

STANISŁAW WRÓBLEWSKI

ZARYS WYKŁADU PRAWA RZYMSKIEGO

PRAWO RZECZOWE

KRAKÓW

NAKŁADEM AKADEMII UMIEJĘTNOŚCI

SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNI G. GEBETHNERA I SP. W KRAKOWIE,
GEBETHNERA I WOLFFA W WARSZAWIE

1919.

STANISŁAW WRÓBLEWSKI

ZARYS WYKŁADU PRAWA RZYMSKIEGO

PRAWO RZECZOWE



KRAKÓW

NAKŁADEM AKADEMII UMIEJĘTNOŚCI

SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNI G. GEBETHNERA I SP. W KRAKOWIE,
GEBETHNERA I WOLFFA W WARSZAWIE

1919.

UNIwersytet Łódzki
Zakład
POWSZECHNI KRYSTAL
PAŃSTWA PRAWA

Inw. 2126

S. II - C - 98.



02

148110

BIBLIOTEKA GŁÓWNA FILII UW
w Białymstoku



FUW0008073

Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem Józefa Filipowskiego.

D-161/83

SPIS TREŚCI.

Dział II. Historia rzymskiego prawa prywatnego.

Część II. Poszczególne stosunki prawne.

Rozdział I. Prawa rzeczowe.

A. Pojęcie praw rzeczowych i ich rodzaje	1
B. Poszczególne prawa rzeczowe.	
I. Własność.	
1. Pojęcie i historia	2
Treść własności. Własność czasowa. Dominium directum i utile. Względność pierwotnej własności. Pierwotny proces o własność. Własność cywilna i pretorska.	
2. Nabycie i utrata własności.	
A. Dawne ius civile	9
Manypacja i in iure cessio. Zapłata ceny kupna a nabycie własności. Adiudicatio. Usus auctoritas. Subiektywne i obiektywne granice usucapionis. Res furtivae. Iusta causa usucapionis. Titulus verus i putativus. Tytuł a dobra wiara. Dowód. Chwila rozstrzygająca o dobrej wierze. Dobra wiara przy nabyciu przez zastępcę. Posiadanie. Przerwa usucapionis. Sukcesja i accessio temporis. Obliczanie czasu. Usureceptio.	
B. Nabycie według ius gentium	24
«Naturalne» sposoby nabycia. Tradycja. Własność tradenta. Iusta causa. Błąd co do osoby. Błąd przy zapłacie długu. Nabycie posiadania. Tradycja a umowa. Warunki przy tradycji. Zawłaszczenie. Rzeczy porzucone. Rzeczy zgubione. Agri deserti. Przeistoczenie. Połączenie rzeczy. Inaedificatio. Actio de tigno iuncto. Confusio. Commixtio. Połączenie per accessionem. Zmiany w korycie rzeki. Skarb. Partus ancillae. Nabycie owoców: a) przez właściciela; b) przez posiadacza bona fide; c) przez wieczystego dzierżawcę; d) przez użytkownika; e) przez dzierżawcę; f) przez prekarystę.	
C. Nabycie oparte na ius honorarium względnie prawie cesarskim	50
Adiudicatio. Ductio. Missio in possessionem. Impetratio dominii. Przejście własności jako kara. Reivindicatio utilis. Praescriptio longi temporis.	
3. Ochrona własności	53
Legisactio sacramento. In rem agere per sponsionem. Formula petitoria.	

Legitymacja bierna. Ficta possessio. Translatio possessionis. Dowód posiadania. Dzierżyciel jako pozwany. Kaucja iudicatum solvi. Dowód własności. Cesa windykcji. Arbitralność. Kondemnacja. Causa rei. Litis aestimatio. Iuramentum in litem. Nakłady pozwanego. Jego zarzuty. Exceptio rei venditae et traditae. Negatoria i prohibitoria. Skarga Publicyńska.

4. Prawo sąsiedzkie 7
Ograniczenia iuris prohibendi. Actio aquae pluviae arcendae. Operis novi nuntiatio. Interdictum quod vi aut clam. Cautio damni infecti. Spory graniczne.

5. Współwłasność 8
Treść współwłasności. Vindicatio partis. Actio communi dividundo. Konstrukcja współwłasności.

II. Posiadanie 9
Pojęcie posiadania. Possessio naturalis, ad interdicta, civilis. Warunki ochrony. Wola a posiadanie. Posiadanie a dzierżenie. Właściwości ochrony posiadania. Jej idea. Wpływ ochrony na pojęcie posiadania. Possessio absentis. Nabycie posiadania, Corpus possessionis. Dziedziczność posiadania. Znaczenie woli. Posiadanie pochodne. Przemiana dzierżenia w posiadanie. Traditio brevi manu. Zastępstwo przy nabyciu posiadania. Constitutum possessorium. Utrata posiadania. Interdykt unde vi, de precario, de clandestina possessione. Uti possidetis. Utrubi. Posiadanie praw. Współposiadanie.

III. Służebności 12
Pojęcie służebności gruntowych. Służebność wiejskie i miejskie. Służebności osobiste. Służebności nieprawidłowe. Utilitas przy służebnościach gruntowych. Ich niepodzielność. Poszczególne służebności gruntowe. Ich nabycie cywilne. Excipere. Służebności pretorskie. Pactiones et stipulationes. Tradycja. Posiadanie i zasiedzenie służebności gruntowych. Ich zgaśnięcie. Non uti, usucapio libertatis. Vindicatio servitutis. Interdykta do ochrony służebności gruntowych; ochrona possessoryjna. Użytkowanie. Rzymskie pojęcie. Podmiot użytkowania; użytkowanie wspólne. Przedmiot użytkowania; quasi ususfructus. Treść użytkowania. Przeniesienie użytkowania. Kaucja użytkowcy. Nabycie i utrata użytkowania. Vindicatio ususfructus. Używanie. Habitatio. Operae servi.

IV. Dzierżawa wieczysta 13
Ius in agro vectigali. Własność i dzierżawa gruntu prowincjonalnego. Powstanie emfiteuzy. Wieczysta dzierżawa w prawie Justyniańskim.

V. Prawo powierzchni 13

VI. Zastaw 13
Natura prawa zastawu. Jego funkcja gospodarcza. Przegląd środków zabezpieczenia wierzyciela. Praediatura. Fiducia cum creditore. Tradycja warunkowa. Początki pignoris. Przepadek pignoris. Ochrona pretorska. Interdykt Salviania. Actio Serviana i jej rozszerzenie. Prawo zastawu. Pignus i hypotheca. Rozwój prawa sprzedaży. Przekształcenie impetrationis dominii. Ujemne strony rzymskiego zastawu. Środki zaradcze w Rzymie. Zmiany w prawie dzisiejszym. Wierzytelność jako warunek powstania zastawu. Pignus Gordianum. Indivisa pignoris causa. Wpływ przejścia i zgaśnięcia wierzytelności. Sukcesja hipoteczna. Konwersja.

Ius offerendi. Zastaw na rzeczy własnej. Przedmiot zastawu. Zastaw na rzeczy a owoce. Ograniczony zastaw na rzeczy. Nadzastaw. Zastaw na prawach rzeczowych. Pignus nominis. Powstanie zastawu. Pignus tacitum. Rozwój hipotek ustawowych. Pignus praetorium. Pignus in causa iudicati captum. Prawa zastawnika. Vindicatio pignoris. Zarzuty pozwanego. Sprzedaż zastawu. Prawa zastawcy. Kilka praw zastawu na jednej rzeczy. Prior tempore potior iure. Pierwszeństwo uprzywilejowane. Ustępstwo pierwszeństwa. Zgaśnięcie zastawu.

DZIAŁ II.

Historia rzymskiego prawa prywatnego.

Część II. Poszczególne stosunki prawne.

Rozdział I. Prawa rzeczowe.

A. Pojęcie praw rzeczowych i ich rodzaje.

180. Prawa rzeczowe określiłem (I. 233) jako prawa bezwzględne, które dają uprawnionemu możliwość zużytkowania dla siebie rzeczy zmysłowych; można to wyrazić i w ten sposób, że dają uprawnionemu bezpośrednie władztwo nad rzeczą. Należy do nich przede wszystkim własność, oprócz niej zaś szereg praw na rzeczy cudzej (iura in re aliena). Wśród tych ostatnich dogmatyka wyróżnia najpierw zastaw jako prawo uboczne, akcesoryjne, służące do zabezpieczenia wierzytelności. Reszta praw rzeczowych da się rozłożyć na dwie grupy: na prawa ograniczone co do czasu lub rozmiaru, które przedstawiają się jako ograniczenia cudzej własności, a które dziś łączy się pod nazwą służebności, i prawa tak zbliżone do własności, że z niej drobne ledwo pozostawiają szczątki, mianowicie prawo wieczystej dzierżawy (emfiteuza) i prawo powierzchni (superficies). Odrębnym zjawiskiem jest posiadanie tzn. stan faktycznego wykonania prawa, otoczony szczególnie ukształtowaną ochroną prawną. Posiadanie rzeczy było historycznym punktem wyjścia tej ochrony, która zresztą w Rzymie nie zmierzała bynajmniej do zapewnienia posiadaczowi możliwości korzystania z rzeczy, lecz z całkiem innych wyrosła pobudek. Następstwem tej ochrony było jednak dla posiadacza sui generis bezpośrednie władztwo nad rzeczą i z tego względu łączy się zazwyczaj naukę o posiadaniu z nauką o własności.

181. Wszystkie prawa rzeczowe polegają na absolutnym zakazie wpływania na pewną rzecz w pewien sposób, a tylko bliższe określe-

nie tego niedozwolonego wpływu zmienia się w miarę tego, o jakie prawo rzeczowe chodzi. Zakazowi absolutnemu towarzyszy niekiedy nakaz zwrócony do pewnej oznaczonej osoby np. przy obowiązku sąsiada do naprawy ściany, na której drugi sąsiad ma prawo opierać swój dom; że w Rzymie wypełnienia tego obowiązku dochodzi się zapomocą *actio in rem*, to nie czyni go jeszcze częścią składową prawa rzeczowego, tłumaczy się zaś tem, iż obowiązek ciąży na każdym sąsiedzie, można więc powiedzieć »*non hominem debere sed rem*«. Tam natomiast, gdzie brak normy absolutnej, niema prawa rzeczowego w przyjętem tu znaczeniu: jeżeli np. przy zastawie na wierzytelności przyjmujemy, że zastawnik ma własne prawo do trzeciego dłużnika, jego zastaw nie jest prawem rzeczowym. Chcąc mu je przypisać, trzeba wierzytelność traktować jako rzecz niezmysłową i na tej rzeczy przyznać mu władztwo bezpośrednie; wykrzywia się przez to i pojęcie rzeczy (I. 318) i pojęcie władztwa. Można dziś atoli zaliczyć do praw rzeczowych także t. zw. prawa na dobrach niematerialnych np. własność autorską, albowiem celem jej jest dać autorowi monopol użytkowania dzieła, a istotę prawa tworzy absolutny zakaz.

B. Poszczególne prawa rzeczowe.

I. Własność.

1. Pojęcie i historia.

182. Własność dziś to stosunek prawny, który rzecz zmysłową w najszerszej mierze poddaje władzy jednostki tzn. wyklucza innych od wpływu, a zastrzega ten wpływ czyli swobodę rozrządzania rzeczą dla właściciela; jeżeli rzecz należy do osoby prawnej, jest w najszerszej mierze oddana na służbę celu, ale stosunek ten można dla uproszczenia przedstawienia uważać za własność osoby prawnej. Istotę stosunku stanowi zakaz, by nikt nie wpływał na rzecz cudzą; zakaz ten nie dotyka właściciela, który przez to zyskuje »władzę« nad rzeczą, bo z jednej strony może sam z niej korzystać, z drugiej strony usunąć może próby mieszania się obcych. W jakich granicach wpływ obcy jest wykluczony, a właścicielowi przyznana swoboda działania, o tem rozstrzygają przedewszystkiem względy dobra publicznego. Jeżeli ten element publiczno-prawny wyłączymy z rachunku, własność okazuje się uprawnieniem najszerszem z wszystkich, które rzecz oddają w służbę jednostki lub celu. Ze względu na ów element publiczno-prawny nie można jej nazwać pełnią władzy nad rzeczą; zwłaszcza przy nieruchomościach liczne przepisy prawa

krępują właścicielowi ręce lub też zmuszają go do znoszenia obcego wpływu czy to w interesie sąsiadów, czy wprost w interesie ogółu. Do stosunków sąsiedzkich wróć; z ograniczeń w interesie ogółu wymienić należy »*riparum usum publicum*« tj. zasadę, że właściciel brzegu musi każdemu pozwolić na używanie brzegu, o ile tego potrzeba do używania rzeki publicznej; obowiązek *vicini proximi* do *viam prae-stare*, jeżeli prowadząca obok jego gruntu *via publica* uległa zniszczeniu — przypadek wywłaszczenia, które zresztą już w dawnym Rzymie miało niewątpliwie szerszy zakres, a dziś stanowi jedną z najważniejszych instytucji dobra publicznego; podobne wywłaszczenie przewidziane przez kompilatorów, si quis *sepulchrum habeat*, *viam autem ad sepulchrum non habeat* (właściciel gruntu musi *praestare iter iusto pretio*); przyznane każdemu przynajmniej od końca 4. wieku po Chr. prawo do poszukiwania *laboriosis effossionibus* minerałów na cudzym gruncie za opłatą dziesięciny na rzecz właściciela gruntu, który według rzymskich pojęć jest także właścicielem złoża minerałów; wreszcie liczne przepisy natury policyjnej np. przepisy 12 tablic, wzbraniające grzebać i palić zwłoki w obrębie *urbis*, przepisy budowlane z czasów cesarstwa itp. Tej władzy, jaka pozostaje właścicielowi, nie można jednak — mimo powyższych ograniczeń — rozkładać na katalog poszczególnych uprawnień. Trzeba poprzestać na stwierdzeniu, że wśród praw prywatnych na rzeczy własność daje najszersze władztwo; katalog uprawnień nie zdoła nigdy wyliczyć ich wyczerpująco zwłaszcza, że w toku rozwoju zmienia się ciągle zakres wymagań dobra publicznego, z drugiej zaś strony tylko taka względność definicji pozwala mówić o własności mimo istnienia cudzych praw na rzeczy (*recte dicimus fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est*). Póki istnieje użytkowanie, władza właściciela prawie że nie istnieje; mimo tego jest on właścicielem, bo wraca do pełnego prawa z chwilą zgaśnięcia użytkowania, podczas gdy użytkowca pozostaje użytkowcą mimo zgaśnięcia własności. Chcąc tę rozprężliwość własności zaznaczyć w określeniu, musi się zaznaczyć, że własność jest prawem najdalej sięgającym w tej dziedzinie, do której nie rozciągają się ograniczenia publiczno-prawne.

183. Własność tak pojęta jest zawsze jedna; nie można w niej odróżniać rodzajów. Nie można przedewszystkiem własności »czasowej« przeciwstawić własności »wieczystej« i odnawiać zarzuconej już w swoim czasie dystynkcji między *dominium revocabile* i *irrevocabile* (por. I. 395, 398). Własność oderwana od kwestyi czasu jest tylko słowem; musimy ją umieścić w kategorii czasu, a wówczas przedstawi nam się jako prawo wieczyste tj. czasowo nieograniczone. Jeśli tę

wstęgę bez końca potniemy na kawałki, wówczas tylko ten kawałek będzie własnością, który nie ma końca; »własność«, o której wiemy, że zniknie np. z nadejściem pewnego terminu, nie posiada tych znamion, które charakteryzują własność prawdziwą, a mniemany »właściciel« czasowy ma tylko prawo na rzeczy cudzej, zbliżone do użytkowania. Tej istotnej różnicy nie usunie zwrot, że ograniczenie czasowe pociąga za sobą ograniczenie treści, ale istnienia własności nie wyklucza; własność, przy której ograniczenie treści jest konieczną i nieuniknioną właściwością, a która nigdy jako pełne prawo wystąpić nie może, nie jest już własnością ograniczoną, lecz prawem innego zupełnie typu. Gdybyśmy zaś ograniczenia właściciela czasowego usunęli, zamieniamy go wprawdzie na właściciela rzeczywistego, ale tem samem drugi interesowany staje się właścicielem przyszłym, przestaje więc być właścicielem; nadzieja uzyskania prawa nie jest jeszcze spodziewanem prawem i nie staje się tem prawem nawet wówczas, gdy tę nadzieję otoczy opieka prawna tzn. gdy się zawiedzionemu pozwoli pociągnąć właściciela do odpowiedzialności np. za zniszczenie rzeczy lub za odstąpienie jej osobie trzeciej, bo te środki prawne opierają się właśnie na założeniu, że pokrzywdzony do własności nie doszedł. Podobnie oceniać należy także odróżnienie własności głównej czyli zwierzchniczej (*dominium directum*) i własności użytkowej (*dominium utile*), porzucone wprawdzie przez dzisiejszą dogmatykę, ważne jednak dla historii własności gruntowej od średniowiecza do czasów dzisiejszych. Prawo rzymskie, w szczególności także prawo Justyniańskie, dawało w pewnych przypadkach temu, kto miał obliczone na dłuższe trwanie prawo na rzeczy cudzej, utilem *actionem in rem*, ukształtowaną na wzór skargi właściciela. Glossa dorobiła do tej skargi podstawę (*matrem actionis*), mianowicie nieznane źródłom *dominium utile*, a konstrukcję tę zastosowała do stosunków lennych i poddańczych. Późniejsze czasy — nie bez wpływu wyobrażenia prawa germańskiego, że właścicielem jest każdy, kto korzysta z rzeczy — złączyły z tą konstrukcją myśl, że własność jest podzielona między tego, kto z rzeczy korzysta, a tego, kto z rzeczą w żadnej nie zostaje styczności, lecz pobiera tylko od owego »właściciela użytkowego« pewne opłaty i jedynie wyjątkowo, po zgaśnięciu własności użytkowej, dochodzi do pełnego prawa. Myśl powyższa wpłynęła w niejednym punkcie na ukształtowanie powyższych stosunków, w szczególności na umocnienie stanowiska wasala itp. Spotykamy ją jeszcze np. w kodeksie cywilnym austr. z r. 1811; dla dzisiejszego prawa nie ma znaczenia, raz dlatego, że teoretyczna jej błędność jest ogólnie uznana, powtóre dlatego, ponieważ rozwój gospodarczy doprowadził

w 19. wieku do uwłaszczenia tych, którzy ziemię mieli istotnie w rękach, więc do zaniknięcia zjawiska, które określano jako własność podzieloną.

184. W czasach historycznych Rzymu własność jest od początku własnością indywidualną. Z wspólnej gospodarki rodów niema w tej własności, jaką spotykamy w najdawniejszych źródłach, żadnych uchwytnych śladów (nawiasowo zauważam, że termin »własność rodowa« grzeszy nieściśłością, bo łączy rzeczownik z przymiotnikiem, który istotne cechy rzeczownika wyklucza), a i rodziny za podmiot własności owych czasów uważać nie można (I. 8). Własność rzymska występuje nadto zd. m. odrazu jako prawo bezwzględne, odpowiadające w zupełności określeniu, jakie dałem wyżej z stanowiska nowoczesnej dogmatyki. W nowszych czasach kwestionuje się często ten jej charakter; nie brak zwolenników poglądu, że dawała ona wogóle tylko ochronę przeciw złodziejowi, a oprócz tego pozwalała nabywcy żądać ochrony od poprzednika, od którego rzecz nabyto (*auctor*). Zaznaczyłem już, że ta próba przeniesienia do dawnego Rzymu wyobrażeń prawa greckiego i germańskiego nie ma w źródłach rzymskich punktu oparcia. Brak terminu — słowa »*dominium*«, »*proprietas*«, pochodzą dopiero z końca republiki — nie dowodzi oczywiście niczego; to też argumentów szukano w rzymskim procesie o własność za legisakcyi. Podniesiono, że słowa powoda »*meum esse aio*« nie mogły oznaczać prawa bezwzględnego, bo skarga oparta na tem »*meum esse*« nie przeciw każdemu odnosi skutek, kto rzecz powoda ma w rękach; stąd wydobyto wniosek, iż »*meum esse*« oznacza tylko zjawisko faktyczne, nie prawo własności. Wniosek ten nie da się utrzymać, skoro od początku nabywca a non domino przez usus dopiero uzyskuje takie stanowisko, jakie ma odrazu nabywca a domino; względną zaś bezskuteczność skargi właściciela łatwo zd. m. wytłomaczyć karną naturą pierwotnej ochrony i wynikającymi stąd właściwościami pierwotnego procesu, które umożliwiają pozwanemu formalne oczyszczenie się z zarzutu bezprawia i na tej podstawie dają mu wygraną. Że do tego nie wystarczy powołać się na auctora, dowodzi już istnienie *usucapionis*; zauważyć zresztą trzeba, że gdyby nawet obrona taka była dostateczną i gdyby powód w tych warunkach nie mógł liczyć na zwycięstwo, to znaczyłoby tylko tyle, że własność pierwotna jest nietrwała i łatwo się kruszy, że od faktycznego stosunku do rzeczy jest więcej zawisła, niż w czasach późniejszych, nie możnaby zaś stąd wywodzić, jakoby była tylko stanem faktycznym, nie uprawnieniem. To też jako główny argument za »względnością« pierwotnej rzymskiej własności przytacza się równość stron

w procesie: skoro nietylko powód występuje z windykacją tzn. z twierdzeniem »meum esse«, ale i pozwany kontrawindykuje tzn. z swej strony powtarza »meum esse aio«, to chodzi widocznie, jak w greckim procesie, o to tylko, kto ma lepsze prawo, nie o to, czy powód jest właścicielem w znaczeniu późniejszym; skutkiem tego ciężar dowodu czy prawo dowodu rozłożone są na obie strony, podczas gdy później dowód należy tylko do skarżącego, który wykazać musi swe prawo bezwzględne, a wykazawszy je wyklucza tem samem istnienie takiego prawa u przeciwnika. Już atoli z stanowiska logiki uznać trzeba, że kwestya dowodu w procesie i kwestya natury spornego prawa są od siebie niezależne: wszak natura prawa nie ulega zmianie, choć dowód będzie tak lub inaczej rozłożony. Jeżeli się od właściciela na początek wymaga tylko pewnego ułamka dowodu np. dowodu, że rzecz kupił, to taki ułamek dać może i pozwany; jeżeli się jednak powodowi pozwoли teraz uzupełnić resztę tzn. istnienie własności, a po takim uzupełnieniu rozstrzygnie na jego korzyść, wówczas własność wytrzymuje zwycięsko każde porównanie t. zn. jest prawem bezwzględnem, nietylko prawem »względnie lepszem« (I. 236), choć w początkowym stadium procesu pozwany miał prawo czy obowiązek dowodu. Mniejsza jednak o dyalektykę; ważniejszym jest to, że w rzymskim procesie legisakcyjnym niema takiej nawet równości stron. Historyczne znaczenie kontrawindykacji leży w tem, że według pierwotnych wyobrażeń obie strony okazać musiały równą wiarę w słuszność swych uroszczeń i równą energię w ich obronie, jeżeli miało wogóle dojść do procesu. Proces to ultima ratio; przed tą ostatecznością żąda się od stron licytacji co do stopnia pewności siebie, a kto przerwie licytację przed dojściem do przepisanej granicy, ten przegrał sprawę bez procesu. Jednym z objawów tej myśli, której łączność z pierwotnym procesem stwierdza także prawo porównawcze, jest właśnie konieczność kontrawindykacji: jeżeli pozwany chce wdać się w spór tzn. nie chce stracić rzeczy bez procesu, musi dać odpór formalnie równy zaczepce, a w dalszym toku postępowania musi zaryzykować równą stawkę (sacramentum). Przedmiotem sporu nie jest jednak »meum esse« jednej i drugiej strony. Spór toczy się o to tylko, czy pozwany iniurią (contra) vindicavit, czy opór jego był uzasadniony, czy przeciwnie udaremnił bezprawnie dochodzenie własności: taki zarzut podnosi skarżący, od tego zarzutu ma się oczyścić pozwany, a że w tym punkcie niema już równości stron, tego najlepszym dowodem jest fakt, iż pozwany nie odpowiada takim samym zarzutem pod adresem powoda, nie twierdzi, by wystąpienie powoda stanowiło »iniuria vindicare«. W ten sposób pytanie co do własności po-

woda występuje w sporze jako pytanie, czy opór pozwanego był bezprawiem: kwestya cywilna zostaje owinięta w kwestyę karną, co z wiadomościami o dawnym prawie rzymskim doskonale harmonizuje (I. 442 n., 465). Jeżeli zaś spróbujemy wydobyć z tej sprawy karnej wnioski dla natury prawa własności, to zobaczymy, że każdy posiadacz cudzej rzeczy, wdający się w spór, traktowany jest jak przestępca, o ile nie wykaże swej niewinności. Na tej podstawie nie można chyba bezwzględnej natury dawnej rzymskiej własności podawać w wątpliwość.

