. Pozostaje zatem w zgodzie z najnowszymi kierunkami proponowanymi przez współczesnych autorów. Jednym z jej celów jest potwierdzenie, że można ukazać jeszcze kolejne nowe wymiary *locatio conductio*, co pozwoli wykazać, że była to *subtle legal entity*⁵⁷, wymykająca się współczesnemu językowi prawniczej dogmatyki⁵⁸. Zresztą, umykała ona już Bartolusowi, który starał się na swój sposób – niezgodny z rzymskim źródłami – redefiniować pozycję kontraktową *conductora* i *locatora*, uznając że *conductor* to zawsze ten, kto płaci, a *locator* to ten, kto świadczy usługi albo umożliwia korzystanie z rzeczy. Pisał wszak: *et in tota ista materia appello conductorem illum qui dat pecuniam, locatorem illum qui dat operas uel prebet usum rei*⁵⁹. Niniejsza analiza w sposób szczególny poszerza ustalenia P. Du Plessisa w odniesieniu do korzystania z najmu usług wyzwoleńców oraz niewolników. Przede wszystkim jednak ma ukazać żywotność konceptu *locatio conductio* w prawie współczesnym oraz potencjał heurystyczny – użyteczność argumentacyjną i koncepcyjną wobec współczesnych wyzwań.

Po analizie innowacyjności *locatio conductio* podjęto próbę zaproponowania odpowiedzi na pytanie o zasadę jedności tego rzymskiego kontraktu. Ta jedność tkwi nie w szerokości przedmiotu świadczenia (*res, operae, opus*)⁶⁰, lecz w charakterystyce podmiotów i ich aktywności, a zatem w tym, co znaczy *locare* oraz *conducere*, co to znaczy być *locatorem* i *conductorem*. Wniosek ten udało mi się potwierdzić kilka lat po rozmowie z W. Ernstem, profesorem prawa rzymskiego na Uniwersytecie Oxfordzkim. Według W. Ernsta klucz w zrozumieniu jedności *locatio conductio* można znaleźć w postaci *conductora*. Dokładniej rzecz ujmując, należy patrzeć na niego niejako jak na przedsiębiorcę. Mimo że pierwotnie ustalenie zasady jedności nie stanowiło mojego głównego przedmiotu badań, nie mogłem nie uwzględnić wniosku, który stał się dla mnie oczywisty. Znajduje on potwierdzenie nie tylko w intuicji W. Ernsta, lecz także w sformułowa-

⁵⁷ P. Du Plessis, *Letting and Hiring*, s. 193.

⁵⁸ R. Fiori, *La definizione*, s. 10, 366.

⁵⁹ F. Accursius, *Digestum vetus seu Pandectarum iuris civilis*, Vol. 1, Lugduni 1572, s. 1856.

⁶⁰ Zob. ogólny obraz rozwoju umów w prawie rzymskim W. Ernst, *Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick*, ZSR 2018, Bd. 137/II, s. 11.

niach F. Maciejowskiego czy P. de Oñate, którzy mówili o *locatio conductio* jako o umowie odpłatnego użytku – *usus*. A przecież nadal posługiwali się jej dwoma podtypami: *uti frui res* (korzystanie z dóbr) *vel operae* (korzystanie z usług czy pracy), tak jak czyni to R. Fiori. Całe *ius commune* oraz współczesna romanistyka widzą jednak, że w *locatio conductio* najważniejsze jest przejście *usus*. I właśnie ta obserwacja pomaga racjonalnie wyjaśnić, dlaczego Bartolus zdecydował się uznać, że *conductor* zawsze płaci, co rodziło problem przy umowie mającej na celu wykonanie dzieła (*opus*). W moim przekonaniu *conductor* jest tym, który zawsze „panuje nad sytuacją”, „prowadzi” ją (*con-ducere*) czy wręcz „współprowadzi”, i to w sferze jego realnej kontroli leży zajmowanie się daną sprawą czy ogólnie pojmowaną wartością majątkową. *Locator* to natomiast ten, kto dokonuje jakiejś inwestycji, „umieszcza” (*locare*), oddając *conductorowi* sprawę lub wartość majątkową do prowadzenia. Oczekuje od niego pewnego „zwrotu” bądź też wyniku w postaci czynszu, wynagrodzenia czy (materialnego) efektu prac. Przejawem „panowania” *conductora* wydaje się to, że ma *usus* albo swojego rodzaju *arbitrium* co do wartości majątkowej. Może to potwierdzać fakt, że w przypadku *locatora* nigdy nie jest stawiana kwestia swobody podnajmu. To w przypadku najemcy (*conductor*)⁶¹, wykonującego dzieło (*conductor*)⁶², zatrudniającego (*conductor*)⁶³ dyskutuje się zakres możliwości jednostronnego zarządzania wartością majątkową przez dalszy wynajem czy inne użycie. Z tego też powodu wynajmujący (*locator*), zamawiający (*locator*) czy pracujący (*locator*) nie mają tak samo pełnej swobody w zmianie użycia, ponieważ oznaczałoby to złamanie umowy i odpowiedzialność odszkodowawczą, którą łagodzić bądź nawet wyłączać mogą szczególne okoliczności (konieczność wyburzenia budynku, brak realizacji dzieła w terminie czy niemożliwość świadczenia pracy).

W prawie rzymskim dużo bardziej istotna była próba ustalenia aktywności stron w *locatio conductio*: kto ma bardziej „dynamiczną”, a zatem „odpowiedzialną” pozycję, a nie definiowanie „szerokości” udostępnianego przedmiotu. Jeśli zaakceptujemy takie stanowisko, wówczas łatwiej będzie dostrzec, po pierwsze, że w przypadku wykonywania *opus* nie dochodzi do inwersji pozycji skargowej, ponieważ ten, kto wykonuje dzieło, jest tym, który „podjął tę sprawę” i ją „prowadzi”. Po drugie, nie trzeba wyróżniać *locatio rei vel operarum*, a wręcz

⁶¹ Np. C. 4,65,6 Alexander (224 r.): *Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit*.

⁶² Np. D. 19,2,48 pr. Marcellus libro 8 digestorum: *Si cui locaverim faciendum quod ego conduxeram*.

⁶³ Np. D. 33,2,3 Paulus libro 3 ad Sabinum: *Hominis quoque liberi operae legari possunt, sicut locari et in stipulationem deduci*; oraz D. 38,1,50,1 Neratius libro 1 responsorum: *Non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus temporibus ad curam corporis necessariam relinquenda*.