185. W prawie dzisiejszem własność jest zawsze jedna i ta sama; w Rzymie znany dualizm prawa występuje także w odróżnieniu własności cywilnej (dominium ex iure Quiritium — stąd własność kwirytarna) i własności prawa pretorskiego. Własność cywilna, ograniczona może początkowo do res Mancipi, obejmuje potem także res nec Mancipi, zawsze jednak istnieje tylko na rzecz obywateli i tylko na przedmiotach prawa cywilnemu podległych, a do powstania wymaga jednego z sposobów nabycia, uznanych przez prawo cywilne (więc np. mancipacji lub in iure cessionis, jeżeli ma powstać na res Mancipi przez przeniesienie inter vivos). Kto nabył rzecz w inny sposób (np. rem Mancipi drogą tradycji, która oparta była na ius gentium, a prawu cywilnemu znana jako sposób przeniesienia własności tylko co do res nec Mancipi), nie stawał się właścicielem według prawa cywilnego, a tak samo niema własności cywilnej na rzecz cudzoziemca, ani na gruncie prowincjonalnym. W tych wszystkich przypadkach niedopisywały środki ochrony, przez ius civile wytworzone; opiekę dawał pretor na podstawie swego imperium. Dawał ją przede wszystkim peregrinom, którzy uzyskali monopol prawny na podstawie własnego ius civile lub rzymskiego ius gentium; techniki ochrony nie znamy, ale fakt ochrony jest niewątpliwy, skoro służy im np. zastrzeżona w prawie rzymskim właścicielowi skarga ex lege Aquilia z powodu uszkodzenia rzeczy, przerobiona dla peregrina przez dodanie fikcji »si civis esset«. Podobną ochronę daje prawo pretorskie tym, którzy po podboju rzymskim zatrzymali (agri redditi: I. 35) lub na zasadzie ius gentium uzyskali władzę nad gruntem prowincyi. Władzę tę określa Gaius 2, 7 słowami »possessio et ususfructus«; sięga ona jednak mimo tego równie daleko, jak własność rzymska, i korzysta z skargi, wzorowanej na skardze z własności cywilnej, a oznaczanej w źródłach klasycznych tą samą nazwą »vindicatio«; że się populum względnie panującego pojmuje jako właściciela, to tylko forma myślenia, która ma usprawiedliwić nałożenie na ziemię prowincjonalną ciężarów publicznych. I tam jednak, gdzie nie było sub-

iektywnych ani objektywnych przeszkód powstania własności kwirytarnej, dawała się nieraz odczuwać potrzeba ochrony pretorskiej. Jeżeli właściciel kwirytarny nie dokonał mancytacji ani in iure cessionis, lecz wręczył tylko rem mancipi nabywcy, nabywca nie stawał się właścicielem, był więc wobec skargi poprzędnika bezbronny i nie miał środków do odzyskania rzeczy, gdyby ją utracił; prawo cywilne otwierało mu drogę do nabycia własności przez zasiedzenie, ale aż do upływu zasiedzenia zostawiało go bez ochrony. Pretor daje mu ochronę i czyni go przez to właścicielem bonitarnym — nazywa wzięta stąd, iż klasycy stanowisko takiego nabywcy określali słowami »rem in bonis habet«. Nabywca dostaje pretorską skargę (actio Publiciana), przeróbkę skargi z własności cywilnej, tak przeciw właścicielowi kwirytarnemu, jak i przeciw trzecim, a w razie potrzeby dostaje ekscępcję wobec skargi właściciela kwirytarnego. Kiedy edykt stworzył te środki — spotykamy je całkowicie wykształcone już z początkiem cesarstwa u Sabina — wówczas co do res mancipi »divisionem accepit dominium« (Gaius 2, 40): mamy w teorii podwójną własność na jednym przedmiocie, ale panem jest w rzeczywistości właściciel bonitarny, który prawo swe może także przenosić np. drogą tradycji, podczas gdy właściciel kwirytarny ma tylko nudum ius Quiritium tzn. tytuł właściciela, a drobne ułamki prawa służą mu tylko co do niewolników (I. 250: do pełnego wyzwolenia trzeba i jego woli, a patronem staje się w tym razie właściciel cywilny). Wszystkie powyższe różnice znikają w prawie Justyniańskim. Zostaje jedna własność, przy której nabyciu dawne przepisy prawa ściśle narodowego żadnego nie mają znaczenia, którą tedy jako własność iuris gentium względnie prawa pretorskiego określić można.

2. Nabycie i utrata własności.

186. Mimo napisu mówić tu będę tylko o nabyciu własności, bo utrata albo schodzi się z nabyciem albo też stwarza rem nullius tzn. jeden z warunków nabycia własności przez zawłaszczenie. Z przypadków nabycia uwzględniam tutaj tylko nabycie pod tytułem szczególnym tzn. nabycie własności jako takiej; o nabyciu własności jako następstwie nabycia pod tytułem ogólnym przy egzekucji (I. 481 n.) i dziedziczeniu wspominałem już, a do dziedziczenia wrócę w prawie spadkowym. Przy nabyciu pod tytułem szczególnym najważniejszą dla dogmatyki jest różnica między nabyciem pierwotnym i pochodnym (I. 501 n.); traktując rzecz historycznie wyjść należy od różnicy między ius civile i ius gentium z jednej, ius civile, ius honorarium

i prawem cesarskim z drugiej strony. Każdy z tych dwóch kontrastów obejmować właściwie winien wszystkie sposoby nabycia; rzymscy prawnicy kombinują jednak rzecz tak, że osobno przedstawiają nabycie według dawnego prawa narodowego bez udziału edyktu, osobno nabycie ex iure gentium, które zyskało uznanie prawne bez interwencji magistratury, osobno wreszcie te sposoby nabycia, których uregulowaniem zajęło się prawo pretorskie względnie prawo cesarskie.

A. Dawne ius civile.

187. Według prawa tego określa się przedewszystkiem nabycie własności na res mancipi. Należą tu pierwotne nabycie gruntu italskiego na podstawie aktu władzy państwowej (np. przez przydział indywidualny dla kolonistów: ager divisus et assignatus) oraz także nabycie ruchomości (np. jeńców wojennych, którzy sub corona venibant); nabycie jest w tych przypadkach pierwotne, bo państwo nie jest wówczas właścicielem w znaczeniu prawa prywatnego, a i w prawie późniejszym nabycie od fiskusa ma charakter nabycia pierwotnego (I. 500 n.), choć fiskus jest osobą prawniczą. Ważniejsze są sposoby nabycia pochodnego. Pomijając pochodne nabycie drogą zapisu, o którym będzie mowa w prawie spadkowym, omówić tu należy mancytację, in iure cessionem oraz adiudicationem (przysądzenie); zachodzące ewentualnie przy nabyciu braki usuwa najważniejszy z pierwotnych sposobów nabycia tj. usucapio.

188. Formę mancytacji i in iure cessionis oraz ich rozwój historyczny przedstawiłem już poprzednio; zwróciłem także w innym miejscu (I. 347) uwagę na abstrakcyjny ich charakter. Obligacyjne skutki tych aktów, w szczególności odpowiedzialność mancypującego, przedstawię w nauce o zobowiązaniach; co do skutków rzeczowych podkreślić należy następujące punkta:

a) Pozbywający rzecz musi być właścicielem kwirytarnym i mieć pełną zdolność do działania. Wyjątek od drugiego warunku zachodzi o tyle, że przy ograniczonej zdolności brak może być uzupełniony auctoritate tutoris względnie consensu curatoris, a za niezdolnego może aktu dokonać powołany na podstawie ius civile zastępca ustawowy (I. 412); jedno i drugie oczywiście tylko wówczas, gdy na przeszkodzie nie stoi zakaz alienacji.

b) I właściciel zdolny do aktu nie może przenieść własności, jeżeli zakaz alienacji przeniesienie uniemożliwia. Przykładem takiego zakazu jest od początków cesarstwa przepis o gruncie italskim jako

posagowym: mąż nie może go pozbyć, więc i mancypować »quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum« (Gaius 2, 63).

c) Wiadomo już, że dołączenie warunku do mancypacji i in iure cessio pozbawia akt skuteczności; inna kwestya, czy w pewnych przypadkach przejście własności nie zawisło z woli ustawy od spełnienia się jakiegoś warunku. Justynian w I. 2, 1, 41 uczy, że przy venditio et traditio własność przechodzi na nabywcę tylko wówczas »si venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit« i odnosi tę zasadę do ust. 12 tablic. Znaczenie jej dla tradycyi omówię w dal-szym ciągu; skoro przyjmujemy, że takie zawieszenie przejścia własności znała ust. 12 tablic, to musimy przypuścić, że odnosiła je do mancypacji. Cel takiego przepisu zrozumieć łatwo: choć liczenie czy ważenie ceny usunięto poza ramy aktu, ustawa utrzymać chce mimo tego dawny stan prawny. W każdym atoli razie zasada ta nie obowiązuje przy mancypacji klasycznej, która ma charakter abstrakcyjny, przy której zatem causa vendendi nie może być inaczej traktowana, jak causa donandi itp.; źródła mówiące o tradycyi są dla mancypacji bez znaczenia, bo jeśli przypuścimy, że tradycję interpolowano, to zmiana ta mogła wpłynąć i na treść ustępu. Wynika stąd, że rozwój prawa usunął wcześniej przy mancypacji tę przeszkodę nabycia; przemawia za tem i fakt, że przeszkoda ta nie mogła istnieć przy in iure cessio. Usunięcie nastąpiło prawdopodobnie przez wprowadzenie do formularza mancypacji słów »isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra«. Uważa się je dziś za późniejszy dodatek: wręczenie na podstawie tego dodatku kawałka metalu czy — potem — nummi unius jest wypłatą ceny, jaka się należy przy »imaginaria« venditio, i umożliwia bezzwłoczne nabycie własności. Dodatek służy tedy do obejścia ustawy; wynalezienie go odpowiada charakterowi dawnej rzymskiej jursprudeneyi.

d) In iure cessio stosuje się także do res nec Mancipi. Ponieważ akt należy do ius proprium civium Romanorum, wynika stąd, że własność na res nec Mancipi jest również własnością kwirytarną, o ile tego nie wyklucza przeszkoda subiektywna (peregrinus) ani obiektywna (fundus provincialis).

189. Adiudicatio to przyznanie własności przez orzeczenie sędziego, wydane na skutek skargi o rozdział wspólności; udział władzy pozwala zestawić je z in iure cessio, a stąd pochodzą wątpliwości jurystów, czy można rzecz przysądzić od pewnego terminu (Vat fr. 49). Zazwyczaj orzeczenie sędziego nie tworzy praw ani nie przenosi ich z jednej osoby na drugą, lecz stwierdza tylko istnienie prawa lub

istnienie obowiązku do przeniesienia. Gdy jednak szło o uchylenie wspólności spadkowej, potem także, gdy szło o rozdział współwłasności, pod pewnymi warunkami i przy sporach granicznych, prawo rzymskie upoważnia sędziego do przeprowadzenia podziału lub rozgraniczenia w ten sposób, iż pewne kawałki wspólnej rzeczy względnie spornego pasa przyzna poszczególnym uczestnikom albo też całość przysądzi jednemu, a wyrównanie przeprowadzi, nakładając obowiązek do odpowiednich spłat w pieniądzu. Komu część rzeczy lub rzecz całą przysądzono, staje się odrazu jej wyłącznym właścicielem. Pojmując wspólność jako rezultat kolizyi kilku praw na jednym przedmiocie, możnaby uważać przysądzenie poprostu za przyczynę zgaśnięcia praw konkurentów na tem, co jednemu przyznano; skutkiem przysądzenia byłoby wówczas nie nabycie własności, lecz odpadnięcie ograniczeń. Rzymianie, a za nimi i prawa nowoczesne, pojmują rzecz inaczej: widzą tu przeniesienie praw konkurentów na tego, komu przysądzono kawałek lub całość, a wskutek tego mówią przy przysądzeniu o nabyciu własności, co rezultatu praktycznego nie zmienia, a lepiej odpowiada wyobrażeniom obrotu o przenoszeniu udziałów. Przy przeniesieniu tem sędzia orzeczeniem zastępuje czynności stron; nabycie ma jednak mimo tego naturę pochodną tak samo, jak gdyby przeniesienia dokonały strony. Gdyby skutkiem błędu dział przeprowadzono między posiadaczami bona fide »de alienis fundis quasi de communibus«, ten, komu rzecz przysądzono, staje się tylko posiadaczem; własność uzyska dopiero przez zasiedzenie. Wogóle zaś, jeżeli przysądzenie ma wytworzyć własność kwirytarną, trzeba do tego — oprócz znanych warunków podmiotowych i przedmiotowych — jeszcze, aby orzeczenie wydano w iudicium legitimum (I. 101). Jeżeli sprawa toczy się w sferze imperii, przysądzenie przenosi własność tylko na podstawie ius honorarium (adiudicationes tuetur praetor). Za Justyniana różnica ta należy do przeszłości, choć przytoczone dopiero co słowa Paula powtórzyła kompilacya.

190. Usucapio odnosi się początkowo do przypadków, w których dokonano mancypacji, ale mancypacya nie przeniosła własności, bo np. mancypujący nie był właścicielem lub też nie miał potrzebnej zdolności do działania, albo świadek nie był civis itp. Związku z mancypacją dowodzą najdawniejsze źródła, które łączą usus z auctoritas tzn. z tą gwarancją, jaką pozbywający przy mancypacji bierze na siebie: tak już ust. 12 tablic w słowach »usus auctoritas fundi bien-nium, ceterarum rerum annus«, których znaczenie jest niewątpliwie to, że usus daje auctoritatem i gwarancję pozbywającego czyni niepotrzebną; tak lex Atinia z 2. połowy 6. w. ab U. c., która usuca-

pionem co do res furtivae wyklucza w słowach »quod subreptum est, eius rei aeterna auctoritas esto«. Nabywca nie staje się w takich przypadkach właścicielem; jeżeli jednak utrzyma się przez czas dłuższy przy rzeczy, prawo legalizuje stan faktyczny. Przytoczony przepis ust. 12 tablic uznaje tempus pro auctore, byleby rzecz przez rok względnie dwa lata pozostała pod władzą nabywcy, którą się określa z punktu widzenia gospodarczego jako »usus«; później dopiero w miejsce »usus« wchodzi »possessio« i zaczyna się praca nad prawniczem ujęciem tej władzy. Początek usucapionis tłumaczy granice jej zastosowania. Daje ona własność według ius civile, możliwa jest więc tylko tam, gdzie zachodzą subiektywne i obiektywne warunki zastosowania iuris civilis. Nabywcą musi być civis, a nabywca ten powoływać się może na usucapionem tylko wobec obywatela, które to zasady wyraża prawdopodobnie przepis ust. 12 tablic: »adversus hostem aeterna auctoritas esto«; przedmiotem może być taka tylko rzecz, na której może istnieć własność prywatna ex iure Quiritium, co wyklucza usucapionem np. co do forum i bustum (res extra patrimonium), a tłumaczy zd. m. również przepis ust. 12 tablic, usuwający z pod usucapio pas graniczny intra quinque pedes, przepis utrzymany później w mocy już nie pod wpływem pewnych wyobrażeń religijnych, lecz ze względu na gospodarcze przeznaczenie takiego confinium. Pozytywnie wyklucza prawo usucapionem już to dla ochrony pewnych interesów, już też z tej przyczyny, że niekażdemu posiadaczowi cudzej rzeczy chce dać opiekę. Do pierwszej kategorii należy znany już przepis co do rzeczy kobiety, pozbytych bez współudziału opieki (I. 293); inne przepisy tego rodzaju, wykluczające usucapionem np. co do res fiscales, res dominicae (panującego), według Justyniana także co do rzeczy kościołów i piarum causarum, są znacznie późniejsze i małą mają doniosłość dla historii prawa. Ważniejsza jest kategoria druga, do której należy przedewszystkiem wspomniany już przepis najpierw ust. 12 tablic, potem legis Atiniae, o res furtivae. Furtum dawnego prawa jest pojęciem bardzo szerokiem. Przyjmowano je także co do nieruchomości, czego bronił jeszcze Sabinus, powołując się na mores antiqui; zacieśnienie do ruchomości uznano dopiero w początkach cesarstwa, a ewolucja pojęcia datuje się dopiero od ostatnich czasów republiki (z początkiem ostatniego wieku przed Chr. lex Plautia wyklucza usucapionem co do res vi possessae, co wskazuje, że dawny przepis o res furtivae traci już co do gruntów moc obowiązującą). Co więcej, za furtum uważa się jeszcze w czasach klasycznych każde działanie, które określić można jako świadomie bezprawne (cum adfectu furandi) przywłaszczenie sobie cudzej

rzeczy. Pierwotnie nie wymagano zapewne i adfectus furandi; choć jednak oprzemy się na pojęciu klasycznym, to i tak furtum obejmuje całą masę przypadków, w których dziś niema kradzieży. Furtum dopuszcza się nie tylko ten, kto zabrał rzecz z cudzego posiadania, ale i ten, kto ją otrzymał jako zapłatę rzekomego długu, wiedząc, że wierzycielem jest kto inny i że dłużnik errat in persona, a tak samo ten, kto otrzymawszy ją w prawny sposób (np. na zabezpieczenie długu) potem bezprawnie i świadomie »alienam rem vendidit et tradidit« (Gaius 2, 50) lub tradował ex alia causa np. na wyrównanie swego długu itp.; jest to pojęcie, z którego wynika prawdopodobnie i pierwotna odpowiedzialność pozwanego posiadacza, albowiem widoczne są ślady, że tego, który iniuria contravindicavit tzn. wdał się w spór, traktuje się na równi z złodziejem (I. 442 n.). Dodajmy, że skutkiem furtum res staje się furtiva, a to vitium rei wyklucza usucapionem nie tylko z strony złodzieja, lecz także z strony późniejszych uczciwych nabywców; dodajmy, że przerobienie rzeczy — przynajmniej według ostatnich jurystów klasycznych — nie usuwa vitium, że wreszcie wadliwość rozciąga się i na fructus, o ile dotknięte były działaniem stanowiącym furtum, więc w każdym razie, jeżeli np. przychówek zwierząt był wydany apud furem, według surowszego poglądu już wówczas, jeżeli był poczęty apud furem: wynika z tego wszystkiego, że przepis o res furtivae stanowił skuteczną zaporę usucapionis w wszystkich przypadkach, w których posiadacz nie zasługiwał na ochronę, a nawet poza granicami tych przypadków. Jeszcze Gaius (I. c.) pisze »non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat« i z pewnym mozołem wyszukuje przypadki, w których »hoc aliter se habet« (np. jeśli dziedzic sprzeda rzecz złożoną u spadkodawcy, uważając ją błędnie za część składową spadku); to też już za republiki pojawia się widoczna tendencja do zacieśnienia zakresu vitium. Spotkaliśmy ją już w lex Plautia co do nieruchomości, gdzie »res vi possessa« obejmuje znacznie mniej przypadków, niż »res furtiva«; dalszym jej objawem jest przepis l. Atiniae i Plautiae, »res furtiva«; dalszym jej objawem jest przepis l. Atiniae i Plautiae, usuwający przeszkodę, skoro rzecz wróci »in potestatem eius cui subrepta est«. Przepis ten interpretują juryści w sposób, rzucający jasne światło na kierunek rozwoju: przeszkoda znika, skoro rzecz wróci in potestatem domini, choćby okradzionym był kto inny, a powrót przyjmuje się już wówczas, »si vindicandae rei potestatem habuerit«. Ostatnia zasada oznaczałaby niemal porzucenie dawnego przepisu, gdyby się ją brało dosłownie; już glossa jednak odnosi ją do przypadku, gdy pozwany zapłacił skarżącemu właścicielowi litis aestimationem. Z temi ograniczeniami obowiązuje przepis 12 tablic i w pra-

wie Justyniańskim; podobny charakter ma postanowienie l. Iuliae repetundarum z czasów Cezara, wykluczające usucapionem tego, co wbrew ustawom o zdzierstwach darowano naczelnikowi prowincyi, aż wróci »in potestate eius, a quo profectum est«.

191. Zmiana prawa rozpoczyna się z chwilą, gdy konieczność mancytacji porzucono. Łączy się to z uznaniem tradycyi za sposób nabycia własności rzymskiej na res nec mancipi, czego następstwem było najpierw zastosowanie w tym przypadku usucapionis, potem dopuszczenie jej i wówczas, gdy res mancipi wręczono tylko nabywcy (własność bonitarna). Tradycya była pierwotnie kupnem realnem, choć nieformalnem: dowodzi tego nie tylko fakt, że jeszcze w późnych źródłach emere jest często równoznaczne z tradere, ale i to, że już po rozdzieleniu kupna od tradycyi wręczenie z tytułu kupna wykazuje szereg właściwości, o których zaraz będzie mowa (titulus pro emptore i pro soluto; por. co do bona fides niżej s. 19), a które o dawnym związku wyraźnie świadczą. Okazać się jednak wnet musiało, że wręczenie rzeczy służyć może różnym celom gospodarczym, a stąd wynika konieczność bliższego określenia tych okoliczności, na podstawie których prawo złączyć może z tradycją nabycie własności. Nabycie takie nastąpi np., jeżeli rzecz wręczono na podstawie ważnego kontraktu kupna, przy ustanowieniu posagu, przy zapłacie długu itp.; otóż te okoliczności, które usprawiedliwiają wolę przeniesienia własności po stronie tradenta, oznaczają się jako iusta causa i od istnienia tej iusta causa czyni się zawisłym nabycie prawa. Jeżeli zaś mimo tradycyi własność nie przeszła, jeżeli zatem dopiero usucapio ma nabywcę przemienić w właściciela, wówczas wymaga się również, by takie okoliczności usprawiedliwiały jego stanowisko wobec rzeczy, a usprawiedliwienie to, od którego zawisła usucapio, określa się jako iustam causam usucapionis. Iusta causa traditionis usprawiedliwia czynność tradenta, iusta causa usucapionis jest także usprawiedliwieniem stanowiska odbiorcy; różnica punktu widzenia objawia się w terminologii, bo tam mówi się, że tradycya nastąpiła ex causa emptionis itp. (Gaius 2, 20), tu stanowisko nabywcy określa się zwrotami pro emptore, pro donato itd. W obu przypadkach chodzi jednak początkowo o to samo zjawisko, a konieczność iustae causae uznaje się w obu kierunkach dość wcześnie za republikę; dopiero potem rozchodzą się drogi rozwoju. Przy tradycyi widzieć wcale prędko zmianę pojęcia iustae causae w duchu subiektywnym, do której będę miał wnet sposobność wrócić. Przy iusta causa usucapionis, którą późniejsze źródła zowią »titulus usucapionis«, modyfikację wywołuje przede wszystkim to, że usum zaczęto w później-

szych wiekach republiki pojmować jako posiadanie rzeczy, zatem początek usucapionis jako nabycie posiadania. Ponieważ posiadanie można nabyć bez tradycyi, zatem nauka o iusta causa odrywa się od tradycyi; mówi się o iusta causa, choć tradycyi nie było, a konieczność iustae causae ujmuje się w formułę, że do usucapio wymagana jest ogólnie iusta possessio. W następstwie zaś i przy tytule usucapionis, lubo znacznie później, niż przy tradycyi, zaczyna się kłaść główny nacisk na pierwiastek subiektywny — przy tradycyi po stronie tradenta, przy usucapio po stronie posiadacza; początkowe pojęcie jest zupełnie odmienne. Jeżeli zostawimy na boku znacznie zresztą późniejszą usucapionem rzeczy spadkowych pro herede, która wiąże się ściśle z dawniejszą usucapio hereditatis i dopiero w prawie spadkowym może być należycie wyjaśniona, widzimy, że tytułem jest najpierw ważny akt prawny inter vivos, którego treść gospodarza usprawiedliwia posiadanie i uzasadnia usucapionem. W tych granicach treść gospodarza aktu może być bardzo rozmaita: ta różnaitość odróżnia tytuły od siebie i daje im nazwy. Mamy więc tytuł pro emptore, jeżeli tradycya opiera się na kontrakcie kupna, tytuł pro donato przy darowiznie, tytuł pro dote, jeśli rzecz wręczono mężowi celem ustanowienia posagu, który według zasad rzymskich stawał się jego własnością itd.; tradycya celem zapłaty długu daje tytuł pro soluto, a tylko przy zapłacie długu z kontraktu sprzedaży przyjmuje się — wbrew logice — tytuł pro emptore, co jest resztą dawnego związku między tradere i emere; wogóle każdy układ o przeniesienie własności tworzy iustam causam, choćby mu nie dano specjalnej nazwy (p. np. Julian D. 41, 3, 33, 3: »si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit«; inny taki przypadek pod nazwą tytułu »pro suo« u Juliana Vat. fr. 111 co do rzeczy wręczonych narzeczonemu na posag ante nuptias). Na równi z tradycją tytułowaną stają jednak wkrótce inne przypadki nabycia posiadania z wolą dotychczasowego władcy, jak w szczególności nabycie posiadania rzeczy zapisanej przy zapisie per vindicationem tzn. przy takim zapisie, który legataryuszowi dać mógł własność od razu, bez przeniesienia z strony dziedzica (titulus pro legato); w dalszym zaś ciągu przyjmuje się słuszny tytuł i wówczas, gdy akt woli dotychczasowego pana zastąpiony został aktem władzy np. przy przysądzeniu rzeczy w procesie działowym (titulus pro adiudicato; p. wyżej s. 11) lub przy dekreście zarządzającym ductionem występnego niewolnika, skoro jego właściciel nie chce wdać się w proces noksalny (przypadek ten wychodzi już poza ius civile i jest jednym z objawów spływania się tego prawa z ius honorarium). Aż dotąd naprawia usucapio braki nabycia pochodnego;

poza tę granicę zdają się wychodzić juryści rzymscy tylko przy tytule pro derelicto. Zachodzi on wówczas, gdy ktoś objął w posiadanie porzuconą rem mancipi lub rzecz porzuconą przez tego, kto nie był jej właścicielem; odstępstwo jest jednak pozorne, bo i tu wola poprzednika robi miejsce dla następcy, a prawo Justyniańskie nie bez racyi zestawia ten przypadek z darowizną. Dopiero kompilacya wprowadza usucapionem także w przypadkach nabycia czysto pierwotnego »cum dominium nobis adquiri putamus et ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur« np. jeżeli ktoś owładnął cudzem zwierzęciem w przekonaniu, iż odzyskało naturalem libertatem i do nikogo nie należy. Przypadki tego rodzaju łączą kompilatorowie pod nazwą tytułu pro suo, pozostawiając zresztą bez zmiany klasyczny tytuł pro derelicto; klasycy znają wprowadzić tytuł pro suo w niektórych przypadkach tradycyi (p. wyżej Vat. fr. 111), zazwyczaj jednak zwrotem tym określają nie ten lub ów tytuł usucapionis, lecz jedynie kwalifikację posiadania, opartego na tytule i przez to nadającego się do usucapio (Ulp. D. 41, 10, 1 pr.: »ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo«). Prawo Justyniańskie w drugim jeszcze punkcie odbiega od zasad klasycznych. Dla klasyków tytułem jest przede wszystkim ważna i skuteczna czynność prawna (według dzisiejszej terminologii titulus verus), która nie doprowadziła do nabycia własności skutkiem zewnętrznych przeszkód. Nie wystarcza np. kontrakt kupna z obłąkanym, takiż kontrakt nieważny wskutek zakazu alienacyi (dalej idące zdanie, iż zakaz alienacyi wogóle wyklucza usucapionem, nie jest zd. m. uzasadnione, bo źródła wykluczają usucapionem tylko tam, gdzie posiadanie opiera się na alienacyi zabronionej, nie wykluczają jej u dalszych nabywców), kontrakt pod warunkiem zawieszającym przed spełnieniem się warunku; tem bardziej niema mowy o tytule, jeżeli posiadacz »modo emptum vel donatum sibi existimaverit«. Tytuł jest wówczas obiektywnem usprawiedliwieniem posiadania, którego nie zastąpi błąd posiadacza; z tej samej racyi błędne przekonanie o braku tytułu nie szkodzi, jeżeli tytuł istnieje (si vir uxori donaverit si aliena res donata fuerit, verum est ... si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere: Trebatius-Pomponius D. 41, 6, 3). Już atoli prawo klasyczne uznaje pewne wyjątki, dopuszczając usucapio np. w razie kupna sine tutoris auctoritate od niedojrzałego, którego kupujący uważa za dojrzałego, lub kupna od obłąkanego, którego się uważa za zdrowego, albo »si non iure legatum relinquatur vel... ademptum sit«, gdzie pogląd taki »post magnas varietates optinuit«. W tych przypadkach mamy usucapionem mimo braku tytułu, bo nieważny kontrakt czy

zapis usprawiedliwia subiektywny błąd posiadacza i tworzy podstawę jego dobrej wiary, przestaje jednak być obiektywnem usprawiedliwieniem posiadania; Julian ujmuje to w formułę, że brak tytułu stanowi przeszkodę tylko wówczas »si nullam iustam causam... erroris emptor habeat«, i na tej podstawie dopuszcza usucapio »si forte servus aut procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit« (D. 41, 4, 11). Kompilatorowie, którzy stworzyli tytuł pro suo przy pierwotnem nabyciu, gdzie mógł mieć tylko znaczenie subiektywnego usprawiedliwienia, podciągnęli pod tę rubrykę wszelkie przypadki, które dadzą się podciągnąć pod formułę Juliana (D. 41, 10, 5); z zasad początkowych zostało tyle, że kontrakt nieważny wskutek zakazu alienacyi nie wystarczy. Wystarczy natomiast, aby tytuł istniał jedynie w wyobraźni posiadacza; wymaga się tylko tyle, by błąd posiadacza co do istnienia tytułu był usprawiedliwiony (L. 373). Ogólne dopuszczenie usucapionis na podstawie takiego tytułu, który się za glossą oznacza nazwą »putativus«, zmienia zasadniczo charakter tytułu jako warunku usucapionis. Tytuł łączy się teraz organicznie z warunkiem dobrej wiary, a połączenie to prowadzi do konstrukcyi, że do usucapio potrzebna jest tylko dobra wiara, byleby tę dobrą wiarę usprawiedliwiały okoliczności, określone jako tytuł. Przy tej konstrukcyi dobra wiara nie pochłania jeszcze w sobie tytułu, bo z jednej strony może jej brakować nawet przy titulus verus, z drugiej strony może ona istnieć mimo braku tytułu, gdy błąd posiadacza co do istnienia tytułu nie da się usprawiedliwić (zachodzi np. w tym punkcie error iuris). Dobra wiara jest sprawą wyłącznie subiektywną, tytuł ma charakter obiektywny nawet wówczas, gdy służy tylko do usprawiedliwienia dobrej wiary; praktycznie różnica objawia się w tem, że tytuł trzeba udowodnić, podczas gdy co do dobrej wiary dowodu, jak zobaczymy, nie potrzeba. Mimo tego jednak tytuł w rozumieniu kompilacyi różni się wybitnie od tytułu początkowego: jest przepojony subiektywizmem, a konsekwencją zmiany jest i to, że kompilacya wyklucza usucapionem w razie błędnego przekonania o braku tytułu. Nie usunęli zresztą kompilatorowie śladów poglądu dawniejszego (p. np. co do tytułu pro donato Paulus D. 41, 6, 1 pr.: »nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet«); łatwo przeto pojąć, że w dogmatyce obok prądu zgodnego z myślą kompilacyi występuje także prąd przeciwny, który obstaje przy titulus verus, a titulum putativum traktuje jako wyjątek od reguły.

192. Z ustępu poprzedniego wynika, że dobra wiara jest późniejszym warunkiem usucapionis; przemawia za tem i ogólne prawo, że na nastroje wewnętrzne zaczyna prawo na wyższym stopniu

rozwoju zwracać uwagę. Spotykamy wprawdzie (Vat. fr. 1) wzmiankę, że już *veteres* za republiki liczyli się z złą wiarą, ale wzmianka ta nie jest dokładna, bo w przypadku, do którego się odnosi (*alienacya res Mancipi* kobiety bez *auctoritas tutoris*), dla owych *veteres* istniała obiektywna przeszkoda *usucapionis*. Inne źródła wskazują jasno, że warunek ten ustala się w nauce dopiero z początkiem cesarstwa. Labeo sprowadza brak dobrej wiary do braku tytułu i *iustae possessionis*, nie uznaje więc dobrej wiary za odrębny warunek *usucapionis*; jeszcze Julian pisze D. 41, 3, 33, 1: »*si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore*« t. zn. wyklucza u nabywcy tytuł *pro emptore* czyli *iustam causam*, co łączy się zapewne z jego poglądem, że dobra wiara starczy za tytuł (*titulus putativus*). Późniejsi klasycy porzucili tę myśl i traktują dobrą wiarę jako warunek zupełnie odrębny (Paulus D. 41, 4, 2, 1: »*qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat*«); dobrą wiarę zaś przyjmują wówczas, gdy posiadacz jest pozytywnie przekonany, że posiadaniem swem nikogo nie krzywdzi. Przy własności *bonitarnej* warunek ten istnieje, choć posiadacz zna prawdziwy stan rzeczy; w innych przypadkach *usucapionis* dobra wiara opiera się na błędzie posiadacza. Z nauki o tytule wiemy, że błąd co do istnienia tytułu musi być usprawiedliwiony, bo tylko wówczas stanowi surogat tytułu; błąd co do innych punktów (np. co do własności poprzednika) wystarcza zd. m. i wtedy, gdy jest błędem co do prawa (*error iuris*). Jeżeli na podstawie błędu powstało u posiadacza określone przed chwilą pozytywne przekonanie, zachodzi po jego stronie dobra wiara. Brak jej, jeśli ten, kto otrzymuje rzecz jako zapłatę, uważa wprawdzie płacącego błędnie za właściciela rzeczy, ale wie, że dług nie istnieje (w tym razie brak dobrej wiary tworzy zarazem brak tytułu); może ona natomiast istnieć, choć się wie o braku własności u poprzednika (Pomponius D. 41, 7, 5 pr.: »*si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, me usucapturum constat*«). Zawsze atoli konieczne jest pozytywne przekonanie o braku przeszkody: kto nie ma pozytywnej wiadomości o przeszkodzie, ale nie ma również pozytywnego przekonania w kierunku przeciwnym, jest w złej wierze. Ignorare do dobrej wiary nie wystarcza. Źródła poprzestają na niem tam, gdzie pozytywne przekonanie można określić także jako *ignorare*; jeżeli np. posiadacz kupując rzecz myślał, że kupuje od właściciela, można to wyrazić także słowami »*ignoravit rem alienam esse*«. Jeżeli atoli kupując 10 niewolników kilku uważam za cudzych, ale nie wiem, co do których zachodzi przeszkoda (*ignorem, qui sint alieni*), »*neminem usucapere possum*«; jeżeli wiem (*si qui sint sciam*), zasiedzę resztę, choć żaden

z nich nie należał do sprzedawcy. Naodwrot może się zdarzyć, że zła wiara jest tylko następstwem błędu, bo w rzeczywistości przeszkoda nie istnieje; źródła nie rozstrzygają tego przypadku, ale stanowisko kompilacyi co do błędnego przekonania o braku tytułu wskazuje, że i taka zła wiara wyklucza w prawie Justyn. *usucapionem*. Ten przypadek prowadzi nas do drugiego zasadniczego pytania: czy istnienie dobrej wiary uważać należy za pozytywny warunek *usucapionis*, czy przeciwnie złą wiarę pojmować jako okoliczność, która tworzy *vitium possessionis* i wyklucza nabycie własności przez posiadanie? Z stanowiska kompilacyi musi się zd. m. pojmować złą wiarę jako *vitium*, bo błędne przekonanie o braku tytułu taki tylko może mieć charakter i tylko dlatego uznane jest za przeszkodę *usucapionis*. Płyne stąd doniosłe praktycznie правило, że posiadacz nie potrzebuje dowodzić swej dobrej wiary, lecz przeciwnik musi mu złą wiarę wykazać, co nowoczesne ustawodawstwa wypowiadają często w formie zasady, iż za istnieniem dobrej wiary przemawia domniemanie, a zatem posiadacza należy tak długo uważać za posiadacza *bona fide*, dopóki nie będzie wykazane przeciwieństwo. Prawidło powyższe uznawane było zd. m. już przez jurystów klasycznych i stanowiło prawdopodobnie podstawę poglądu Juliana, że zła wiara jest negacyą tytułu; w prawie Justyniańskiem kreśli ono granicę między *titulus putativus* a warunkiem dobrej wiary, bo posiadacz musi wykazać okoliczności, które usprawiedliwiają jego błąd co do istnienia tytułu. Trzecie wreszcie i ostatnie pytanie dotyczy chwili, która rozstrzyga o dobrej lub złej wierze posiadacza jako warunku względnie przeszkodzie *usucapionis*. Chwilą tą jest nabycie posiadania; tylko co do tytułu *pro emptore* czytamy o różnicy zdań między Sabinianami i Prokulianami, albowiem jedni stosowali i w tym przypadku ogólne правило, drudzy poprzestawali na dobrej wierze w czasie zawarcia kontraktu kupna, opierając się zapewne na brzmieniu edyktu, w którym pretor posiadaczowi w dobrej wierze przyrzeka skargę i określa go słowami »*qui bona fide emit*«. Wątpliwości musiały powstać, kiedy *emere* = *tradere* rozszczepiło się na dwa odrębne akty; usuwają je ostatni klasycy, może nawet dopiero kompilatorowie, wymagając dobrej wiary i w chwili kontraktu kupna i w chwili tradycyi. W tym przypadku i w tych granicach *mala fides superveniens nocet*; poza tem rozstrzyga *initium possessionis*. Są wprawdzie ślady, że przy nabyciu pod tytułem darmym późniejsza zła wiara przerywała *usucapionem* (I. 509); Justyniańskie prawo podciąga jednak i ten przypadek pod ogólną zasadę, którą przyjęły także prawa nowoczesne, podczas gdy porzucenie zasady w *usus modernus* idzie wyłącznie na rachunek wpływu prawa

kanonicznego. Osobno wspomnieć należy o warunku dobrej wiary przy nabyciu posiadania przez osobę inną. Wiadomo (I. 413, 416), że prawo klasyczne uznaje zastępstwo bezpośrednie przy nabyciu posiadania tzn. uważa w całym szeregu przypadków zastąpionego za posiadacza już od chwili, kiedy zastępca uzyskał dla niego władzę nad rzeczą. I w tych jednak przypadkach dobra czy zła wiara zastępcy jest bez znaczenia; chodzi o dobrą wiarę posiadacza t. j. zastąpionego, a stąd wynika, iż bieg *usucapionis* liczyć można dopiero od chwili, kiedy zastąpiony uzyskał wiadomość o nabyciu posiadania, choćby posiadanie uzyskał *ignorans*. Prawo klasyczne nie przyjmuje tedy co do *usucapio* tych konsekwencji, jakie płyną z idei zastępstwa bezpośredniego; wyjątek tzn. zastępstwo w całej pełni uznaje tylko przy nabyciu posiadania *peculiari nomine* i tutaj tylko otwiera możliwość *usucapionis ignorantis*, a dopiero kompilacja stara się usunąć to ograniczenie i objąć wyjątkiem także inne przypadki, w których *ignoranti adquiritur possessio*. W prawie nowoczesnym kładzie się nacisk na znaną już i źródłom rzymskim różnicę między zleceniem szczegółowym a innymi przypadkami zastępstwa bezpośredniego; dodać jednak trzeba, że przy najbardziej konsekwentnym przeprowadzeniu takiego zastępstwa zła wiara zastąpionego w czasie nabycia posiadania przez zastępcę wyklucza *usucapionem* (tak co do nabytków niewolnika *peculiari nomine* Celsus D. 41, 4, 2, 13: »*si servus bona fide emerit... ego ubi primum cognovi sciam alienam, processuram usucapionem... initium enim possessionis sine vitio fuisse: sed si eo tempore quo emit... ego alienam rem esse sciam, usu me non caputurum*«).

193. Stary heksametr: »*res habilis titulus fides possessio tempus*« wymaga pięciu warunków do *usucapio*. Poznaliśmy trzy pierwsze; chodzi o dwa ostatnie, które można ująć w ten sposób, iż utrzymać się musi posiadanie przez czas ustawą określony. Trzy kwestye należy przy tem rozebrać: co oznacza posiadanie, które zastąpiło dawny *usus*, kiedy następuje przerwa, jak liczy się w tym przypadku bieg terminu.

a) Najdawniejszem określeniem posiadania, wymaganego do *usucapio*, zdaje się być *possessio civilis* w znaczeniu *iusta possessio*; klasycy atoli posługują się raczej zwrotem, że konieczne jest posiadanie *pro suo* w przeciwstawieniu do posiadania *pro alieno*, kładą zatem nacisk na to, iż trzeba posiadać rzecz tak, jak oddaną na własność. Wyrażenie to wskazuje, iż warunkiem *usucapionis* jest posiadanie *cum animo domini* t. j., jak wykaże nauka o posiadaniu, władztwo osoby, która może nabyć własność, ugruntowane nad rzeczą, na któ-

rej można nabyć własność, a nabyte z chęcią zajęcia wobec tej rzeczy stanowiska właściciela. Posiadanie to odpowiadać musi nadto podanym poprzednio zasadom o tytule i *bona fides*; wynika stąd, że nie może być nabyte w sposób wadliwy (*vi*, *clam*, *precario*), albowiem wadliwość nabycia z koniecznością tytułu nie da się pogodzić. Przy rzeczy złożonej nasuwa się pytanie, jaki jest stosunek posiadania całości do posiadania części: odpowiedź zależy według źródeł od natury połączenia. »*In his quae... mobilia permanent, ut in anulo gemma... verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi*« (Pomponius D. 41, 3, 30, 1), z czego wynika także możliwość posiadania i *usucapionis* części na rzecz różnych osób; przy *inaedificatio* już różnica przepisanej ustawy czasu prowadzi do wniosku »*non aliud quam ipsas aedes possideri*«. Wniosek ten przeprowadzają niektórzy przynajmniej klasycy z całą bezwzględnością: tak mianowicie według Paula D. 6, 1, 23, 7 po zburzeniu »*cementa resoluta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium*«, z czego wynika, iż *inaedificatio* przerywa posiadanie i *usucapionem*. Musiały jednak istnieć co do tego różnice zdań, bo z jednej strony także przy pierścieniu i kamieniu można bronić poglądu, że część, która przez połączenie przestała być odrębną rzeczą, nie może być odrębnie przedmiotem posiadania, z drugiej zaś strony przy każdym połączeniu można pojmować rzecz w ten sposób, że posiadając całość posiada się w niej i części; z temi różnicami wiąże się może rozstrzygnięcie Labeona w D. 41, 3, 30, 1, którego autentyczność bez dostatecznej zd. m. podstawy zakwestyonowano, a według którego *usucapio* materiałów budowlanych biegnie dalej mimo *inaedificatio*. Przy tem wszystkim chodzi atoli właściwie tylko o pytanie, czy, kiedy i w jakim stopniu część przestaje być dla prawa rzeczą (I. 317 n.). Prawo pozytywne względnie — w braku przepisu — zapatrywanie życia oceniać może tę sprawę bardzo rozmaicie; zasada, że bez posiadania niema *usucapio*, pozostaje w każdym razie nietknięta. Odstępstwa od niej możnaby dopatrywać się w tem, że np. przy zastawie zastawca *possidet ad usucapionem*, choć zastawnik ma rzecz w rękach i w innych kierunkach uznany jest za posiadacza; tu jednak, jak i w innych przypadkach tzw. posiadania pochodnego, (o którym niżej), anomalia leży nie w tem, że zastawcę przy posiadaniu utrzymano, lecz w tem, że zastawnikowi dano stanowisko posiadacza i ochronę posiadania.

b) Przerwę *usucapionis* wywołuje przede wszystkim utrata posiadania, także utrata przez połączenie rzeczy lub popadnięcie posiadacza w niewolę (*ius postliminii* nie stosuje się do utraty posiadania). Przy takiej *usurpatio naturalis* czas upłyniony przepada dla posia-

dacza bezpowrotnie; może on rozpocząć nową usucapionem, ale musi ją rozpocząć na nowo. Czy zagrożony utratą prawa mógł, nie prowadząc utraty posiadania, wywołać przerwę przez użycie środków prawnych (dziś mówi się tu o *usurpatio civilis*), jest co do czasów republiki rzeczą wątpliwą. Wiemy, że w prawie klasycznym wystąpienie z skargą i doprowadzenie sprawy do *litis contestatio* nie wywoływało przerwy; zmienił to dopiero Justynian (por. I. 495 n.), który postanawia nawet, że nie mogąc posiadacza zaskarżyć można poprzestać na odpowiednim pisemnym oświadczeniu wobec władzy względnie na ogłoszeniu publicznym w miejscu zamieszkania posiadacza. Prawo republiki nie różniło się w tym punkcie od prawa klasycznego; nie jest jednak wykluczone, że pewne akty pomocy własnej, które oznaczały pierwotnie realną przerwę, przerywały potem usucapionem, choć przeszły w formę symbolu, a Cicero (*de orat.* 3, 28, 110) to zdaje się mieć na myśli, kiedy pisze o *usurpare surculo defringendo* przez złamanie gałęzi nad posiadanym przez inną osobę gruntem. U klasyków o czymś podobnym nie słychać; zajmuje ich natomiast żywo wpływ zmiany posiadacza w toku usucapionis. Śmierć posiadacza winna właściwie według zasad rzymskich spowodować przerwę, bo choć spadek przechodzi na dziedzica, to przecież do spadku należą tylko nabyte już prawa, podczas gdy posiadanie jako stan faktycznej władzy kończy się z śmiercią. Należałoby tedy przyjąć w tym razie przerwę; dziedzic może oczywiście dojść do posiadania, ale uzyskawszy je rozpoczynaćby mógł jedynie nową usucapionem, przy której byłe posiadanie spadkodawcy stanowiłoby co najwyżej podstawę do przyznania dziedzicowi pewnych ulg. Prawo rzymskie poszło inną zupełnie drogą. Według źródeł klasycznych posiadanie nabyte przez dziedzica jako takiego nie ma tytułu, nie kwalifikuje się tedy samo przez się do usucapio; w zamian za to jednak usucapio biegnie dalej mimo śmierci posiadacza, o ile rzecz nie dostanie się w obce ręce. Dopóki to nie nastąpi, masa spadkowa trzyma rzecz dla dziedzica, a dziedzic uzyskawszy posiadanie wchodzi w usucapionem rozpoczętą przez spadkodawcę, tzn. na podstawie jego tytułu i jego dobrej wiary (zła wiara dziedzica jako *mala fides superveniens non nocet*); jeżeli spadkodawca był *mala fide*, dziedzic ani nie korzysta z dalszego ciągu usucapionis, która nie miała początku, ani nie może rozpocząć jej na nowo, bo *ignoratione sua defuncti vitia non excludit*. Zasada pierwsza prowadzi do tego, że dziedzic nawet bez objęcia posiadania może przez nabycie spadku dojść od razu do własności, jeżeli termin ustawowy dobiegł końca przed nabyciem spadku, bo wówczas masa spadkowa nabyła dla niego własność;

wogóle zaś sukcesja przy usucapio da się zestawić i zestawiana bywa w źródłach z dziedziczeniem jako następstwem *in omne ius defuncti*. W rzymskiej teorii posiadania zasady te tworzą prawo wyjątkowe, które starano się usprawiedliwić, dopatrując się w niem pozostałości dawnego *usus*; zd. m. widzieć w tem należy dowód, że idea dziedziczości posiadania, przyjęta wcale szeroko w prawie nowoczesnym, nie wydawała się i jurystom rzymskim zasadniczo sprzeczną z pojęciem posiadania, choć poszli za nią tylko przy *possessio ad usucapionem* t. j. tej odmianie posiadania, która najwięcej przesiąknęła elementami prawnymi, bo doznaje od pretora ochrony, zbliżonej bardzo do ochrony właściciela. Podobnie skutkuje zd. m. także zmiana posiadacza wskutek zapisu, który dałby legataryuszowi własność bezpośrednio po spadkodawcy, gdyby spadkodawca był sam właścicielem; wprost przeciwnie przedstawia się rzecz przy zmianie posiadania skutkiem aktu *inter vivos* (więc także przez wypłatę zapisu, który zobowiązywał tylko obciążonego). Tu każde posiadanie jest zupełnie odrębne, a zatem o usucapio nabywcy wtedy tylko może być mowa, jeżeli u niego zachodzą wymagane przez prawo warunki, w szczególności tytuł i dobra wiara; chodzi teraz o to, czy on może doliczyć do swego posiadania posiadanie poprzednika, jeżeli kwalifikowało się również na usucapio. W prawie Justyniańskim doliczenie (*accessio possessionis*) jest dopuszczalne; правило to jednak wytworzyło się w edyktach pretorskich, a dopiero za Sewerów przeszło stamtąd do cywilnej usucapio.

c) Która chwila stanowi początek względnie kres usucapionis wspomniałem już poprzednio; stwierdziłem tam również, że względność (*utilitas*) przy obliczaniu czasu w dziedzinie *iuris civilis* nie jest znana (I. 487 n., 495). Pojawia się ona dopiero w prawie bizantyńskim, według którego pewne okoliczności wykluczają początek i wstrzymują bieg usucapionis. Tak np. nie biegnie usucapio w czasie trwania *patriae potestatis* co do rzeczy należących do dzieci, jeśli rzeczy te zostawały pod zarządem i użytkowaniem ojca i stamtąd przeszły w obce ręce; tak nie biegnie według rozporządzenia Justyniana usucapio przeciw *minores*, podczas gdy poprzednio środkiem ochronnym była tylko *restitutio in integrum* (znaczenie praktyczne przepisu nie jest wielkie, bo zazwyczaj wyklucza usucapionem — od czasu Sewerów — zakaz *alienacyi*), itp. Te ściśle pozytywne normy nie mają większej doniosłości ani dla historii prawa rzymskiego, ani dla teorii dzisiejszego prawa prywatnego.

194. Skutkiem usucapionis jest nabycie własności kwirytarnej; nie wpływa ona poza tem ani na prawa osób trzecich, ani na prawa

do osób trzecich (co do określenia natury nabycia p. I. 500, 506 i 507). W prawie Justyniańskim *usucapio* przestaje być sposobem nabycia własności kwirytarnej, więc i zamiany własności bonitarnej w kwirytarną, a staje się poprostu środkiem nabycia własności dla tego, kto jej mimo objęcia posiadania nie nabył; że zresztą może być ułatwieniem dowodu dla każdego właściciela, wspomniano poprzednio. Nie spotykamy już w kompilacji szczególnej odmiany klasycznej *usucapionis*, która nosiła nazwę *usureceptio*. Najlepiej stosunkowo znana *usureceptio ex fiducia* odnosiła się do przypadku, gdy wierzycielowi na zabezpieczenie wierzytelności dano własność rzeczy za pomocą *mancypacji* lub *in iure cessionis*, zastrzegając sobie osobnym układem zwrot po zapłacie długu, a później rzecz dotycząca dostała się w ręce dawnego właściciela drogą tradycji, bez powrotnej *mancypacji* czy *in iure cessionis*. W tym przypadku według Gaia (2, 60) »*soluta pecunia omnimodo competit usureceptio, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit*«: wierzyciel mógł tedy oddając rzecz jako najem lub *precarium* zapobiedz *usureceptioni*, ale zastrzeżenie przestawało działać *soluta pecunia*. Jako odrębność podnosi Gaius, że tu czas *usucapionis* wynosi zawsze tylko rok, że nadto »*sciens quisque rem alienam usucapit*«. Jasnym jest atoli, że ostatnia zasada nie stanowi wyjątku od reguły ani z stanowiska prawa dawnego, skoro od początku *usucapio* przemienia własność bonitarną w kwirytarną, ani z stanowiska teorii o tytule, bo w danym przypadku zachodzi *traditio ex iusta causa*, ani wreszcie ze względu na warunek dobrej wiary, bo tradycja po zapłacie długu daje odbiorcy dostateczną podstawę do przekonania, że nikogo nie krzywdzi, a i tradycja przed zapłatą musi działać podobnie, skoro wierzyciel, mogąc uczynić zastrzeżenie, z możliwości tej nie skorzystał. Skrócenie zaś terminu tłumaczy się tem, że szło o *recipere* tj. o odzyskanie rzeczy, danej na zabezpieczenie; stąd pochodzi również zasada, że dawny właściciel przywłaszczając sobie rzecz nie popełnia *furtum*.

B. Nabycie według *ius gentium*.

195. Według Gaia można nabyć własność także »*naturali iure*«, »*naturali ratione*«. Do takich *naturales acquisitiones* liczy Gaius tradycję *rei nec Mancipi*, zawłaszczenie, przeistoczenie oraz różnorodne przypadki połączenia, z którymi wiąże się nabycie własności skarbu; tu należy wreszcie nabywanie na własność owoców rzeczy oraz *partus ancillae*. Nie wszystkie te przypadki oznaczają naprawdę nabycie

własności, bo np. przy połączeniu mamy nieraz tylko zmianę rzeczy, należącej już do kogoś, a i przy nabyciu owoców przez właściciela rzeczy macierzystej można ująć zjawisko w taki sam sposób. O ile jednak *naturali iure* nabywa się istotnie własność, powstaje własność rzymska (*ex iure Quiritium*), czego dowodzi stanowczo fakt, że z tradycją *rei nec Mancipi* stoi na równi cedowanie jej *in iure*; ta uwaga prowadzi atoli do wniosku, że *adquisitio naturalis* dać może od razu własność tylko co do *res nec Mancipi*, co do *res Mancipi* zaś (np. przy zawłaszczeniu porzuconego niewolnika) stanowić może jedynie podstawę do *usucapio*. Wniosek ten na pierwszy rzut oka wydaje się dziwnym: trudno uwierzyć, by ten, kto wziął porzuconego niewolnika w posiadanie, potrzebował jeszcze *usucapio*, skoro *hostis* może stać się od razu niewolnikiem tego, kto nim owdładnie. W ostatnim atoli przypadku obcy dopiero przez zawłaszczenie staje się przedmiotem *iuris Quiritium* i dopiero od tej chwili jako *res Mancipi* podlega narodowemu prawu rzymskiemu; że zaś okupację niewolnika porzuconego traktuje się inaczej, to można wyczytać i z kompilacji, choć w niej różnica między *res Mancipi* i *nec Mancipi* pod ręką kompilatorów znikła. Jeżeli Pomponius (D. 41, 7, 5 pr.) mówi o *usucapio* »*si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim*« i zestawia to z przypadkiem »*si tibi rem ab uxore donatam sciens emerim*«, to widocznie, jak słusznie podniesiono, ma na myśli porzucenie dokonane przez właściciela, które niewątpliwie niszczy od razu jego własność; skoro mimo tego posiadaczowi przyznaje tylko posiadanie *ad usucapionem*, to rozstrzygnięcie jego odnosić się może tylko do porzuconej *res Mancipi*. Już to jedno świadectwo zmusza zd. m. do uznania przyjętej tu różnicy, a pozór dziwności znika, skoro zważymy, że *adquisitiones naturales* stosowały się początkowo tylko do *res nec Mancipi* i rozciągnięte zostały na *res Mancipi* dopiero skutkiem późniejszej działalności pretora względnie jurystów; zasady o nabyciu własności przez zawłaszczenie czy o nabyciu własności na owocach wytworzyły się bezwątpienia nie ze względu na *res Mancipi*. Stąd pada światło na znaczenie »*naturalnych*« sposobów nabycia: jak własność na *res nec Mancipi* (I. 50 n., 326), tak i *adquisitiones naturales* są zjawiskami *iuris gentium*. Jako takie wystarczają do nabycia rzymskiej własności na *res nec Mancipi*, ale także do powstania *ex iure gentium* własności cudzoziemców czy własności na gruncie prowincyi; gdzie atoli stają w sprzeczności z *ius proprium civium Romanorum* tzn. co do *res Mancipi*, dają tylko podstawę do *usucapio*. Jasnym jest, że prawne ich uznanie nastąpić musiało później, niż w przypadkach nabycia własności kwirytarnej na *res Mancipi*.

196. Najważniejszą *adquisitio naturalis* jest tradycya czyli wręczenie rzeczy; w prawie Justyniańskim, które nie zna już mancytacji ani in iure cessionis, stanowi ono ogólny sposób przenoszenia własności *inter vivos*. Należy teraz określić, czego do przeniesienia własności drogą tradycyi potrzeba.

a) Jak przy mancytacji, tak i tu przeniesienia dokonać musi właściciel zdolny do działania, a skuteczności tradycyi nie może stać w drodze ustawowy zakaz alienacji. Za niezdolnego do działania dokonać może tradycyi zastępca ustawowy, w szczególności tutor *pupilli* względnie *curator furiosi*; dopuszczone jest jednak także zastępstwo dobrowolne przez prokuratora (I. 415 n.) i tego, kto otrzymał zlecenie szczegółowe, a dopiero Justynian stosuje do prokuratora generalnego ograniczenie obowiązujące przy opiece. Wyjątek istotny od warunku własności tradenta zachodzi co do wierzyciela zastawnego, który może przenieść *per traditionem* własność, choć jej nie ma; Gaius (2, 64) usiłuje wprowadzić go z zasadą, pisząc »*voluntate debitoris intellegitur pignus alienari*«, ale próba nie wytrzymuje krytyki już pod koniec czasów klasycznych, kiedy wierzyciel miał prawo sprzedaży i bez osobnego o to układu, tembardziej zaś nie ma wartości dla kompilacji, wedle której prawa sprzedaży nie można wogóle wykluczyć. Prawo cesarskie wprowadza dalszy taki wyjątek co do alienacji dokonanych przez fiskus; tu tradycya staje się nabyciem pierwotnem, a wspominałem już, że prawo nowoczesne zwiększa liczbę tego rodzaju przypadków, by dać odrazu pełną ochronę nabywcy *bona fide*. Poza tem tradycya a non domino dać może nabywcy ochronę wobec tradenta (zapomocą *exco doli* lub też *rei venditae et traditae*), choćby tradent później np. drogą spadku doszedł do własności; to nie może jednak w prawie rzymskiem uchodzić za przeniesienie własności, albowiem tradent pozostaje właścicielem i może skutecznie dochodzić swego prawa przeciw każdemu, komu nie służy powyższa *exceptio*. Że nabywca musi być zdolnym do nabycia własności, rozumie się samo przez się; przeszkoda może tu jednak wynikać nie tylko z braku zdolności prawnej (*servus sine domino*), lecz także z pozytywnego przepisu (tak np. naczelnik nie może w swej prowincyi nabywać ziemi na własność).

b) Od tradenta żądają źródła przedewszystkiem oświadczenia, że chce przenieść własność, oprócz tego jednak wymagają, by zachodziła *iusta causa traditionis*. O tej *iusta causa* wspominałem już (s. 14 n.), przyczem zwróciłem uwagę na stosunek jej do *iusta causa usucapionis*. I przy tradycyi *iustam causam* stanowi początkowo ważny akt prawny (kupno, zapłata długu), który daje wyraz gospodarczej intencji

stron i usprawiedliwia *animus transferendi dominii* z jednej, posiadanie nabywcy z drugiej strony; i tu jednak rozpoczyna się — niewątpliwie wcześniej — ewolucya w kierunku subiektywnym. Kto wręcza rzecz na posag, przenosi ją na własność, choć małżeństwo było nieważne, a bez małżeństwa niema posagu: tak samo skutkuje *solutio indebiti*, choć obiektywnie niema mowy o *causa solvendi*, gdy dług nie istnieje. Prawda, że w jednym i drugim przypadku już za czasów legisakcyi po stronie nabywcy powstaje obligacya do zwrotu, ale to dowodzi tylko, że własność przeszła na nabywcę, inaczej bowiem wręczający miałby skargę rzeczową, nie tylko wierzytelność (*actio in personam*). Można by sądzić, że istnieć musi przynajmniej zgoda stron co do przeniesienia i uzyskania własności (*animus transferendi et accipiendi dominii*), a taką zgodę jako *causam* w znaczeniu już więcej subiektywnem uważać za warunek skuteczności tradycyi: niema posagu ani zapłaty, ale z działania stron da się wykroić objawiona wola przeniesienia oraz nabycia, która na *iustam causam* wystarczy, choć nie wyraża już gospodarczej intencji stron i tem samem przemienia tradycję w akt abstrakcyjny (I. 347 n.). Otóż nie ulega zd. m. wątpliwości, że na ogół i klasyce i kompilacya traktują tradycję jako akt abstrakcyjny, co przedstawia wprawdzie pewne niebezpieczeństwo dla tradenta, ale przyczynia się ogromnie do pewności obrotu; ślady poglądu przeciwnego spotykamy w kompilacji, skoro Ulpian wyklucza nabycie własności w przypadku, gdy np. wręczający miał na myśli darowiznę, odbiorca pożyczkę (D. 12, 1, 18 pr., wątpliwej zresztą autentyczności), ale *communis opinio*, uznawała abstrakcyjność (co do takiego *dissensus* pisze Julian D. 41, 1, 36: »*constat proprietatem... transire*«). Mimo tego jednak owej zgody stron na przeniesienie i nabycie własności nie można zd. m. uważać za konieczną przy tradycyi *iusta causa*, choć teoria ta przeważała w nauce 19. wieku. Grzeszy ona wewnętrzną sztucznością, bo z aktu wyrывa pewne odzinki i tą drogą dochodzi do zgodności woli tam, gdzie jej w rzeczywistości nie było; co więcej zaś, nie godzi się z źródłami, które przy tradycyi nacisk kładą tylko na wolę tradenta tak, że konieczność zgodnej woli możnaby przyjąć tylko wówczas, gdyby tradent postawił ją wyraźnie za warunek skuteczności tradycyi. Prawda, że nabywca musi mieć posiadanie, do czego potrzeba po jego stronie odpowiedniego nastroju woli; w tem znaczeniu można mówić o zejściu się woli tradenta z wolą nabywcy. Juryści rzymscy atoli konieczność nabycia posiadania i woli posiadania (*animus domini*) traktują jako odrębny zupełnie składnik aktu tradycyi: w tem, czego potrzeba z strony odbiorcy do uzyskania władzy nad rzeczą, nie dopatrują się ani zgody

odbiorcy na wolę tradenta co do ustąpienia posiadania (niżej lit. f) ani tem mniej jego zgody na wolę tradenta co do przeniesienia własności. Trzymając się źródeł musimy przeto w prawie klasycznym oceniać *iustam causam* tradycyi wyłącznie z subiektywnego stanowiska tradenta; tak pojmowała rzecz już glossa, według której *causa, ex qua fit traditio*, może być równie dobrze *vera*, jak i *putativa*. Wówczas atoli *iusta causa* przestaje być już w prawie klasycznym odrębnym warunkiem skuteczności tradycyi: tradent musi wprawdzie objawić wolę przeniesienia własności, ale w tej woli tkwi już *iusta causa* bez względu na to, jaka intencja gospodarza tradycyi towarzyszy. To też klasycy, chcąc uratować *iustam causam* jako odrębny warunek, nadają jej niekiedy to znaczenie, że mówią o jej braku, gdy ustawa przeniesienie własności uznaje za niedopuszczalne, i dla braku *iustae causae* wykluczają np. skuteczność tradycyi przy darowiznie między małżonkami; trudno tu jednak *iniustam causam* uważać za przeszkodę, skoro *datio ob turpem causam* przenosi własność, a co najwyżej uzasadnić może obligacyjny obowiązek zwrotu. Dla rozwinętego prawa rzymskiego *iusta causa* przy tradycyi jest tylko frazesem; że *usus modernus* 18. wieku z *iusta causa* zrobił *titulum adquirendi* i tytułu takiego wymagał przy każdym nabyciu własności — przy okupacji np. przyjmowano *titulum ex lege* — a tytułowi przeciwstawiał nabycie posiadania jako *modus adquirendi*, to było tylko następstwem niezrozumienia glossy i postglossatorów. Teorya o *titulus* i *modus* jest dawno zarzucona, została jednak ślady w ustawodawstwach jeszcze obowiązujących, w szczególności w kodeksie cywilnym austriackim.

e) Wola przeniesienia tradenta może być oświadczona na rzecz pewnej oznaczonej osoby lub *in personam incertam* (*qui missilia iactat in vulgus*). W pierwszym przypadku błąd tradenta co do osoby może być błędem istotnym (I. 369 n.) i wykluczyć skuteczność tradycyi (że odbiorca mimo tego nabyć może posiadanie, to oczywiście inna sprawa); nastąpi to wówczas, gdyby tradycja dać miała własność innej osobie zamiast tej, której nabycie było dla tradenta istotnym warunkiem woli przeniesienia. Ktoś chce mnie obdarować i wręcza rzecz memu prokuratorowi, który atoli przyjmuje ją dla Titiusa: »*nihil agetur*« pisze Julian w D. 41, 1, 37, 6, a choć D. 39, 5, 13 podobny przypadek, gdy prokurator przyjął rzecz dla siebie, rozstrzyga odmiennie (»*mihi tamen adquiri*«), to przecież ustęp ten, którego pochodzenie od Ulpiana jest zresztą wątpliwe, wyraża w kompilacyi tę tylko myśl, że niewyjawiona chęć prokuratora nie jest przeszkodą zamierzonego przez tradenta skutku. Te zasady stosują się również, gdy chodzi o zapłatę

długu. Kto skutkiem błędu płaci dług nieistniejący, przenosi własność; przeniesienie nie nastąpi atoli, skoro zachodził błąd *in persona* wierzyciela, i to, choćby nawet odbiorcy nie można zarzucić *furtum* (wyżej s. 13). Kto płaci *negotiorum gestorowi* wierzyciela, czyni to albo w nadziei zatwierdzenia albo w błędnym mniemaniu, że zapłata do rąk *negotiorum gestora* zwolni go od długu: w obydwu przypadkach własność przejdzie na odbiorcę (I. 408). Jeżeli ktoś płaci *mnemanemu* zastępcy wierzyciela, którego uważa za upoważnionego do inkasa, chce wierzyciela uczynić właścicielem; rozstrzygnięcie jednak, czy błąd jest istotny, zależy przedewszystkiem od tego, czy zapłata uwolniła płaćącego od długu. Co do tej ostatniej kwestyi spotykamy u jurystów różnice zdań. Tak np. »*si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit*«, Ulpian D. 46, 3, 18 przyjmuje bezwarunkowo *liberationem*, podczas gdy Julian D. 46, 3, 38, 1 wyklucza ją, o ileby po stronie Titii zachodziło *furtum*; tak samo przedstawia się rzecz w przypadku, gdy przekaz miał być narzędziem darowizny między małżonkami, albowiem Celsus D. 24, 1, 3, 12 przyjmuje, że przez wypłatę przekazu dług przekazanego gaśnie, podczas gdy Julian *loco cit.* broni przeciwnego zdania. Skoro się jednak tę kwestyę tak lub inaczej rozstrzygnie, określenie skutków zapłaty nie nasuwa już wątpliwości. Jeżeli dłużnik uwolnił się od długu, obojętnem jest dla niego, kto przez zapłatę uzyskał własność; błąd co do tego punktu nie jest w tych warunkach błędem istotnym, a zatem skuteczności tradycyi nie stoi w drodze. Jeżeli tedy ktoś przedstawił mi się jako pełnomocnik mego wierzyciela i wyludził odemnie przekaz na mego dłużnika, a dłużnik przez wypłatę *iussu creditoris* zwolnił się od długu, wówczas można przyjąć z Celsusem (l. c.), że przez zapłatę ja uzyskałem posiadanie (*nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere*), w dalszym zaś ciągu i własność, czego następstwem będzie, iż *falsus procurator* odpowiada mi za *furtum*. O ile się jednak nie uznaje zastępstwa przy nabyciu posiadania, można i trzeba *falsum procuratorem* uznać za posiadacza i właściciela tak, że ja w zamian za utratę wierzytelności mieć będę tylko *actionem doli* przeciw oszustowi, nie będę zaś mógł wystąpić w roli okradzionego; z stanowiska tradenta obydwa rozstrzygnięcia mają równą wartość, skoro przez zapłatę przestał w każdym razie być dłużnikiem. Inaczej, jeżeli zapłata nie umorzyła długu: w tym przypadku błąd płaćącego przedstawia się jako błąd istotny, który tradycyę czyni bezskuteczną. Takiego, który »*nomine veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem alienum circumveniret*«, zestawia Papinian D. 47 2, 81, 6 z tym »*qui sibi deberi pecuniam*

ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius»: tradycya jest bez skutku, rzecz pozostaje własnością dłużnika, a oszust wobec dłużnika odpowiada za furtum. Tak samo rozstrzyga Julian I. c. przypadki, w których zapłata nie dała dłużnikowi uwolnienia; że ustęp powyższy pozwala dłużnikowi przerzucić ryzyko regresu przeciw oszustowi na wierzyciela tzn. odstąpić wierzycielowi skargę przeciw oszustowi w miejsce zapłaty, to zasady nie dotyka bez względu na to, czy ulga jest klasyczna, czy też pochodzi od kompilatorów. Do kwestyi błędu da się również sprowadzić przepis, że tradycya jest bez skutku, jeżeli tradent nie wiedział, iż skutkiem tradycyi on sam straciłby swą własność (Ulp. D. 41, 1, 36: »si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint.. nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit«); nie przesądza to zresztą, czy i jaka odpowiedzialność np. wobec kupującego ciąży na tradencie z tytułu kontraktu sprzedaży.

d) Do przeniesienia własności per traditionem koniecznym jest następnie, aby nabywca był już lub stał się posiadaczem rzeczy. Musi istnieć już lub powstać stan faktyczny, odpowiadający zamierzonej zmianie prawnej. Jeżeli nabywca nie doszedł do posiadania np. skutkiem swego błędu lub wskutek tego, że jego niewolnik przywłaszczył sobie rzecz, daną mu nie dla peculium, lecz dla pana, niema mowy o przejściu własności. Nietylko sama wola tradenta, ale nawet układ stron jako taki nie może zastąpić konieczności posiadania. Układ taki może pod pewnymi warunkami wystarczyć do nabycia posiadania np. jeżeli właściciel sprzeda rzecz użytkowcy, który ma ją już w rękach (traditio brevi manu), lub sprzedając rzecz zatrzyma ją odrazu z tytułu dzierżawy (t. zw. constitutum possessorium); w tych jednak przypadkach, do których wrócić jeszcze mówiąc o posiadaniu, niema odstępstwa od zasady klasycznej. Odbiega od niej dopiero Justyniańska teoria o znaczeniu dokumentu przy tradycyi; klasycy obstają przy konieczności posiadania. Nie wymagają zresztą bynajmniej wręczenia w tem znaczeniu, iżby tradent musiał przyczynić się swą działalnością do uzyskania posiadania przez nabywcę; wystarczy jednostronne nabycie posiadania z wolą tradenta np. jeżeli pozwany skargą z tytułu własności zapłaci powodowi litis aestimationem i później dopiero dojdzie do posiadania, wystarczy nawet, jak już wspomniano, utrzymanie posiadania z wolą tradenta. Przypadki takie różnią się oczywiście od zwykłego oddania, a juryści mówią, że rzecz należy uważać »pro tradita« itp.; takie zwroty dowodzą jednak właśnie, że różnica powyższa nie ma znaczenia dla istoty tradycyi jako sposobu nabycia własności.

e) Choć współdziałanie tradenta przy nabyciu posiadania przez odbiorcę nie należy do essentialia tradycyi, to przecież koniecznym jest z strony tradenta upoważnienie odbiorcy do objęcia względnie zatrzymania posiadania. Upoważnienie to nie jest identyczne z omówioną (lit. b) wolą przeniesienia własności; różnica występuje jasno, jeżeli np. kupujący uzyska posiadanie bez upoważnienia sprzedawcy (D. 41, 2, 5). Nawet wówczas, gdy oświadczenie woli przeniesienia własności mieści się w zezwoleniu na objęcie posiadania, natura prawna każdego z tych elementów pozostaje odmienna. Oświadczenie woli przeniesienia jest, skoro je złożono, skończonym aktem prawnym; upoważnienie musi dotrwać do chwili uzyskania posiadania. Jeżeli np. A polecił B, by rzecz należącą do A wręczył na własność osobie C, a upoważnienie zgasło przed wręceniem wskutek śmierci A, późniejsze wręczenie nie da C własności; skoro kupujący po śmierci sprzedawcy został opiekunem jego dziedzica i obejmie posiadanie »hoc modo, ut (cum) pupillus et familia eius decedat de fundo, tum demum tu ingrediaris possessionem« (Julian D. 18, 1, 78, 1), to wystarczy tylko dlatego, ponieważ wola opiekuna zastępuje przy tradycyi wolę pupila. Gdzie upoważnienie raz dane wystarcza tzn. nie może być cofnięte, tam nabycie własności nie da się już sprowadzić do tradycyi; taki przypadek zachodzi np. przy nabyciu własności owoców przez użytkowcę, zd. m. także przy nabyciu ich przez dzierżawcę.

f) Wynika stąd, że tradycję rzymską trudno uważać za umowę. Nowoczesna konstrukcya, która w tradycyi widzi zgodną wolę przeniesienia i nabycia własności, wyrażoną zapomocą umowy o przeniesienie posiadania, nie odpowiada rzymskiej myśli. Animus domini po stronie odbiorcy nie jest dla klasyków ani zgodą na przeniesienie własności (wyżej lit. b), ani zgodą na gotowość ustąpienia posiadania; to, czego się wymaga od tradenta, i to, czego się żąda po stronie odbiorcy, nie spleta się w rzymskim pojęciu w jednolity akt prawny (I. 344). Nie wyklucza to zresztą i w Rzymie tradycyi warunkowej, bo warunek może być dodany do jednostronnego oświadczenia tradenta. Następstwa dodania warunku znamy; tu zbadać jeszcze należy, czy skuteczność tradycyi nie jest zawisła od dalszych jeszcze condiciones iuris prócz dotąd omówionych. W kompilacji spotykamy istotnie przy tradycyi z tytułu kupna zasadę, że własność nie przechodzi, chyba że »aut pretium solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam (venditor) fidei habuerit emptori sine ulla satisfactione« (D. 18, 1, 19). Fidei habere to kredytowanie ceny; że zestawienie tego przypadku z solutio i satisfactio nie pochodzi od klasyków, uznano dziś powszechnie. Satisfacere oznacza w kompilacji danie innej wartości

w miejsce ceny względnie zabezpieczenie np. zapomocą poręki lub zastawu; co do tych środków zauważono już nieraz, że niepodobna odnosić ich do 12 tablic, jak to czyni Justynian, pisząc o konieczności solutio aut satisfactio. Zostaje zatem pytanie, skąd przyjęto konieczność solutionis w dawnym prawie. Próbowano związać ją z tem, że na tradycję przeniesione zasadę, obowiązującą przy mancypacji, lub wywieść ją stąd, że tradycja była pierwotnie kupnem za gotówkę i że konsekwencye tego utrzymano przy kupnie na kredyt; w ostatnich jednak czasach zakwestyonowano — zd. m. słusznie — klasyczne pochodzenie tej konieczności, którą trudno pogodzić z abstrakcyjnym charakterem tradycji, a prawa nowoczesne nie poszły w tym punkcie za kompilacją.

197. Z pierwotnych »naturalnych« sposobów nabycia własności wymienić należy przedewszystkiem zawłaszczenie (occupatio). Polega ono na wzięciu rzeczy w posiadanie z zamiarem przywłaszczenia jej sobie, a daje własność ex iure gentium względnie — przy res mancipi — podstawę do usucapio, jeżeli rzecz była res nullius. Tu należą:

a) »omnia quae terra mari caelo capiuntur«. Co do rzeczy tych niema w Rzymie żadnego monopolu, więc ani monopolu właściciela gruntu, który może tylko zamknąć przed obcymi swój grunt, ale nie może wykluczyć skutku prawnego okupacji, ani prawa polowania itp.; administracyjne przepisy np. co do rybołówstwa na wodach publicznych (I. 324) są poza sferą prawa prywatnego. Własność istnieje atoli tylko tak długo, dopóki trwa posiadanie: gaśnie co do fera bestia, skoro zwierzę umknie »et in naturalem libertatem se receperit«, przy zwierzętach oswojonych, »si revertendi animum habere desierint«, co przyjmuje się wówczas, gdy straciły consuetudinem revertendi.

b) Insula in mari nata et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae; tak samo traktuje prawo przedjustyniańskie porzucone przez rzekę publiczną koryto i powstała w takiej rzece wyspę, jeżeli gruntu nadbrzeżne były agri limitati (I. 323).

c) Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt, a w myśl tejże zasady iuris gentium hostis staje się niewolnikiem okupanta. O ile jednak wojnę (bellum indictum) prowadzi populus, do niego należy zdobycz wojenna; zawłaszczeniu ulegają tedy tylko res i personae hostiles, które po zerwaniu stosunków międzynarodowych znajdują się na rzymskim terytorium lub które zdobyto w partyzantce, możliwej oczywiście tylko przeciw obcym, których nie chroni traktat międzynarodowy. Własność nabyta gaśnie przez powrót przedmiotu ad hostes; co do obywateli i rzeczy rzymskich,

które dostały się in potestatem hostium, obowiązują zasady podobne, zmodyfikowane jedynie przez ius postliminii, które zresztą odnosi się tylko do odzyskania niektórych przedmiotów (wracają iure postliminii ad priores dominos grunta i ruchomości, nadające się do użytku w wojnie).

d) Res (nec mancipi) derelictae t. zn. porzucone przez właściciela: kategoria praktycznie niezbyt doniosła, którą juryści zajmują się dopiero za cesarstwa. Do porzucenia wymaga się przedewszystkiem odpowiedniej woli właściciela, której brak nietylko co do rzeczy rzuconych w morze dla ulżenia statkowi, lecz także przy iactus missilium; oprócz tego rzecz musi dostać się w takie położenie, by z niego można wnosić, że właścicielowi nie na niej nie zależy (pro derelicto habitum). Porządek chronologiczny powyższych warunków jest obojętny; skoro się zejda, własność gaśnie, a rzecz staje się res nullius. Jeżeli brak warunku pierwszego, brak podstawy do zawłaszczenia; nabywca mieć może tylko tytuł usucapionis pro derelicto, o ile posiadanie jego jest usprawiedliwione porzuceniem rzeczy przez poprzednika, który nie był właścicielem (titulus putativus nie wystarczy tu nawet według kompilacji, a z tej przyczyny niema mowy o usucapio co do towarów, rzuconych w morze navis levandae gratia). Stąd wynikają rzymskie zasady co do rzeczy zgubionych. Jeżeli z położenia rzeczy widocznem jest, że ją zgubiono, wówczas ten, kto ją sobie przywłaszczy, dopuszcza się furtum, uczciwy zaś znalazca nie staje się nawet posiadaczem, przyczem podkreślić trzeba, że według rzymskiego sposobu myślenia uczciwość w tym przypadku każe przedewszystkiem zostawić rzecz tam, gdzie leży (Ulpian D. 47, 2, 43, 8 nieśmiało uwalnia od zarzutu furtum tego, kto ją w uczciwym zamiarze podjął), że zatem o — praktykowanem w Grecyi — znaleźnem na gruncie rzymskim niema mowy, a i dopuszczalność actionis negotiorum gestorum wydaje się bardzo wątpliwa. Jeżeli zaś rzecz ze względu na zachodzące okoliczności (nieznaczna wartość) można było uważać za porzuconą, ten, kto ją bierze w posiadanie, nie odpowiada wprawdzie za furtum, ale ani nie nabywa własności, ani nawet nie zyskuje tytułu pro derelicto. Nie jest zresztą wykluczone, że ten, kto rzecz zgubił, przestanie potem troszczyć się o zgubę, która przez to stanie się »habita pro derelicto«. W tym razie zawłaszczeniu względnie usucapioni pro derelicto nie przeszkadza; niesłuszne jest przeto mniemanie, że znalazca dojść może do własności tylko na podstawie zasad praw germańskich o przemilczeniu.

e) Wiadomo już, że od 2 w. po Chr. agri deserti są w Rzymie przedmiotem stałej troski: powtarza się wezwania do zajęcia się ich

uprawą, a kultywatorom zapewnia się prawo dziedziczne. O ile przy tem chodzi o grunt populi, fiskusa lub cesarza, okupant staje na równi z sąsiednimi dzierżawcami, bo — po upływie okresu ulgi — ponosi takie same ciężary; to też źródła oznaczają go także jako *colonus*, choć stosunek powstający przez okupację można równie dobrze pojmować jako własność i choć go się przez dłuższy czas jako własność traktuje. Przy gruntach prywatnych okupacya taka dopuszczona zostaje zapewne niewiele później, ale początkowo nie prowadzi do własności; dopiero konstytucye z końca 4 w. przyznają *novi cultori* wyłączne prawo, i to albo wówczas, jeżeli właściciel nie zgłosi się w pewnym terminie po odbiór za zwrotem kosztów, albo nawet od razu, jeżeli właściciel przed okupacją był edyktałnie wzywany do powrotu, a wezwania nie posłuchał. W pierwszym przypadku mamy zjawisko zupełnie odrębne, zbliżone do germańskiego przemilczenia; przypadek drugi jest odmianą zawłaszczenia, a tylko istnienie specjalnych przepisów tłumaczy, że kompilacya nie mówi tutaj o *derelictio*. Przepisy te, związane z postępem upadku gospodarczego, do praw nowoczesnych nie przeszły, choć wojna wywołała już pewne zbliżone objawy; w Austrii np. tym, którzy się zajmą uprawą opuszczonej ziemi, zapewniono najpierw zwrot kosztów uprawy, w krótki czas potem własność pól.

198. Kiedy przemiana rzeczy prowadzi do wytworzenia rzeczy nowej, o tem rozstrzygają zapatrywania ogółu. Zmiana nazwy jest wskazówką nie bez wartości; co do konkretnych jednak przypadków różnice zdań są nieuniknione i istniały już w Rzymie np. co do młócenia, o którym utrzymywano także: *«qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit»*. O ile powstała rzecz nowa, należy w całym szeregu przypadków niewątpliwie do właściciela materiału, przedewszystkiem wówczas, gdy on sam dokonał przeróbki. W takich przypadkach prawo właściciela można pojmować jako dalszy ciąg własności materiału lub jako własność nową, a różnica ta może mieć doniosłość praktyczną, np. dla losu dawniejszych praw zastawu. Juryści rzymscy dotykają tych punktów praktycznych: tak np. co do użytkowania, które jest według rzymskiego pojęcia prawem do korzystania z rzeczy stosownie do jej gospodarczego charakteru w czasie powstania użytkowania, piszą *«rei mutatione interire usumfructum placet»*, co obejmuje każdą zmianę charakteru gospodarczego, więc i przeróbkę; zastaw na lesie nie obejmuje *«navem ex ea materia factam, quia aliud est materia aliud navis»* (Cassius-Paulus D. 13, 7, 18, 3), ale i to rozstrzygnięcie opiera się na intencji stron przy ustanowieniu zastawu (I. 336, 506 n.), nie na natu-

rze własności na produkcji, którą źródła się w powyższych przypadkach nie zajmują. Jeżeli przeróbki dokonał trzeci na podstawie układu z właścicielem materiału, układ rozstrzyga o losie wytworu, a ewentualne nabycie własności przez wytwórcę ocenia się według zasad tradycyi; jedyny przypadek, którym się żywiej zajmowano, to tak zwana dziś specyfikacya (przeistoczenie) *«cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit»*. Wytworzyły się co do niej różne poglądy w szkołach prawniczych: Sabinianie *«materiam et substantiam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse»*, podczas gdy *diversae scholae auctores «eius rem esse putant qui fecerit»*. Pogląd pierwszy, pochodzący prawdopodobnie z czasów republiki, daje producentowi tylko prawo do zatrzymania produktu zapomocą *exceptio doli*, a to podług tych samych zasad, jakie obowiązują przy wszelkich nakładach na cudzą rzecz; Prokulianie znów odmawiają dawnemu właścicielowi jako takiemu wynagrodzenia za materiał, przyznając mu takie tylko skargi przeciw przetwórcy, jakie wynikają z szczególnych okoliczności, towarzyszących specyfikacyi (np. *actionem furti* i *condictionem ex causa furtiva*, jeżeli to po stronie przetwórcy zachodziło *furtum*). Kontrast ten pojmowała nowsza nauka bardzo rozmaicie; nie brakło nawet usiłowań przedstawienia Sabinianów jako obrońców interesów kapitału, Prokulianów jako rzeczników interesu pracy, co wobec oceny pracy przemysłowej w Rzymie wydaje mi się tylko anachronizmem. M. zd. szło o to jedynie, czy liczyć się w prawie z nowością rzeczy. Jeżeli się jej odmówi znaczenia dla prawa, wynika stąd konkluzya Sabiniańska. Jeżeli się nowość rzeczy bierze i w prawie na serio, do czego przyczynić się mógł i wpływ Stoików, widzących istotę rzeczy w *εἶδος*, wówczas mamy *rem nullius*, która w myśl ogólnych zasad dostaje się przetwórcy *suo nomine*; za takim pojmowaniem opinii Prokuliańskiej przemawia i tekst Gaia D. 41, 1, 7, 7 *«quia quod factum est, antea nullius fuerat»* (podejrzenia co do autentyczności są zd. m. bezpodstawne), i doktryneryzm tej opinii, która własność daje nawet złodziejowi, a dawnego właściciela wywłaszcza, nie troszcząc się o wynagrodzenie. Mogły przyczynić się do jej powstania względy na potrzeby obrotu, w szczególności chęć zapewnienia nabywcy produktu własności; teoretyczne jej ujęcie ma charakter doktrynerski, czego dowodzi również fakt, że wśród jurystów wytworzyła się wnet t. zw. *media sententia*, stosowana zwłaszcza przez Paula w konkretnych rozstrzygnięciach, a przyjęta w formie ogólnego pravidła przez kompilacyę. Jeżeli chodzi np. o *«vas conflatum»*, które *«ad rudem massam auri vel argenti reverti potest»*, pogląd ten ignoruje nowość

produktu i idzie za Sabinianami t. zn. utrzymuje dawną własność, nie wymagając zresztą bynajmniej istotnego przywrócenia dawnej postaci, które mogłoby wywołać bezcelowe zniszczenie wartości; jeżeli powrót taki nie jest możliwy, prawo uznaje przetwór za rzecz nową, ale choć przetwórcą nabywa na niej własność w sposób pierwotny, to przecież nabycie to ulega ograniczeniom, których nie przyjmowali Prokulianie. Przedewszystkiem wykluczone jest co do *res furtivae*, w którym to razie przetwórcą mieć może tylko prawo zatrzymania z tytułu nakładu; następnie wyklucza je zła wiara wytwórcy (*«cum sciret... aliena esse»* Paulus D. 10, 4, 12, 3; podejrzenie interpolacji co do tych słów nie jest niczem uzasadnione); wreszcie pozwala zd. m. *media sententia* dawnemu właścicielowi dochodzić wartości utraconego materiału, dając mu w tym celu zapewne *actionem in factum*, którą kompilacja przekształciła na *reivindicacionem utilem*, aby skarżącemu dać przywilej prawa rzeczowego w konkursie. Justynian postanawia nadto, że — bez względu na możliwość przywrócenia *status quo* — przetwórcą nabywa zawsze własność, jeżeli wytworzył rzecz nową częścią z własnego, częścią z cudzego materiału. Prawa nowoczesne nie przyniosły co do specyfikacji myśli nowych.

199. Przetworzenie polega często na połączeniu i przerobieniu różnych materiałów; w tym przypadku (*si ex melle meo vino tuo factum sit mulsum*) obowiązują zasady dopiero co podane. Jeżeli połączenie nie wytworzyło rzeczy nowej, tworzy przecież jedną rzecz z kilku, które przedtem istniały odrębnie, a fakt ten wpłynąć może na losy dawniejszych praw własności. Przy połączeniu z wolą właścicieli ta wola rozstrzyga o własności; o ile przy tem zachodzi zmiana stanu prawnego, da się sprowadzić do znanej już tradycji. Skutek połączenia jako takiego (np. dokonanego przez jedną tylko stronę) zależy od dwóch momentów: jaką naturę ma połączenie i jaki był wzajemny stosunek rzeczy złączonych.

a) W jednych przypadkach można każdej chwili zerwać łączność i przywrócić stan poprzedni. Czy taka możliwość zachodzi *in concreto*, co do tego mogą być różne zdania zwłaszcza, jeżeli się uwzględni stronę gospodarczą t. zn. niestosunkowo wielkie koszta lub konieczne zniszczenie wartości (zdrapanie farby z obrazu): to też o *«ferruminationi»* pisze Gaius (D. 6, 1, 23, 5) — przeciwstawiając ją *adplumbationi* — że *«per eandem materiam facit confusionem»*, wskutek czego część dołączona *«unitate maioris partis consumitur»*, podczas gdy Prokulianie utrzymują samodzielność spojonych części. Skoro atoli połączenie uznano za rozerwalne każdej chwili, stan własności nie doznaje zmiany; choć się przyjmie, że dopóki połączenie trwa, tak długo

właściciel części nie może wystąpić z skargą wydobywczą przeciw temu, kto ma całość w rękach, to przecież może on niewątpliwie wnieść *actionem ad exhibendum*, która doprowadzi do odłączenia i umożliwi skargę o własność, albo też doprowadzi do takiej kondemnacji, jak skarga o własność. Całość nie stanowi tu dla prawa jednej rzeczy, nie niszczy samoistności części; niema tu mowy o spożywaniu prawa co do części (I. 499 n.), bo uprawniony może je zbudzić każdej chwili, tem bardziej zaś niema miejsca na konstrukcję, że własność przez połączenie gaśnie, a po rozłączeniu powstaje na powrót. Wyjątek od tych zasad zachodzi tylko przy *inaedificatio* oraz użyciu cudzych *tigna* w winnicy. Połączenie może i w tym przypadku być zupełnie luźne (*Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seii praedio posuit*: D. 41, 1, 60) tak, że nie wytwarza jednej całości; i wówczas jednak, gdy powstała całość, rozłączenie jest możliwe, a zatem należałoby utrzymać dawny stan prawny, o ile strony same nie chciały go zmienić (według Ulp. D. 6, 1, 39 pr. *«redemptores, qui suis cementis aedificant, statim cementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant»*; Gaius D. 41, 1, 7, 12 zdaje się traktować tak samo każdego *«qui in alieno solo sua materia aedificaverit, si scit alienum solum esse»*, ale C. 3. 32, 2, 1 z r. 213 żąda do tego pozytywnie *animus donandi*, a zd. m. tylko ta druga zasada odpowiada prawu klasycznemu). Ustawa 12 tablic wyklucza tu atoli odłączenie, póki budynek stoi. Właściciel materiału nie ma w tym czasie skargi *ad exhibendum*, a z skargą z tytułu własności wystąpić może dopiero po rozłączeniu; tylko w razie doli mógłby w prawie klasycznym wygrać proces *ad exhibendum* w myśl zasady *«dolus pro possessione est»*, a według kompilacji przeprowadzić skutecznie w myśl tejże zasady nawet proces o własność, ale to są już następstwa doli, nie skutki połączenia jako takiego. To ukształtowanie skutków nasunęło jurystom rzymskim obie wspomniane przed chwilą konstrukcje: według jednej *materiae dominus* nie przestaje być właścicielem, ale prawo jego wystąpić będzie mogło dopiero, *«si aliqua ex causa dirutum sit aedificium»*; według drugiej własność jego gaśnie, a dopiero *«cementa... resoluta prior dominus vindicabit»*. Gdyby przepis 12 tablic miał na celu dobro publiczne, odnosiłby się tak do przypadku, gdy właściciel gruntu zbudował sobie dom z cudzego materiału, jak i do przypadku, gdy posiadacz cudzego gruntu użył do budowy na tym gruncie własnego materiału. Tak jednak nie jest. Posiadacz gruntu *bona fide* może wprowadzić, skoro go właściciel skarży, zwrócić grunt wraz z budynkiem i poprzestać na wymuszeniu zwrotu nakładu zapomocą *exco doli*; klasycy przyznają mu atoli *ius*

tollendi »dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum«, a Ulpian idzie jeszcze dalej, bo ius tollendi daje nawet budującemu mala fide, który zwrotu nakładu żądać nie może. Z tego ius tollendi, które zd. m. bezpodstawnie usiłowano przenieść na rachunek kompilatorów, wynika, że w pojęciu prawa klasycznego ustawa 12 tablic chroni tylko właściciela gruntu, który sam budowę przeprowadził; właścicielowi materiału daje w tym przypadku pomoc actio antiqua de tigno iuncto, którą juryści wywodzą także z ustawy 12 tablic, a którą wykluczają jedynie wtedy, kiedy właściciel materiału sam dokonał połączenia lub zgodził się na nie. Nie wiemy o niej wiele. Formułka edyktalna opiera ją nie na winie pozwanego, lecz na furtivitas tigni, pozwala jednak żądać duplum, a zamieszczona jest wśród postanowień de furtis. Wynika stąd, że prawo klasyczne widziało w niej skargę karną, choć pozwalało jej użyć przeciw każdemu posiadaczowi budynku (przeciw budującemu mala fide wystarczała actio furti); możnaby stąd wnosić, że tak było już za republiki, że więc klasyczna actio wzięła karny charakter z prawa dawnego, które i proces o własność podobnie traktowało, a różniła się od tego dawnego prawa tylko przez nacisk na furtivitas, mający usprawiedliwić karę. Są to jednak przypuszczenia: trzeba stwierdzić, że prawa dawnego nie znamy, nie wiemy również, czy w czasach klasycznych dawano właścicielowi materiału pomoc, jeżeli tignum nie było furtivum. Justynian nie wymaga furtivitas, ale odmawia pokrzywdzonemu wszelkich dalszych praw »si fuerit duplum iam persecutus«, podczas gdy dawna skarga karna nie stała niewątpliwie w drodze ani skardze o własność soluto aedificio, ani skardze ad exhibendum, kiedy można jej było użyć z powodu dolus. Justyniańska myśl, że w duplum jest już odpłata za materiał, możnaby wywodzić stąd, że już prawo klasyczne znało taką odpłatę w przypadkach tigni non furtivi; zd. m. łączy się ona raczej z wyraźną tendencją kompilacji do przerobienia skarg czysto karnych na skargi dające także odszkodowanie. W prawach nowoczesnych zniknął oczywiście element karny, zresztą jednak różnice dotyczą tylko szczegółów.

b) Gdzie połączenie nie da się rozerwać, całość stanowi dla prawa jedną rzecz, nie mogą więc istnieć odrębne prawa na częściach. Konsekwencye zasady przedstawiają się inaczej tam, gdzie rzeczy łączone w całość były między sobą równorzędne, inaczej tam, gdzie jedna z nich jako główna pochłonęła w sobie drugą jako dodatek (res mea per praeventiam alienam rem trahit) t. zn. nastąpiło połączenie per accessionem (Rzymianie taki dodatek oznaczają jako accessio). Według źródeł grunt jest zawsze rzeczą główną w stosunku do

ruchomości, łączonych z nim na stałe np. przy satio, gdzie połączenie staje się nierozdzielne, skoro nasienie zakiełkuje, lub przy plantatio, która wywołuje taki sam skutek, skoro roślina zapuści korzenie. Poza tem spotykamy szereg rozstrzygnięć konkretnych: przy scriptura »litterae licet aureae chartis membranisque cedunt«, przy ferruminatio rozstrzygnąć należy »pro portione rei vel pro pretio cuiusque partis«, co do pictura czytamy o różnicach zdań, które na korzyść farby a niekorzyść deski przeciął dopiero Justynian niebardzo szczęśliwym argumentem (»ridiculum est... picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere«; quid iuris, jeżeli Apelles kupił deskę, a ukradł farby?). Widać stąd, że oznaczenie charakteru połączenia nie da się przeprowadzić na podstawie jednolitej formuły. W braku pozytywnej wskazówki ustawy rozstrzygać będzie przeciętne zapatrywanie społeczne, często nazwa dana całości; za glossą tyle zauważyć można, że accessioni towarzyszy z reguły praca produkcyjna, podczas gdy równorzędność zachodzi najczęściej przy połączeniu co do res infectae.

a) Jeżeli przy połączeniu zachodzi stosunek równorzędności, własność na częściach przemienia się w własność na całości, a rezultatem tego będzie współwłasność tj. współwłasność; ułamki przy takiej »confusio«, oznaczanej w źródłach także jako »commixtio«, stosuje się pro rata ponderis, jeżeli np. srebro stopiono w jedną masę, w innych zaś przypadkach tego rodzaju do stosunku wartości łączonych części (że np. w razie furtum okradziony ma także środki prawne z tytułu kradzieży, to inna zupełnie sprawa). Taki sam przypadek mamy i wówczas, gdy kamień leżący na pograniczu wyjęto z ziemi: aż dotąd był on częścią gruntu i rozpadał się na dwie partes pro diviso, teraz »proprium substantiam in unum corpus redactam accipit«, a ta zmiana »confundit ius dominii«. Nieinaczej oceniać należy i przypadek, który glossa oznacza jako commixtio w ścisłym słownym znaczeniu, a w którym »singula corpora manent«, inne jednak okoliczności wykluczają przywrócenie status quo np. jeżeli zmieszano zboże, należące do dwóch osób. I tu powstaje współwłasność, a ta tylko różnica, że podział między spółnikami można przeprowadzić rachunkiem, przyznając każdemu odpowiednią ilość z całej masy; rezultatem takiego podziału jest prawo spółnika do dochodzenia własności już nie na ułamku, lecz na odpowiedniej ilości z całości (quantum parit in illo acervo suum cuiusque esse). Tak samo należałoby traktować i zmieszanie pieniędzy »ita ut discerni non possent«; źródła atoli przyznają własność wyłącznie temu, kto cudze pieniądze zmieszał w ten sposób z własnymi, a poszkodowanemu dają przeciw zbo-

gaconemu tylko skargę osobistą, która nie zastąpi skargi rzeczowej w przypadku konkursu pozwanego. Zasada ta zostaje niewątpliwie w związku z gospodarczem przeznaczeniem pieniądza: jeżeli A zmieszał cudze pieniądze z własnymi i tą masą zapłacił swój dług wobec B, odbiorca zapłaty w dobrej wierze nie może być narażony na skargę z strony pierwotnego właściciela części, a tembardziej nie mogą być narażone na to dalsze osoby, do których fundusz ten przeszedł z rąk B, albowiem wówczas pieniądź nie spełniałby tej roli w obrocie, do jakiej go stworzono, nie mógłby funkcjonować jako środek zapłaty, więc także jako środek zamiany. Zasada rzymska idzie atoli dalej, bo przyjmuje nabycie własności np. w przypadku, gdy mój pełnomocnik pieniądze odebrane dla mnie ma jeszcze u siebie, choć zmieszane z własnymi; w przypadku tym potrzeby obrotu nie wchodzi jeszcze w grę, bo chodzi tylko o stosunek między pełnomocnikiem i mocodawcą. Wątpliwem jest, czy ta nadwyżka pochodzi z prawa klasycznego, które kładzie główny nacisk na »consumere«, a przy tem myśli przede wszystkim o wydaniu cudzych pieniędzy t. zn. o puszczaniu ich w obieg; i prawa nowoczesne nie liczą się jednak przeważnie z całą powyższą różnicą.

β) Dodatek (accessio) »cedit principali«: własność rzeczy głównej obejmuje i dodatek. Dodatek przestaje istnieć dla prawa, a właściciel jego traci swe prawo; wobec tego jednak, że rzecz niegdyś jego weszła w skład rzeczy cudzej, można całą zmianę ująć i w ten sposób, że właściciel rzeczy głównej nabywa przez połączenie, zatem sposobem pierwotnym, własność dodatku. Natura połączenia wyklucza tak utrzymanie, jak i przywrócenie dawnej własności (jeżeli np. drzewo zasadzone wyrwano, Paulus odmawia dawnemu właścicielowi skargi rzeczowej »nam credibile est alio terrae alimento aliam factam«); słusznie jednak nabycie własności określono w tym przypadku jako »formalne«, bo nabywca i tu — jak przy zmieszaniu cudzych pieniędzy — zwrócić musi stratę pokrzywdzonemu, a zatem prawo dawne utrzymuje gospodarczą swą treść, choć w innej formie. Jeżeli właściciel dodatku sam dokonał połączenia i rzecz ma w rękach, służy mu exceptio doli, jak przy specyfikacji. Jeżeli połączenia dokonał właściciel rzeczy głównej, wówczas były właściciel dodatku — poza takimi środkami, jak actio furti i t. d. w razie furtum — ma przeciw niemu zawsze o zapłatę wartości skargę in factum; Gaius (2, 78) pojmuję ją wprowadzić pod nazwą actionis utilis jako skargę o rzecz, ale i ta actio utilis prowadzi również do zapłaty wartości dodatku. Dopiero Justynian i tu, jak przy specyfikacji, przerabia skargę

o wartość na actionem in rem, nadając jej przez to przywileje roszczeń, wynikłych z prawa rzeczowego (konkurs).

200. Zmiany w korycie rzeki publicznej nie wpływają na stosunki prawne, dopóki mają charakter przejściowy (powódź); inaczej przy zmianach na stałe. Zmiany takie mogą nastąpić przez przymulenie (alluvio) t. zn. powolne osadzanie się ziemi i narastanie brzegów, przez oderwisko (avulsio), jeżeli prąd przeniesie większy kawał gruntu, przez opuszczenie koryta (alveus derelictus), wreszcie przy insula in flumine nata. Przy agri arcifinii (I. 328) t. zn. w prawie Justyniańskim przy każdym gruncie, zmiany powyższe wpływają na rozmiar własności. Alluvio staje się częścią brzegu, a właściciel odnoszący stąd korzyść nie ma oczywiście żadnego obowiązku do wynagrodzenia; dopiero przy sztucznej regulacji czasów dzisiejszych sprawa przedstawia się odmiennie, bo przymulenie wywołuje się nakładem pracy i kapitału (wiklinowanie), a zatem w grę wchodzi także interesa przedsiębiorcy, które zaspokoić można już to dając mu własność powierzchni wydartej wodzie, już też — praktyczniej — utrzymując zasadę rzymską w mocy, a przyznając mu prawo zastawu na powiększonym przez przymulenie gruncie. Przy oderwisku zmiana na stałe przychodzi do skutku dopiero przez całkowite spojenie z brzegiem, czego symptom widzą źródła »si arbores radices egerint«; wówczas zaś zachodzi przypadek połączenia cum accessione, które się ocenia według zasad przed chwilą podanych. Przy innych zmianach trudno mówić o nabyciu własności przez połączenie, bo albo brak łączności (insula) albo brak podstawy do uważania brzegu porzuczonego koryta za rzecz główną (z tej przyczyny prawo użytkowania brzegu itp. nie rozciąga się według źródeł na taką wyspę); tu jednak pozytywny przepis daje własność właścicielom brzegów, dzieląc ich w ten sposób, że granicę tworzą środkowa linia koryta przy najwyższym stanie wody oraz prostopadłe do niej, nakreślone z obu brzegów. Rezultat jest widocznie niesłuszny, jeżeli rzeka zajęła cały czyjś grunt, a potem koryto to porzuciła: w tym razie przywrócenie status quo wydaje się konieczne, ale wątpliwem jest, czy kompilacya uznaje ten postulat, a stanowczo nie liczyło się z nim prawo klasyczne. Nie da się z nim pogodzić teoretyczna konstrukcyja kompilacyi, w myśl której własność brzegu sięga już przedtem do środka koryta, choć nie występuje na jaw, póki koryto pokrywa rzeka; jest ona zresztą tylko próbą racjonalnego wytłómaczenia przepisów o przyroście, bo biorąc ją na seryo nie możnaby tu wogóle mówić o nabyciu własności. To też inne źródła określają koryto jako ziemię państwa; historycznie zaś należy prawa sąsiadów pojmować jako powstałe przez

okupację, która odpowiada zapewne dawnym wyobrażeniom, występuje bardzo wyraźnie przy *agri limitati*, a z praktycznych względów utrzymała się — w odmiennej zresztą formie — i później, kiedy teoria uznała *alveum* jako *publicum*. Że już za republiki nie brakło zdań, które w imię słuszności żądały, by prawo uwzględniło interesa osób, poszkodowanych przez zmianę koryta, to wskazują pisma rzymskich geometrów. I ta myśl, która w prawach nowoczesnych zmodyfikowała nieraz zasady rzymskie, nie była starożytności obcą, choć prawo do żalów pokrzywdzonych nie przykładło wagi.

201. Rzeczy wartościowe, znajdujące się w ukryciu od tak dawna, że nikt nie jest w stanie wykazać co do nich swej własności (*ut iam dominium non habeant*), stanowią skarb (*thesaurus*) w znaczeniu technicznem; *sensu largo* mówią źródła o skarbie i wówczas, gdy rzeczy, stanowiące własność pewnej osoby, zostały przez nią ukryte *custodiae causa*. Skarb *sensu stricto* traktowano początkowo jako część rzeczy, zwykle nieruchomości, w której był ukryty; stąd wnoszą Brutus i Manilius (I. 46), że kto zasiedział grunt, zasiedział *hoc ipso* i skarb, a ten sposób pojmowania zbliża skarb do *accessio*. Wkrótce jednak porzucono ten prymitywny pogląd i uznano skarb za rzecz odrębną; trzeba więc było określić, która z osób wchodzących w grę ma dostać własność skarbu, czy właściciel gruntu, czy ten, kto skarb odkrył (znalazca), czy ten, kto go pierwszy wziął w posiadanie, a rozstrzygnięcie utrudniały roszczenia *aerarii populi* względnie fiskusa, występujące bardzo energicznie właśnie w początkach cesarstwa. Roszczenia te opierały się zapewne na rozumowaniu, że skoro skarb nie jest częścią gruntu, to nie należy do nikogo, zatem *aerarium* czy *fiscus* może nań położyć rękę, jak na *bona vacantia*; według notatki jednak w I. 2, 1, 39 już Hadrian *«naturalem aequitatem secutus»* przyznał znalazcy jako takiemu połowę skarbu, właścicielowi gruntu połowę drugą. Jest to pierwsza pozytywna wiadomość o losach prawnych skarbu; później fiskalizm brał jeszcze nieraz, całkowicie lub częściowo, górę nad osobami prywatnymi, ale za Justyniana obowiązują znów z drobnymi zmianami zasady *«aequitatis»*. Teoretyczne ich ujęcie napotyka na poważne trudności. Udział właściciela — z własnością stawia już glossa na równi *dominium utile* — tłumaczy się niewątpliwie dawną ideą akcesyi, przypada mu więc i wtedy, gdy skarb odkryła siła przyrody np. trzęsienie ziemi; wątpliwą jest natomiast podstawa praw znalazcy, zwłaszcza, że według kompilacyi przy znalezieniu skarbu na cudzym gruncie może on rościć sobie prawa tylko wówczas, gdy odkrycia dokonał *fortuito casu*, nie może niczego żądać, jeżeli skarb odkrył *data ad hoc opera* bez zezwolenia właści-

ciela gruntu. Ostatni przepis wskazuje, że prawa znalazcy nie opierają się na zawłaszczeniu; stąd wynika zarazem, że prawa te ma nie pierwszy posiadacz, lecz ten, kto skarb odkrył, ale ten ostatni ma je i wówczas, gdy skarb wydobyły na wierzch siły przyrody (dziewczę z Anzio). Z drugiej atoli strony niemożna praw znalazcy sprowadzać do premii za przywrócenie światu pewnej wartości gospodarczej — *data ad hoc opera* pozbawia go praw. Najwięcej tedy prawdopodobieństwa ma za sobą pogląd, który łączy historycznie prawa znalazcy z okresami fiskalizmu, kiedy inventor dostawał *medietatem inventi* za doniesienie władzy; panujący rzekł się później roszczeń fiskalnych, ale prawa *inventoris* utrzymał w mocy. Dla dogmatyki możnaby stąd wyciągnąć wniosek, że właścicielem całego skarbu staje się właściciel gruntu, a znalazca ma tylko do niego prawo *in personam*; prawo rzymskie daje jednak znalazcy niewątpliwie prawo rzeczowe, a przeciwnie co do rzeczowej natury praw właściciela gruntu podnoszono nieraz na podstawie litery źródeł nieuzasadnione zd. m. wątpliwości. W każdym razie zasady rzymskie trudno uważać za racjonalne, skoro się je porówna np. z traktowaniem tego, kto w cudzym gruncie wykrył minerały (wyżej s. 3); to też prawa nowoczesne odbiegają w szczegółach od kompilacyi, jakkolwiek praw znalazcy nie kwestyonują.

202. Przeciwnieństwem połączenia jest przypadek, gdy czyjaś rzecz wydaje owoce, czy z przyczynieniem się pracy ludzkiej (t. zw. *fructus industriales*), czy też bez tego (*fructus mere naturales*). Przy uregulowaniu prawnem tego przypadku najprostszem wydaje się przyjąć, że *fructus pendentes* są częścią rzeczy i że sytuacja prawna tej części nie zmienia się przez separację, że zatem owoc oddzielony należy w dalszym ciągu do tego samego właściciela. Separacja nie wywoływałaby przy takim uregulowaniu żadnej właściwie zmiany w stosunkach prawnych, bo choć owoc oddzielony jest rzeczą nową, to przecież własność owocu jest tylko dalszym ciągiem własności, jaka istniała przedtem na rzeczy macierzystej wraz z owocami; prawo rzymskie poszło jednak inną drogą, albowiem konsekwencye powyższego pojmowania owoców nie dadzą się pogodzić z gospodarczem ich przeznaczeniem. Taką niezgodność widać już co do *partus ancillae*. Nie jest on wprawdzie według klasyków owocem, a skutkiem tego w całym szeregu kierunków traktuje go się istotnie jako część rzeczy macierzystej: stąd wynika, że *partus* taki należy zawsze do właściciela matki, nie do użytkowcy (wykluczenie nabycia przez użytkowcę było może właśnie tym celem praktycznym, który chciano osiągnąć, odmawiając już za republiki — D. 7, 1, 68 pr. — płodowi

charakteru owocu) ani do posiadacza w dobrej wierze; stąd wynika również, że właściciel matki staje się odrazu przez separację właścicielem partus, choć niewolnik jest *res Mancipi*, a nabycie płodu jest nabyciem »naturalnem«, *iuri civili* nieznanem. Wychodząc z tego założenia musiałoby się jednak *partum ancillae furtivae* uważać za *res furtiva* i bezwzględnie wykluczyć co do niego zasiedzenie. Otóż klasycy zdają sobie z tego doskonale sprawę (D. 41, 3, 10, 2), a przecież w interesie posiadacza *bona fide* uznają możliwość *usucapionis*, jeżeli i poczęcie i poród — według łagodniejszej opinii tylko poród — nastąpiły u posiadacza w dobrej wierze, dla uzasadnienia zaś piszą »*non esse partum rei furtivae partem*«. Tembardziej nie można za część rzeczy macierzystej uważać owocu, i to nie tylko ze względu na *vitium furtivitatis*, lecz przede wszystkim dlatego, ponieważ gospodarze przeznaczenie owoców każe nieraz własność ich przyznać komu innemu, komu przypaść ma dochód, nie właścicielowi rzeczy macierzystej. W tych przypadkach np. gdy owoce nabywa na własność posiadacz *bona fide*, niema oczywiście mowy o kontynuacji własności poprzednio istniejącej. Tu mamy niewątpliwie własność nową; ślady takiego pojmowania stosunku wykryć jednak zd. m. można i w przypadku, kiedy owoce przypadają właścicielowi.

a) W przypadku tym, który uważać należy za regułę, wydaje się wprawdzie *prima facie* obojętnem, czy przyznamy właścicielowi własność nową, czy dalszy ciąg własności dawnej; możnaby uważać tę kwestję za rozstrzygającą dla pytania, czy zastaw rozciąga się na owoce mimo braku wyraźnej umowy, ale różnice zdań, jakie co do tego w źródłach klasycznych spotykamy, wiążą się prawdopodobnie i tutaj — jak przy przerobieniu — z odmienną oceną intencji stron przy ustanawianiu zastawu, nie z odmienną oceną natury własności na owocach. To też juryści nie poruszają natury własności ani przy ziemiopłodach ani przy przychowku zwierząt, który również wcześniej, bo jeszcze za republiki, za owoc uznano; wyjątek zachodził atoli zd. m. co do przychowku zwierząt, zaliczonych do *res Mancipi*. Gdyby się własność młodych uważało za dalszy ciąg własności dawniej istniejącej, sprawa byłaby i tu zupełnie prosta; jeżeli się jednak na podstawie nowości rzeczy przyjmuje własność nową, to własność *ex iure Quiritium* na *res Mancipi* nie może wynikać już z faktu odłączenia, może powstać dopiero przez *usucapionem* (co do tytułu niema wątpliwości, choćby się wykluczyło *titulum pro suo* D. 41, 10, 2). Ta okoliczność zdaje mi się rzucać światło na wspomniany przez Gajusza (2, 15) spór między Prokulianami, którzy i tu bronią nowości własności, natychmiastowe zaś nabycie jej drogą »naturalną« umożli-

wiają właścicielowi, uważając młode za *res Mancipi* dopiero po ujarzmieniu, a Sabinianami, którzy tego wybiegu nie potrzebują, bo nowości nie przyjmują. Idąc dalej za tą hipotezą łatwo zrozumieć, że cała kontrowersja, która nie miała doniosłości praktycznej, nie przetrwała czasów Celsusa i Juliana, tembardziej zaś, że w kompilacji nie pozostawiła śladu.

b) Oddawna musiały i w Rzymie zdarzać się przypadki, że na gruncie gospodarował posiadacz nie będący właścicielem np. ktoś, kto nabył go drogą *manypacji* a *non domino*; otóż prawo rzymskie przyznawało mu owoce na własność tak, jak właścicielowi, byleby miał co do gruntu warunki *usucapionis*. Był to wyjątek od reguły, że owoce przypadają właścicielowi gruntu; wyjątek ten tłumaczyły jednak i gospodarze przeznaczenie owoców i wzgląd na potrzeby obrotu. Nie widać też w źródłach co do tego przypadku śladów wątpliwości; musiały one atoli pojawić się później, kiedy chów bydła zyskuje większe znaczenie gospodarcze i kiedy skutkiem tego rozszerza się pojęcie owocu. Pytanie, czy wyjątek rozszerzyć także na tę kategorię owoców, musiało sprawiać trudności zwłaszcza Sabinianom, jeżeli się przypuszcza, że własność przychowku była dla nich przedłużeniem własności przedtem istniejącej; wychodząc z tego założenia można posiadaczowi przyznać tylko posiadanie i możliwość *usucapionis*. Trudności te usunął, jak się zdaje, wpływ Juliana, który posiadacza w dobrej wierze stawia co do owoców na równi z właścicielem, a argumentuje przede wszystkim tem, że posiadacz taki ma »*plus iuris in percipiendis fructibus*« od użytkowcy (D. 22, 1, 25, 1); skoro użytkowca niewątpliwie wszelkie owoce dostaje na własność, to i posiadacz ad *usucapionem* nie może być przez Juliana gorzej traktowany. Takie ujęcie kwestyi ma i tę dobrą stronę, że pozwala nie troszczyć się o różnicę między *res Mancipi* i *nec Mancipi*, skoro właściciel wszelkie owoce nabywa odrazu *pleno iure*. To też późniejsi klasycy przyjmują bez zastrzeżeń zasadę, że posiadacz ad *usucapionem* staje się właścicielem wszystkich owoców, i nie starają się nawet o materialne jej usprawiedliwienie; myśl, że owoce stanowią nagrodę za pracę (idea produkcyjna), jakkolwiek wspominana w źródłach, usprawiedliwieniem takim nie jest, bo posiadacz nabywa wszystkie owoce »*non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt*«. Mimo tego jednak nie brak zd. m. w kompilacji śladów, że juryści rzymscy nie doszli odrazu do takiej zgodności poglądów. Jeżeli jeszcze Paulus D. 41, 3, 4, 19 wyklucza wyraźnie potrzebę *usucapionis* co do takich przedmiotów, które już Sabinus uważał za owoce, to trudno widzieć w tem coś innego, niż osad dawniejszej literatury,

która w kompilacji nie znalazła już miejsca, a tak samo tłumaczy się i to, że Ulpian D. 47, 2, 48, 5 wspomina co do fetus pecudum o możliwości usucapionis, choć w dalszym ciągu bonae fidei emptorem czyni »statim« właścicielem; z tej samej przyczyny piszą kompilatorowie pod firmą Gaia D. 22, 1, 28 pr., że »agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii«, co niezupełnie odpowiada prawu klasycznemu i kompilacji (użytkowca nabywa owoce dopiero perceptione; p. niżej lit. d), ale potrzebne było dla odparcia opinii, obstającej przy konieczności usucapionis. Na podstawie ostatniego ustępu możnaby przypuszczać, że kompilatorom szło przede wszystkim o zatarcie różnicy między res Mancipi i nec Mancipi, a na potwierdzenie tego przypuszczenia możnaby przywieść, że w I. 2, 1, 37, gdzie zresztą mowa tylko o użytkowcy, dodano do tego ustępu słowo »equuli«, przez co zdradzono intencję redaktorów, że zaś dawniejszy stan prawa ma na myśli jeszcze Julian, kiedy w D. 21, 2, 43 omawia przypadek, iż właściciel vituli odebrał go drogą skargi emptori vaccae, nie zaznacza zaś bynajmniej, by kupującemu brakowało warunków usucapionis. Wynikałoby stąd, że wśród dawniejszych jurystów byli i tacy, co godząc się z »naturalnem« nabyciem innych owoców przez posiadacza ad usucapionem przyjmowali przecież wyjątek co do res Mancipi; ponieważ jednak podstawą wszystkich tych przypuszczeń jest jedynie fakt, że pewne ustępy Digestów Justyn. są interpolowane, a pierwotne ich brzmienie nie da się z dostateczną pewnością odtworzyć, przeto poprzestaję na stwierdzeniu, że różnice zdań istniały, choć już u ostatnich klasyków należą do przeszłości. Wyraźniej rysuje się w źródłach ewolucja teorii co do szczegółów. Zestawienie posiadacza ad usucapionem z właścicielem prowadzi do wykończenia nauki przez przyznanie posiadaczowi własności już od chwili separacji, co odgranicza ostro ten przypadek od użytkowania (Julian D. 22, 1, 25, 1), a na co przedtem, jako na kwestię bez praktycznego znaczenia, nie kładziono nacisku; jeszcze większy wpływ wywiera tu rozwój nauki o usucapio. Kiedy mianowicie bona fides staje się odrębnym warunkiem usucapionis, poddano rewizji także naukę o nabyciu owoców i ujęto ją w formułę: »bonae fidei possessor fructus suos facit«, a z formuły tej wysnuto dalsze konsekwencje, które prawo do owoców oddzieliły od warunków usucapionis. Tą drogą tworzy się zasada, że nawet wówczas, gdy brak warunków usucapionis np. res jest furtiva, owoce przypadają przecież posiadaczowi bona fide, o ile same nie są dotknięte vitio furtivitatis; stąd wynika również, że kompilacja zna w tym względzie tylko kontrast między posiadaczem w dobrej i złej

wierze, nie przywiązując wagi do tego, czy posiadacz ma tytuł, czy mu go brak; stąd tłumaczy się wreszcie, że Julian wymaga dobrej wiary tylko przy nabyciu posiadania rzeczy, że jednak już Pomponius wyraża co do tego wątpliwość (D. 41, 1, 48, 1), a Paulus eodem oświadcza się stanowczo za wykluczeniem nabycia owoców od chwili późniejszej mala fides i za przerwaniem związku z usucapio. Kompilacja w teorię klasyczną wnosi nowy zupełnie pierwiastek, zastępuje bowiem dotychczasowe правило formułą: »bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit«. Nie wykluczono przez to nabycia wszystkich owoców, włożono jednak na posiadacza obowiązek do zwrotu fructus extantes przy procesie o zwrot rzeczy, przyjęto bowiem, że officium iudicis w tym procesie rozciąga się także na fructus extantes jako causam rei. Tkwi w tej innowacji zdrowa myśl gospodarcza: właściciel powinien razem z gruntem dostać także udział w owocach, w szczególności np. zboże pozostawione na zasiew, bo w ten sposób nastąpi słuszne wyrównanie sprzecznych interesów. W kompilacji jednak tę myśl przeprowadzono tylko połowicznie, czego najlepiej dowodzi ta okoliczność, iż owoce uważa się za »skonsumowane« już przez to, że posiadacz je sprzedał lub że je zebrał jego dzierżawca. Połowiczność ta jest prawdopodobnie następstwem zastosowanej przez kompilatorów techniki, albowiem nową zasadę wypowiedziano tylko zapomocą niezawsze zręcznych interpolacji tekstów klasycznych. Jurysci rzymscy o takim kompromisie nie myśleli. Jedyny objaw pokrewnej natury to wypowiedziana przez Papiniana zasada, że owoce trzeba posiadaczowi bonae fidei policzyć na poczet jego nakładów na rzecz, a zatem tylko co do »superfluum« nakładów przyznać mu prawo do zwrotu zapomocą exceptio doli wobec skargi właściciela o zwrot rzeczy (D. 6, 1, 48 i 65). Wskazuje to, iż Papinian zbogacenia się posiadacza z owoców nie uznawał za materialnie usprawiedliwione, ale myśl ta jest dopiero w zawiązku, w żadnym zaś razie nie ma wspólnego z ograniczeniem praw posiadacza do fructus consumpti. W prawach nowoczesnych spotykamy też niejednokrotnie przepisy, które wracają do zasad klasycznych.

c) Qui vectigalem fundum habet oraz późniejszy dzierżawca wieczysty (emfiteuta prawa Justyniańskiego) nabywa owoce z gruntu dzierżawionego tak jak właściciel, którego prawo do owoców wyklucza; zrównanie to, które glossa rozszerza na dominium utile, jest łatwo zrozumiałem następstwem faktu, że stanowisko prawne takiego dzierżawcy dogmatycznie niezem niemal nie różni się od własności. Nabycie owoców przez dzierżawcę wieczystego jest niewątpliwie nabyciem pochodnym, bo choć je nabywa z mocy swego prawa, to prze-

cież nabycie owoców zawisło od istnienia tego prawa; gdyby prawo dzierżawy wieczystej nie istniało, gdyby je np. ustanowił *non dominus*, rzekomy dzierżawca mógłby uzyskać owoce tylko z tytułu posiadania *bona fide* t. zn. pod całkiem innymi warunkami (przy istnieniu dzierżawy wieczystej owoce przypadają dzierżawcy bez względu na jego posiadanie). Nabycie to jest tedy pochodnem w tem samym znaczeniu, jak nabycie owoców przez właściciela; błędem byłoby jednak pojmować rzecz w ten sposób, jakoby owoce stawały się z chwilą odłączenia własnością właściciela i od niego przechodziły na własność dzierżawcy, albowiem wówczas dzierżawca mógłby według zasad rzymskich uzyskać własność dopiero *perceptione*.

d) Jeżeli rzecz owocodajna jest obciążona użytkowaniem, owoce należą się użytkowcy. Nabywa on je w sposób pochodny, gdyż nabycie zawisło od istnienia użytkowania (por. wyżej pod e); nabycie następuje według źródeł rzymskich dopiero przez *perceptione* tj. objęcie owoców w posiadanie. Można wątpić, czy zasadę powyższą uznano od razu co do wszystkich rodzajów owoców, czy w szczególności przy *res mancipi* niektórzy juryści nie wymagali *usucapio*. Przemawiałaby za tem przyjęta wyżej pod b) interpolacja D. 22, 1, 28 pr., a stąd wynikałoby zarazem, że i w kompilacji słowa: *«agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt... fructuarii»* nie wykluczają bynajmniej konieczności *perceptioni*, bo podkreślić mają tylko zbędność *usucapionis*; brakłoby wówczas podstawy do twierdzenia, że w prawie Justyniańskim młode przypadają użytkowcy już z chwilą separacji. W każdym atoli razie już Sabinus bronił zdania *«fructus pecorum ad fructuarium pertinere»*, a oznaczenie *perceptioni* jako chwili nabycia musiało być zupełnie bezsporne, kiedy Julian tym właśnie argumentem walczy, by uzasadnić prawa *beneficiarii*, który ma *«plus iuris in percipiendis fructibus»*. Konsekwencje zasady są wcale dziwaczne, bo np. *«si fur decerpserit fructus maturos pendentes»*, trzeba za Julianem (D. 7, 1, 12, 5) przyjąć, że właściciel gruntu jako właściciel owoców został kradzieżą bezpośrednio dotknięty i ma prawo do zwrotu owoców, że jednak pokrzywdzonym przez kradzież jest użytkowca i jemu przyznać należy skargę karną. To też w tym samym ustępie Marcellus redukuje prawa właściciela do rzędu zjawiska przejściowego, bo przyznaje użytkowcy własność *«si postea fructus istos nactus fuerit»*, a pogląd ten prowadzi zd. m. do wniosku, że użytkowca i przed *perceptione* użyć może środków właściciela, bo ma prawo do *perceptioni*. Ulpian odrzuca tę myśl. Jego zdaniem kwestya własności jest w zawieszeniu, co trudno uważać za konstrukcyę szczęśliwą, bo np. konsumpcya przez złodzieja musiałaby rozstrzygnąć stan zawie-

szenia na niekorzyść użytkowcy, który wówczas nie może już owoców dostać w posiadanie; w każdym jednak razie spór powyższy dowodzi, że późniejsi klasycy owego nabycia przez *perceptione* nie przyjmowali bezkrytycznie, a nowoczesne ustawodawstwa równają przeważnie użytkowcę w tym względzie z właścicielem i przyznają mu owoce od separacji. Wyjątkowo spotykamy w źródłach przypadki, w których nawet *perceptione* nie czyni jeszcze użytkowcy właścicielem: tak mianowicie przy użytkowaniu trzody winien z przychowku uzupełnić ilość pierwotną (*in locum capiti defunctorum... alia summittere*), wskutek czego Julian (D. 7, 1, 70, 1) zawiesza własność młodych *«ut si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii»*. Jest to naturalne następstwo zasady, że użytkowanie nie może naruszyć *«kapitału»*, a zatem w przypadku powyższym za owoc uważać można jedynie nadwyżkę, jaka zostanie po pokryciu kapitału.

e) Dzierżawca nabywa owoce *perceptione*, a kompilacya tłómaczy to zwrotem *«quia voluntate domini eos percipere videatur»*. Nowoczesna teorya romanistyczna pojmuje na tej podstawie nabycie przez dzierżawcę jako odmianę nabycia przez tradycyę i wnosi stąd, że zakaz właściciela wyklucza *pro futuro* przejście owoców na własność dzierżawcy. Najnowsze badania źródeł stwierdziły jednak w sposób zd. m. przekonywujący, że właściciel może wprowadzić przez złamanie kontraktu odciąć dzierżawcy *de facto* możliwość *perceptioni*, że natomiast zmiana jego woli nie wyklucza jeszcze nabycia własności przez *perceptione*. Wobec tego zrównanie tego przypadku z tradycyą nie da się utrzymać; w każdym atoli razie nabycie jest pochodne, bo zawisło od tego, aby oddający rzecz w dzierżawę miał prawo do owoców, które dzierżawca zbiera, oraz aby go z dzierżawcą łączył wiążący kontrakt dzierżawy. Podobnie oceniać należy zd. m. stanowisko wierzyciela, któremu właściciel rzeczy przyznał prawo do poboru owoców (np. *«ut in compensationem pecuniae suae certi temporis fructus caperet»*: D. 13, 7, 39), oraz stanowisko zastawnika, który ma zastaw w rękach i owoce zbiera, a przez to staje się zd. m. ich właścicielem, o ile wyraźny układ stron tego nie wykluczył. Inna oczywiście kwestya, czy i kiedy zastaw na pewnej rzeczy obejmuje także jej owoce. Ta sprawa nie ma znaczenia dla nabycia własności owoców; nie stoi z nią również w żadnym związku pytanie, czy i na jakich zasadach ma być przeprowadzony między wierzycielem i dłużnikiem rozrachunek co do owoców, które przypadły ewentualnie wierzycielowi na własność. Z pytaniem tem spotkamy się przy nauce o zastawie.

f) *Precarium* oznacza u klasyków odstąpienie komuś używania

rzeczy aż do odwołania. O ile prekarystą jest właściciel (który np. oddał rzecz w zastaw i od zastawnika otrzymał ją precario napowrót) lub inny uprawniony do nabywania owoców, stanowisko jego co do owoców nie ulega zd. m. przez precarium żadnej zmianie. W innych przypadkach, jeśli precario dantis miał prawo do owoców, prekarysta nabywa je perceptione aż do odwołania; tu pokrewieństwo z tradycją wydaje mi się niewątpliwe tak, że zmiana woli precario dantis wyklucza nabycie przez prekarystę.

C. Nabycie oparte na ius honorarium względnie prawie cesarskiem.

203. Nabycie własności ex iure honorario stwarza — aż do Justyniana — tylko tytuł usucapionis, o ile istniały podmiotowe i przedmiotowe warunki własności kwirytarnej; i w tych jednak przypadkach, tembardziej zaś w innych, pretor daje temu, kogo uznaje za właściciela, ochronę równie skuteczną, jak gdyby był właścicielem ex iure Quiritium. Zachodzi to:

a) przy adiudicatio, jeżeli spór należał do sfery imperium, zresztą zaś innych warunków nabycia własności (wyżej s. 11) nie brakowało;

b) właściciel np. niewolnika, pozwany za jego czyn skargą noksalną, może uchylić się od procesu, a wówczas przeciwnik zabiera niewolnika iussu praetoris. Ductio w ten sposób dokonana czyni skarżącego właścicielem według prawa pretorskiego, jeżeli pozwany nim był; nabycie jest tedy pochodne, a jeżeli pozwany nie miał własności, skarżący uzyska tylko posiadanie i — jak przy każdej ductio — tytuł do cywilnej usucapio. Pretor stosuje te zasady niewątpliwie i do cudzoziemców; mamy tu zatem nabycie własności ex iure gentium;

c) podobnie przedstawia się rzecz, jeżeli właściciel wadliwego budynku nie dał sąsiadowi kaucyi, że mu wynagrodzi zrządzoną przez grożące »ruere« szkodę, a skutkiem tego pretor dekretem swym przeniósł na sąsiada wyłączne posiadanie. Missus uzyskuje tytuł do usucapio; i przed upływem terminu usucapionis jednak korzysta z ochrony pretorskiej, a choć w prawie klasycznym środki ochrony odbiegają od tych, jakie ma właściciel prawa pretorskiego, to przecież stanowisko prawne missi nie różni się w rzeczywistości już wówczas od innych przypadków własności pretorskiej. W prawie Justyniańskiem ten sposób nabycia własności, który należał może początkowo do prawa ściśle narodowego (I. 64), postawiony zostaje z innymi przypadkami nabycia całkowicie na równi.

204. Na prawie cesarskiem opierają się przypadki następujące:

a) Jeżeli zastawnik nie może znaleźć na zastaw kupca, może prosić panującego o »impetratio domini«. Zarządzenie panującego przenosi własność na wierzyciela dopiero po upływie pewnego czasokresu, w ciągu którego dotychczasowy właściciel może jeszcze zapobiedz utracie. Zachodzi tu więc zjawisko podobne, jak przy agri deserti (wyżej s. 33). Prawom nowoczesnym nie jest znane.

b) Szereg pozytywnych przepisów, nie mających większego znaczenia ani dla historii prawa ani dla dogmatyki, wprowadza przejście własności jako karę. Tak np. przedmiot kontrabandy przepada na rzecz fiskusa względnie dzierżawców cla; według uchwały senatu z czasów Marka Aureliusza współwłaściciel, który poniósł kosztą na naprawę, nabywa ipso iure udział spółnika, który mu w 4 miesiącach odpowiedniej części kosztów nie zwróci, i t. p. Postanowienia o agri deserti, w których i ta myśl odgrywa pewną rolę, wspomnieliśmy już w innem miejscu (wyżej s. 33).

c) W niektórych przypadkach prawo Justyniańskie daje reivindicationem »utilem« takim osobom, które według zasad o nabywaniu własności nie są właścicielami; nasuwa się więc myśl, że i tu następuje t. zw. transitus legalis tj. przejście własności z woli ustawy. Już jednak mówiąc o przeistoczeniu rzeczy i o połączeniu (pictura) podniosłem, że reivind. utilis jest innowacją, zapomocą której prawo Justyn. stara się roszczeniu in personam zapewnić przywileje skarg rzeczowych, nie zmieniając zresztą jego natury. W innych przypadkach reivind. utilis nie da się wprowadzić wykluczyć zamiar przyznania własności temu, komu się przyznaje skargę rzeczową; trudno im jednak przypisać większe znaczenie, a to raz ze względu na wyjątkowy ich charakter (przywilej dla żony co do rzeczy posagowych soluto matrimonio; przywilej małżonka co do rzeczy, nabytych przez drugiego małżonka za pieniądze, które były darowane inter virum et uxorem, pozostały tedy własnością darującego; przywilej pupila co do rzeczy, które opiekun nabył suo nomine za pieniądze pupila; takiż przywilej dla żołnierza wobec każdego, kto nabył rzecz za jego pieniądze), drugi raz z uwagi na to, że i tu mamy, jeżeli nie wszędzie, to w przeważnej części, innowacje Justyniańskie, wywołane wpływem zasad hellenistycznych (żona jest właścicielką posagu; czyj pieniądz poszedł na zapłatę za rzecz, do tego należy własność), odbiegające od prawa klasycznego. Zasady »res succedit in locum pretii« nie znają również w takim znaczeniu prawa nowoczesne; jedyny przypadek reivind. utilis, który ma ogólniejszą doniosłość, wiąże się

z zmianą pojmowania *modi* w kompilacji i został już omówiony (I. 402).

d) Najgłębszych zmian dokonało prawo cesarskie co do nabycia własności przez dłuższe posiadanie. Konieczność legalizacji stanu faktycznego sięgała poza granice cywilnej *usucapionis*. Następstwem tego było wytworzenie się wspomnianej już *praescriptio longi temporis* (I. 494), którą stosowano najpierw do gruntu prowincyi, potem także do ruchomości posiadanych przez cudzoziemców. Na ukształtowanie jej, w szczególności na określenie jej warunków, wpływać musiała i teoria *usucapionis*; *praescriptio* nie dawała jednak początkowo posiadaczowi własności, lecz tylko środek do odparcia skargi właściciela, a i poza tem zachodziły istotne różnice (nauka o *accessio temporis* wyrobiła się przy *praescriptio* i stamtąd przeszła do *usucapio*; wniesienie skargi przerywało *preskrypcję*, nie wpływało natomiast na bieg *usucapionis*). Z upływem *praescriptio*ni złączono wprawdzie wkrótce skutek pozytywny: posiadaczowi przyznano także bezwzględnie skuteczną *actionem in rem*. *Praescriptio* staje się wówczas sposobem nabycia własności, nie zlewa się jednak przez to z *usucapio*, bo i zakres zastosowania pozostaje odmienny i wymagany czas posiadania jest inny i zasady o przerwie różnią się między sobą. W państwie wschodnio-rzymskiem, gdzie ziemia była naogół gruntem prowincjonalnym, a wszyscy niemal wolni byli *cives Romani*, wytwarza się wskutek tego taki stan, że *praescriptio* stosuje się prawie do wszystkich nieruchomości, *usucapio* prawie wyłącznie do ruchomości. Justynian pragnie przekształcić *usucapionem* i *praescriptionem* w jednolitą instytucję. Termin zasiedzenia ma być wprawdzie odmienny: przy ruchomościach wymaga się trzech lat, przy nieruchomościach obowiązywać mają dawne terminy *praescriptio*ni, które Justynian dokładnie określa, wyjaśniając zarazem, że dwa lata *inter absentes* liczy się za jeden rok *inter praesentes*. Zresztą jednak prawo Justyniańskie poddaje obydwie przypadki jednakowym prawidłom »*differentiis sublati*s«, w szczególności przy nieruchomościach stosuje zasady dawnej *usucapionis* o rzeczach, które nie mogą być zasiedziane (np. *res vi possessae*), przy ruchomościach zasady *preskrypcyi* o przerwie zasiedzenia przez wniesienie skargi, którą się od *glossy* oznacza jako »*usurpatio civilis*«. Jednolitości zasiedzenia nie wyklucza fakt, że kompilacja utrzymała utartą terminologię t. zn. mówi przy ruchomościach o *usucapio*, przy gruntach o *praescriptio*; ponieważ atoli nie zdołano zatrzeć w źródłach klasycznych wszystkich śladów dawnej *usucapio*, przeto terminologia owa dała romanistom powód do wątpliwości, czy istotnie kompilacja zna zasiedzenie jednolite, wątpliwości zupełnie

bezpodstawnych, jeżeli chodzi o dogmatykę prawa Justyniańskiego. Oprócz powyższej reformy wprowadza Justynian do zasiedzenia dwie nowości. Pierwszą jest przepis Now. 119, że kupujący nie może zasiedzieć rzeczy nieruchomości, którą mu sprzedał posiadacz *malae fidei*, jeżeli właściciel nie wiedział albo o sprzedaży albo o swem prawie; czy przepis ten zwraca się tylko przeciw kupującemu, czy wyklucza wogóle zasiedzenie rzeczy w takich warunkach sprzedanej (jak przy *res furtivae*), trudno z jego brzmienia wyczytać. Drugą nowością jest t. zw. zasiedzenie nadzwyczajne. Skarga o własność przeciw posiadaczowi w dobrej wierze ulegała przedawnieniu w latach 30 względnie — na niekorzyść osób uprzywilejowanych, jak *fiskus*, *ecclesia* i t. p. — w latach 40, choćby pozwany nie miał warunków zasiedzenia. Justynian z każdym takim przedawnieniem łączy nabycie przez posiadacza własności, choćby szło o *res furtivae* czy *vi possessae* lub choćby posiadaczowi brakowało tytułu, wymaganego do zasiedzenia zwyczajnego.

3. Ochrona własności.

205. Właściciel ma skargę karną przeciw złodziejowi, przeciw temu, kto rzecz jego uszkodził, i t. p.; te skargi jednak zwracają się *in personam* t. j. tylko przeciw temu, kto się dopuścił deliktu, i zmierzają do kary, przez co stanowią dla pokrzywdzonego surogat zemsty. Celem ochrony własności jako takiej, celem przymusowego usunięcia od rzeczy osób trzecich, które do niej jako do cudzej nie mają prawa się mieszać, wykształciło prawo rzymskie środki dwojakiego typu, skargę o wydanie rzeczy przeciw temu, w czyich rękach się znajduje, zwaną skargą wydobywczą (*rei vindicatio*), i skargę przeciw temu, kto w inny sposób wkroczył w sferę monopolu właściciela, zwaną skargą przeczącą (*negatoria*). Skargę wydobywczą zna już proces *legisakcyjny*; wiadomości o niej jednak z tych czasów mamy niewiele. Wiemy, że postępowanie zaczyna się *in iure* — przy ruchomościach *re praesente* — od *manus conserere* (I. 454). Po tem pierwszym »starciu« pyta powód przeciwnika, *ex qua causa vindicaverit*, a otrzymawszy według schematu *Gaia* odpowiedź »*ius peregi*« wyzywa go do złożenia, później tylko zabezpieczenia, stawki procesowej (*sacramentum*), której wysokość — 50 lub 500 *assów* — zależy od wartości spornej rzeczy. Jeżeli pozwany podejmie wyzwanie, następuje uregulowanie posiadania na czas sporu: »*praetor secundum alterum... vindicias dicebat id est interim aliquem possessorem constituebat eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum*

id est rei et fructuum» (G. 4, 16). Rozstrzygnięcie in iudicio stwierdza »utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit«; co do następstw przegranej brak źródłowych wiadomości, według wszelkiego jednak prawdopodobieństwa sięgały one poza wydanie rzeczy i owoców, zatem miały charakter karny (I. 442 n.), który spotkaliśmy także przy actio de tigno iuncto (wyżej s. 38). Naturę tego procesu starałem się określić już poprzednio (s. 6). Charakteryzuje ją wyzwanie do sacramentum, które procesowi dało nazwę (lege agimus sacramento). Wyzывая wypowieda powód formułę: »quando tu iniuria vindicavisti... sacramento te provoco« t. zn. łączy wyzwanie z zarzutem bezprawnego vindicare, który czyni właściwym przedmiotem sporu. Jeżeli vindicatio pozwanego ma być uznana za bezprawie, to moment bezprawności leżeć może tylko w tem, że pozwany stawiał opór właścicielowi. Zarzut iniuriae krystalizuje się tedy naokoło własności powoda, a kwestya tej własności przechodzi w sprawę karną i w tej sprawie karnej schodzi na drugi plan. Zmiany powyższego stosunku dopatrywać się można dopiero w późniejszym »agere in rem per sponsionem«. Można przypuszczać, że w tem postępowaniu kwestya własności powoda w zawartym przez strony zakładzie występuje czysto, że przestała już być tylko punktem oparcia dla sprawy karnej. Przypuszczenia tego nie wyklucza okoliczność, że i tu pozwany odpowiada jeszcze za duplum przynajmniej co do owoców z czasu procesu; za niem zaś przemawia z jednej strony zwrot Gaia, że przy agere in rem per sponsionem »ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse«, z drugiej strony to, iż według Gaia 4, 94 posiadanie zdaje się na czas sporu pozostawać zawsze przy pozwanym, a powód musi przeciw niemu przeprowadzić dowód swego prawa. Na tej podstawie można związać agere in rem per sponsionem z wytworzeniem się w Rzymie ochrony posiadacza jako takiego, więc i pojęcia posiadania jako stanu, który ma być utrzymany tak długo, póki nie będzie wykazana jego sprzeczność z prawem. Dochodzimy tą drogą do hipotezy, że po wytworzeniu się takiego pojęcia posiadania strony spór o własność ujmowały na podstawie porozumienia w formę zakładu o prawo własności powoda, a sędzia rozstrzygał zakład według tego, czy powód potrafił wykazać swą własność; kiedy zaś taki modus procedendi utarł się w praktyce, pretor uznał go jako formę procesu, bo na żądanie posiadacza zmuszał przeciwnika do agere per sponsionem, przy którym zakład był już tylko czynnością procesową, dokonywaną »propter hoc solum, ut per eam sponsionem de re iudicetur«, nie dawał zatem prawa do żądania wypłaty stawki (zakład taki oznaczają źródła jako sponsio praeiudicialis w przeciwstawieniu

do sponsio poenalis). Z tą ewolucją można złączyć i ową »deductio quae moribus fit« z mowy Cicerona pro Caecina: umówione wyparcie przyszłego powoda z posiadania mogło być środkiem do ustalenia stanu posiadania, więc tem samem do ustalenia roli stron i oznaczenia spornego przedmiotu, skoro strony ułożyły się już, że chcą spór załatwić per sponsionem. Są to jednak przypuszczenia, sięgające wcale daleko poza wyraźne świadectwa źródeł. Przytaczamy je dlatego, by usprawiedliwić pogląd wypowiedziany co do charakteru legisakcyi sacramento in rem, łącząc go z dalszą ewolucją procesu; pewne wiadomości o procesie o własność posiadamy dopiero od czasu, kiedy w procesie formułkowym stworzono t. zw. formulam petitoriam, którą pierwszy raz spotykamy w Verrinach. Formuła ta opiewa: »...iudex esto. Si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse neque ea res Ao Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N. Negidium Ao Agerio condemna, si non paret absolvito«; wskazuje tedy jasno i wyraźnie kwestyę własności powoda jako właściwy i bezpośredni przedmiot procesu oraz dowodu. Na tej formułce opiera się teoria windykacyi nie tylko w prawie klasycznym, lecz nawet — mimo zasadniczej zmiany prawa procesowego — w kompilacyi Justyniańskiej, a przez to także nowoczesna nauka prawa.

206. Reivindicatio na podstawie formulae petitoriae podlega następującym prawidłom:

a) Jest ona środkiem prawnym tylko przeciw posiadaczowi rzeczy t. zn. nie może odnieść skutku przeciw temu, kto w chwili rozstrzygającej rzeczy nie posiada. Jeżeli pozwany był posiadaczem w chwili litis contestationis, ma przez to samo bierną legitymacyę do skargi t. zn. sędzia wyda przeciw niemu pronuntiationem »rem actoris esse«, choćby w toku sporu utracił rzecz w takich warunkach, które go według wyłuszczonych w dalszym ciągu zasad uwalniają od odpowiedzialności i od kondemnacyi. Jeżeli litis contestatae tempore rzeczy nie miał, wdał się jednak w spór i w toku sporu uzyskał posiadanie, wówczas według kompilacyi »omnimodo condemnatur«, podczas gdy dawniej co do tego przypadku istniały różnice zdań między Prokulianami i Sabinianami, odpowiadające zapewne znanej kontrowersji o zasadę »omnia iudicia absolutoria« (I. 458). Jeżeli atoli pozwany nie posiadał rzeczy w chwili litis contestationis i w toku sporu nie uzyskał posiadania, wówczas skarga windykacyjna musi w prawie klasycznym być odrzucona; wyjątek zachodzi tylko wtedy, gdyby pozwany, np. zbyt pewny braku własności u powoda lub też obawiający się odpowiedzialności karnej, dobrowolnie wziął na siebie rolę

posiadacza i zrzekł się wyraźnie wszelkich zarzutów co do tego punktu (*paratus est utile iudicium pati perinde ac si possideret*: Gaius D. 4, 7, 3, 5), a pretor takie *utile iudicium* istotnie udzielił. W innych przypadkach brak posiadania u pozwanego pociąga za sobą oddalenie powoda z skargą. Pozwany może oczywiście ponosić odpowiedzialność z innego tytułu: jeżeli mianowicie przed *litis contestatio* złożył kaucję *»iudicatum solvi«*, w której była klauzula *»dolum malum abesse afuturumque esse«*, a potem wdał się w spór, choć rzeczy nie posiada, nie wspominając o tym braku (t. zw. *liti se offerre* np. *»in hoc, ut alius usucapiat«*), wówczas na podstawie kaucyi (ao *ex stipulatu*) odpowiada za swój *dolus*, ale z sporu windykacyjnego i w tym razie wyjdzie zwycięsko, bo nie był posiadaczem *litis contestatae* tempore, ani nie został nim w toku sporu. Tak samo przedstawia się rzecz, jeżeli pozwany po złożeniu kaucyi, a przed *litis contestatio*, dolo malo possidere desiit; tembardziej oczywiście nie dopisze *reivindicatio* (RV), jeżeli utrata posiadania nastąpiła jeszcze dawniej, przed rozpoczęciem sporu. Przeciw złodziejowi mieć będzie właściciel w tym razie *actionem furti* i *condictionem*; przeciw temu, kto pozbył rzecz *iudicii mutandi causa* *»ne secum ageretur«*, daje edykt skargę karną o *»quantum ea res erit«*; jeżeli utrata posiadania nastąpiła dolose, można przeciw byłemu posiadaczowi rzeczy ruchomej użyć skargi *ad exhibendum* i za jej pomocą uzyskać *quantum ea res erit*; te wszystkie jednak i tym podobne środki są *in personam*, zatem w ramach klasycznego procesu *in rem* niema dla nich miejsca. Granicę zatarli kompilatorowie. Wobec zaniknięcia formułek różnice powyższe nie mają dla nich takiego znaczenia, jak dla *actiones* prawa klasycznego; stąd pochodzą interpolacje, które pozwalają przeciw temu, *qui liti se optulit* lub *qui dolo malo possidere desiit*, uzyskać kondemnację przez wniesienie skargi windykacyjnej. W przypadkach tych RV nie jest już skargą *in rem* prawa klasycznego. Różnicy zasadniczej nie zakrywa to, że się dziś mówi o *»ficta possessio«* i używa zwrotu *»dolos pro possessione«*; rzekoma RV jest mimo tego skargą karną względnie — z punktu widzenia praw dzisiejszych — skargą o wynagrodzenie szkody. Natura skargi występuje jasno w tem, że powód nie traci praw do istotnego posiadacza, choć przeprowadził zwycięsko spór z posiadaczem *»zmyślonym«*, że w szczególności *fictus possessor* nie ma prawa żądać, by mu zaspokojony przez niego właściciel odstąpił skargę, jaką ma przeciw posiadaczowi; ten karny element tłumaczy także, że i według kompilacji dziedzice *ficti possessoris* odpowiadają tylko o tyle *»quanto locupletes ex ea re facti fuerunt«*. Z dawnej RV wzięły te przypadki tylko nazwę i za pośred-

nictwem zbioru Justyniańskiego przeszły pod tą nazwą do znacznej części dzisiejszych ustawodawstw.

b) Kto rzeczy nie posiada, może w prawie klasycznym wdać się bezpiecznie w spór windykacyjny, bo wyjdzie z niego zawsze zwycięsko, nawet wówczas, gdyby skutkiem towarzyszącego wdaniu się w spór *dolus* (*liti se offerre*) ściągnął na siebie odpowiedzialność z innego tytułu (*ex stipulatu*). Może on jednak również uchylić się od sporu t. zn. odmówić współudziału przy *litis contestatio*; środki, jakie na taki przypadek przewiduje prawo, mogą wprowadzić i przeciw niemu odnieść skutek, ale tylko wówczas, jeżeli poprzednio dolo possidere desiit, a wówczas skutkują tylko dlatego, ponieważ prawo czyni go odpowiedzialnym za ów *dolus* bez względu na jego późniejsze zachowanie się. Inaczej, jeżeli skargę o własność skierowano przeciw posiadaczowi. Prawo klasyczne uznaje wprowadzić zasadę: *»in rem actionem pati non compellimur«*: środki, zapomocą których pretor przy *actio in personam* zmusza pozwanego do wdania się w spór, w szczególności groźba konkursu (*missio in bona*), nie stosują się do *actio in rem*. Mimo tego jednak istnieje przymus o tyle, że opornemu pozwanemu grozi t. zw. *translatio possessionis*, którą pretor zarządza na korzyść powoda, nie badając już jego prawa własności. Przy nieruchomościach prowadzi do tego wydanie interdyktu *»quem fundum ille a te vindicare vult... si rem defendere nolis eoque nomine tibi satisdatum est... restituas«*, który się oznacza krótko jako interdykt *»quem fundum«*. Jeżeli pozwany zastosuje się do interdyktu, dostaje wprowadzić od powoda kaucję, że powód podejmie spór o własność, gdyby obecny pozwany chciał potem wystąpić przeciw niemu z skargą, bo złożenie takiej kaucyi jest jednym z warunków nakazu restytucyi, ale *translatio possessionis* jest faktem dokonanym. Gdyby zaś pozwany rzeczy dobrowolnie wydać nie chciał, nastąpi *translatio* na podstawie orzeczenia sądu: albo na wniosek pozwanego sprawa pójdzie z odpowiednią formułą przed arbitra, ten zaś stwierdziwszy warunki interdyktu zasądzi pozwanego na *quantum ea res est*, jeżeliby restytucyi odmawiał, albo też, jeśli pozwany nie poprosił od razu o arbitra, powód *provocat adversarium sponsione* *»si contra edictum non restituisti, tot mihi dare spondes?«*, skarży o sumę zakładową, z formułą *ex sponsione* łączy od razu formułę *de re restituenda* i w ten sposób dochodzi także do rzeczy lub równowartości, byleby wykazał warunki interdyktu. Postępowanie to ma naturę *actionis in personam*, pozwany musi tedy pod groźbą konkursu wziąć w niem udział; do wygrania zaś wystarczy powodowi wykazać, że rzecz jest u pozwanego lub że pozwany dolo malo possidere desiit. W razie

takiego dolus interdykt nie jest już środkiem presyi, nie wymusza wdania się w spór, lecz służy tylko do dochodzenia roszczeń opartych na dolus pozwanego, podobnie jak *actio ad exhibendum* przy ruchomościach (wyżej pod *a*); posiadacz zmusza jednak do poddania się skardze windykacyjnej, a i przy ruchomościach spotykamy taki sam przymus, choć co do środków technicznych istnieją dotąd wątpliwości. Źródła wspominają tu tylko o »*duci vel ferri iubere*« z strony pretora. Nauka pojmuje ten *iussus* z reguły jako zarządzenie, które może być wydane tylko *in praesentia rei*: trzeba tedy szukać środków, któreby zmuszały pozwanego do dostawienia rzeczy *in ius*. Jako środek taki wymienia się skargę *ad exhibendum*; w ostatnich czasach próbowano nawet więcej jeszcze rozszerzyć jej zakres zastosowania, dopatrując się w niej koniecznego wstępu do każdej windykacji ruchomości, do której niezbędną ma być zawsze *praesentia rei*. Że jednak ten warunek procesowi klasycznemu nie był znany, tego dowodzi istnienie opinii (wyżej pod *a*), która poprzestaje na posiadaniu rzeczy przez pozwanego w czasie wyroku. *Actio ad exhibendum* nie służy tedy do sprowadzenia *in ius* rzeczy, którą powód chce windykować; wydaje się natomiast właściwym środkiem przeciw posiadaczowi, który nie chce rzeczy bronić. Posiadacz taki musi pod grozą konkursu wdać się w ten spór, bo *actio* jest *in personam*. W razie przegrania procesu exhibycyjnego musi albo *exhibere in iure* albo zapłacić *quantum ea res erit*, przyczem rozmiar kondemnacyi stosuje się do zasad, obowiązujących przy *RV*; skoro zaś rzecz znalazła się *in iure*, pretor może wydać *iussus ducendi*, a zatem opór pozwanego zostaje na każdy przypadek złamany. Nie myślę też kwestionować, że powód mógł istotnie w tym razie skorzystać z *ao ad exhibendum*; nie sądzę jednak, by *translatio possessionis* taką tylko dokonać się mogła drogą. Jeżeli pozwany przyznał, że rzecz jest u niego, oświadczył jednak, że nie myśli jej bronić, odsyłanie powoda do *ao ad exhibendum* wydaje mi się bezcelowem już dlatego, że w procesie o *exhibere* pozwany może uzasadnienie zamierzonej skargi o własność podać w wątpliwość, a przez to cała *translatio possessionis* staje się problematyczna. Podnieść również należy, że przy rzeczach, które trudno przenieść, *exhibere* odbywa się *extra ius*, a więc w takich warunkach, że według przedstawionego poprzednio poglądu *iussus ducendi* jest wykluczony; rozstrzygające znaczenie mają jednak nie refleksye o celowości *actionis ad exhibendum*, lecz argumenta źródłowe. Jeżeli zważymy, że przy skardze noksalnej pretor w analogicznych warunkach każe pozwanemu odrazu dać *cautionem de exhibendo* (D. 2, 10, 2, 1), trudno przypuścić, by w naszym

przypadku zarządzanie *translationis* odsuwał aż do końca sporu o *exhibere*; skoro zaś przy *petitio ususfructus* środkiem do *translatio* jest zupełnie podobny interdykt, jak znany nam »*quem fundum*«, i skoro ten interdykt stosuje się także wówczas, gdy przedmiotem użytkowania jest rzecz ruchoma, to staje się jasnem, że prawo rzymskie i przy windykacji ruchomości zapomocą analogicznego interdyktu przeprowadzać musiało *translationem possessionis*. Czy *iussus ducendi* oznacza właśnie ten interdykt (*quominus ducat, vim fieri veto*), czy jest szczególnem zarządzeniem w przypadku *praesentiae rei*, nie da się stwierdzić, albowiem prawo Justyniańskie dokonało w tej sprawie daleko idących zmian. Kompilacya głosi wprawdzie zasadę »*in rem actionem pati non compellimur*«, ale zasada ta jest tylko frazesem, bo w procesie ówczesnym może być wydany wyrok *zaoczny*, choć pozwany nie wdał się w spór. *Translatio possessionis* istnieje i nadal z tą tylko różnicą, że wchodzi w ramy procesu windykacyjnego, bo przemienia się w zarządzenie sędziego, które realizuje *manus militaris*; jasnem jest jednak, że powód nie będzie żądał *translationis*, skoro wyrok *zaoczny* daje mu więcej, bo także uznanie jego własności. To też w znaczeniu klasycznym nie przeszła ona do nowoczesnych ustawodawstw; dziś znana jest tylko jako *sui generis* kara za kłamstwo, jeżeli pozwany posiadacz wdał się w spór i w sporze tym wyparł się posiadania (niżej s. 62).

c) Czy pozwany posiada rzecz, to dla powoda pytanie pierwszorzędnej wagi: w Rzymie zależy od niego przedewszystkiem, czy *translatio possessionis* odniesie skutek, a tak w Rzymie, jak i dziś, zależy od niego wynik sporu, skoro doszło do *litis contestatio*. Jeżeli pozwany usuwa się od sporu podając, że nie posiada, powód musi udowodnić jego posiadanie, aby mieć pożytek z interdyktu »*quem fundum*« (odpowiedzialność za *dolo possidere desiisse* zostawiam tu na boku); jeżeli pozwany wdał się w spór nie łudząc przeciwnika, jakoby posiadał, i nie zrzekając się zarzutów w tym względzie, wolny jest od wszelkiej odpowiedzialności, skoro powód jego posiadania wykazać nie zdoła. Powód musi tedy przed skargą postarać się o informacye i zapewnić sobie środki dowodowe »*ne frustra experiatur*« (Gaius D. 6, 1, 36 pr.); prawo ułatwia mu zadanie w drobnej tylko mierze, bo tylko o tyle, że pozwala mu przeprowadzić *interrogationem in iure*, a pozwanego, który się do posiadania przyznał, czyni odpowiedzialnym *ex responsione*. *Actio ad exhibendum* wymaga również dowodu posiadania, dla skargi więc windykacyjnej pomocna jest tylko przez to, że pozwala stwierdzić tożsamość przedmiotu, co przy ruchomościach jest w każdym niemal przypadku niezbędne, aby

można przeprowadzić dowód posiadania. Jeżeli jednak pozwany konsekwentnie wypiera się posiadania, zmusić go do podania prawdy może tylko zagrożenie środków karnych (por. D. 41, 1, 44, gdzie sąsiad przy polowaniu na wilki wydarł im porwane mi bydło, a Ulpian konstruuje furtum tylko na tej podstawie, że »repositi non reddit«).

d) Aż dotąd mówiłem o posiadaczu i posiadaniu, nie wdając się w określenie tych pojęć. Sprawa ta wymaga wyjaśnienia, bo prawo rzymskie używa powyższych słów w różnym znaczeniu; w szczególności kompilacya raz uznaje za posiadacza tego tylko, kto ma ochronę possessoryjną, drugi raz i tego, kto inną osobę uznaje za pana rzeczy, jest więc sługą cudzego posiadania (alieno nomine rem tenet: np. użytkowca, dzierżawca, depozytaryusz) i z tej przyczyny nie ma ochrony possessoryjnej, choć rzecz ma w rękach. W tych ostatnich przypadkach mówimy dziś o dzierżeniu czyli detencji w przeciwstawieniu do posiadania sensu stricto; różnica ta, której dokładniejsze określenie należy do nauki o posiadaniu, nie ma jednak znaczenia przy RV ani w prawie Justyniańskim, ani w prawie nowoczesnem, które zresztą niejednego dzierżyciela uważa już za posiadacza. Dzierżyciel może być również pozwany: jeżeli ma wobec powoda prawo do zatrzymania rzeczy, może na prawie tem oprzeć swą obronę i doprowadzić do odrzucenia skargi, ale nie może uchylać się od procesu na tej podstawie, że jest tylko dzierżycielem. Właściciel może więc użyć skargi windykacyjnej także np. przeciw depozytaryuszowi, przeciw któremu ma również skargę in personam z depozytu; może to uczynić nie tylko wówczas, gdy depozytaryusz przywłaszczył sobie rzecz i przez to z dzierżyciela stał się posiadaczem, ale i w tym przypadku, gdy depozytaryusz, nie kwestyonując praw ani władzy przeciwnika, powołuje się na »iusta et rationabilis causa non reddendi« np. na nakłady przez siebie poczynione. W tym przypadku właściciel pozostaje posiadaczem, a mimo tego ma skargę windykacyjną; jest to wyjątek od reguły, bo zazwyczaj RV służy właścicielowi nie mającemu posiadania, ale wyjątek ten już w prawie Justyniańskim nie ulega wątpliwości. Tembardziej można skarżyć dzierżyciela, który jest sługą posiadania osoby trzeciej; tu atoli ma pozwany prawo do t. zw. *laudatio vel nominatio auctoris*. Prawo to, określone konstytucją Konstantyna, pozwala mu wymienić tego, w czyjem imieniu dzierży, z tym skutkiem, że jeśli auctor mimo edyktalnego wezwania nie przejmie procesu na siebie, wówczas po sumarycznem zbadaniu sprawy sędzia przeniesie posiadanie na skarżącego (*translatio possessionis* w późniejszym znaczeniu); z Rzymu przejęły je prawa nowoczesne, z znacznymi zresztą różnicami co do szczegółów. Jakie były zasady kla-

syczne, nie jest dotąd w nauce ustalone. W D. 6, 1, 9 pisze Ulpian, że niektórzy juryści np. Pegasus »eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto...« tj. które korzysta z ochrony possessoryjnej; na tej podstawie wypowiedziano w nowszych czasach przypuszczenie, że dzierżyciel w czasach klasycznych nie mógł być pozwany skargą windykacyjną. Ostatnie badania nie potwierdziły zd. m. tego przypuszczenia. Prawda, że przeciw pozwanemu, podającemu się za użytkowcę, właściwszą była formułka: »si paret N. N. ius non esse... uti frui« t. zn. *actio negatoria*, a np. przeciw temu, komu powód rzecz oddał w dzierżawę, skarga z kontraktu; trudno też wątpić, że pretor przy »*contentio ante iudicium*« (Cicero *part. orat.* 98 n.) mógł wyrzucić na powoda nacisk celem zmuszenia go do ujęcia skargi w odpowiednią formułę. Mógł np. zagrozić powodowi, że nie zarządzi *translatio possessionis*, gdyby powód obstawał przy RV, a pozwany domagał się np. skargi kontraktowej, i zapewne nieraz z możliwości tej korzystał; dalej jednak iść nie można. Jeżeli pozwany bronił się swem prawem do zatrzymania rzeczy, a powód zgodził się na odpowiedni dodatek (*exceptio ususfructus, exceptio doli*), który warował prawo pozwanego, jeżeli ustępstwo to zadowolniło pozwanego, nie było zd. m. zasadniczej przeszkody do przeprowadzenia procesu windykacyjnego, w którym pozwany mógł się bronić w ramach formuły, nie mógł już atoli zasłaniać się tem, że jest tylko dzierżycielem. Gdyby pozwany w tych warunkach mimo ustępstwa powoda nie chciał słyszeć o RV, niema zasadniczej przeszkody, któraby wykluczała *translationem possessionis*. Jeżeli pozwany powołał się na to, iż dzierży rzecz w imieniu osoby trzeciej, powód mógł niewątpliwie stanąć na stanowisku »ubi rem meam invenio, ibi vindico« i żądać wdania się pozwanego w spór względnie przeniesienia posiadania, a tyle tylko można przypuścić, że i prawo klasyczne znało już *laudationem auctoris*, że zatem Konstantyn uregulował jedynie szczegóły utartej już praktyki. Pegasus szedł może dalej o tyle, że żadnych nie czynił ustępstw pozwanemu, który podawał się za dzierżyciela: według niego skarżący nie potrzebuje na ten zarzut wogóle zwracać uwagi, lecz może traktować go jako »*non defendere*« i żądać *translatio possessionis*. Śladów dalszych tego surowszego poglądu, który historycznie łatwo związać w *agere in rem per sponsonem*, niema w źródłach; przypuszczać więc trzeba, że klasycy uwzględniali w podanych wyżej granicach (*exceptio, laudatio auctoris*) interes pozwanego dzierżyciela, że jednak proces windykacyjny z dzierżycielem uważali za dopuszczalny. Podniesiony w nauce zarzut, że przy RV rozmiar odpowiedzialności zależy od dobrej lub złej wiary

posiadacza, a dzierżyciel pod żadną z tych kategorii nie podpada, jest tylko dyalektyczny. Rzymski iudex potrafi przeprowadzić różnicę między tym np., kto nie wymieni auctora, a tym, kto wykaże się jako dzierżawca, i to tem łatwiej, że źródła często i dzierżenie oznaczają nazwą posiadania (*naturalis possessio*); o ile zaś chodzi o ciężar dowodu, to tę samą wątpliwość mamy i przy procesie z posiadaczem. Wynika stąd, że prawo klasyczne co do tej materii nie różni się istotnie od prawa późniejszego. Konkurencyja RV z skargą przeczącą względnie z skargą z kontraktu znana jest i klasykom. Zmieniło się co do niej tylko tyle, że później pretor nie ma już głosu przy wyborze skargi, a wybór ten nie ma już takiej doniosłości, jak ongi, kiedy wszystko zależało od brzmienia formułki.

e) Jeżeli pozwany chce bronić rzeczy, złożyć musi przedewszystkiem kaucyę »iudicatum solvi«; »wszak rzecz pozostaje na czas sporu w jego rękach, choć spór może wypaść na korzyść powoda, idzie więc o to, by ten przywilej pozwanego wyrównać przez danie powodowi bezpieczeństwa. Kaucyę podobną zna już proces *per sponsionem*, a usuwa jako zbędną dopiero prawo Justyniańskie. W czasach klasycznych daje się ją zapomocą przyrzeczenia stypulacyjnego, do którego przystępują ręczyiele; formularz zamieszczony na album pretora wyszczególnia trzy punkty, *de re iudicata* t. zn. przyrzeczenie wypełnienia wyroku na przypadek wygranej powoda, *de re defendenda* tj. przyrzeczenie prawidłowej obrony względnie zapłaty *quantum ea res erit* na przypadek udaremnienia sporu *re non defensa*, wreszcie przyrzeczenie *de dolo malo*, którego znaczenie oświetlono już wyżej pod a), wskazując równocześnie, jak prawo Justyniańskie odpowiedzialność *ex cautione* wciągnęło w ramy procesu windykacyjnego. Odmówienie kaucyi jest poprostu uchyleniem się od obrony (wyżej lit. b); dopiero po kaucyi przychodzi do *litis contestatio*, a następnie do iudicium, w którym powód wykazać musi w razie zaprzeczenia przedewszystkiem posiadanie pozwanego (w prawie Justyn. może na tej podstawie żądać *translatio*), następnie swe prawo własności t. zn. nabycie własności. Jeżeli się opiera na nabyciu pochodnem, dowód jest w teorii bardzo trudny tak, że usprawiedliwia średnio-wieczną nazwę »*probatio diabolica*«: trzeba wykazać własność poprzednika i t. d. W praktyce powołanie się na zasiedzenie usuwa najczęściej wszelkie trudności, o których zresztą w procesie rzymskim wogóle nie słyhać, zapewne dzięki temu, że sędzia ma zupełną swobodę przy ocenie dowodów: wszak spotykamy w źródłach posiadacza, który po wyroku zapłacił *litis aestimationem*, a musi rzecz zasiadywać, bo powód nie był właścicielem. Dziś trudność jeszcze mniej daje

się odczuwać: z jednej strony wzrosła ilość przypadków, w których *bona fides* przy nabyciu a *non domino* czyni nabywcę właścicielem, z drugiej strony, choć powód skarżył jako właściciel i choć fakta przez niego wykazane nie dowodzą jego własności, to przecież sędzia może na ich podstawie skazać pozwanego na wydanie rzeczy, jeśli to żądanie da się usprawiedliwić z innego tytułu (np. powód wykazał tylko słuszny tytuł nabycia, który w Rzymie dawał mu prawo do żądania wydania zapomocą omówionej niżej skargi *Publiciana*-skiej; dziś sędzia może na tym tytule oprzeć wyrok, w Rzymie musiał w tych warunkach odrzucić RV, bo formułka nie dawała mu prawa do uznania ich za podstawę do orzeczenia na korzyść powoda, a połączenie w jednym procesie RV z *Publiciana* było niemożliwe). Zasady powyższe ulegają odpowiednim zmianom, jeżeli skarży ten, komu skargę windykacyjną odstąpiono. Odstąpienie także znane było i klasykom, choć obligacyjna natura roszczenia rzeczowego nie była tak wykształcona, jak w dzisiejszej teorii prawa; jeżeli np. posiadaczowi *bona fide* w toku sporu niewolnik uciekł bez jego winy, a w toku sporu zasiedzenie dobiegło końca, uwalnia się pozwanego »ut tamen actionibus sui cedat petitori« (D. 6, 1, 21, niesłusznie zd. m. podejrzywane). Cesya nie czyni cesyonariusza właścicielem, nie można więc przy RV żądać dowodu jego własności. Musi on natomiast wykazać własność cedenta, a w prawie Justyniańskim i dzisiejszem musi wykazać także cesyę; w prawie klasycznym cesyonariusz skarży jako *cognitor* lub *procurator* cedenta, kwestya cesyi schodzi się tedy z kwestyą zastępstwa w procesie (I. 414 n.).

f) Sędzia prawa klasycznego, który skargę uznaje za uzasadnioną, wypowiada to przedewszystkiem przez *pronuntiatio rem actoris esse*. Nie jest to jeszcze wyrok, nie daje prawa do egzekucyi; takim wyrokiem jest dopiero *condemnatio*, a nawet *arbitrium de restituendo* nie ma jeszcze takiego charakteru, jeżeli stanowiło istotnie odrębny akt procesu, co w najnowszych czasach — po ukazaniu się pierwszego tomu tej książki — stało się bardzo wątpliwem. Dotąd »arbitralny« charakter RV opierano na słowach formułki »*neque ea res arbitrio tuo restituetur*« i wnoszono stąd, że sędzia oznacza najpierw sposób restytucyi, a dopiero po bezskuteczności tego wezwania przystępuje do kondemnacyi. Obecnie zakwestyonowano — zd. m. słusznie — słowa »*arbitrio tuo*« i w następstwie tego odrębne »*arbitrium de restituendo*«; arbitralny charakter skargi jest jednak i według tego poglądu zupełnie pewny, bo po *pronuntiatio* trzeba »*restituere*«, jeśli się chce zapobiedz kondemnacyi, a jaki ma być rozmiar restytucyi, to w każdym razie »oznacza sędzia według swobodnego

uznania, kierując się oczywiście wskazówkami jurysprudencji. Skąd ta arbitralność powstała, niewiadomo; najprawdopodobniejsem wydaje mi się przypuszczenie, że była ona środkiem do utrzymania karnego charakteru odpowiedzialności, którą wobec zmiany pojęć o karze nie można już było obciążać posiadacza jako takiego za to tylko, że wdał się w spór, którą można jednak było i teraz złączyć z oporem przeciw orzeczeniu tj. z *non restituere*. Służyłaby więc do skonstruowania winy pozwanego w toku procesu — myśl, która występuje i przy innych *actiones arbitrariae* np. *actio quod metus causa* (I. 381), ao Fabiana i t. p. W prawie Justyniańskim następuje zmiana, bo sędzia wydaje niewątpliwie osobne *arbitrium de restituendo*, a *arbitrium* to jest wyrokiem ostatecznym, który się egzekwuje *manu militari*; kondemnacya pieniężna odnosi się tylko do przypadków, w których restytucya nie dała się przeprowadzić drogą przymusu. Wskazówki, wypracowane przez jurystów klasycznych dla swobodnej oceny *iudicis*, nie tracą jednak znaczenia, bo stają się zasadami, które określają treść odpowiedzialności posiadacza; tem bardziej nie tracą znaczenia przepisy o kondemnacyi prawa klasycznego.

g) Przedewszystkiem trzeba zwrócić rzecz *in natura*, to jednak nie wszystko. Według Gaia D. 6, 1, 20 »opus est, ut et causa rei restitatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset«. Z zasady tej, która mimo niekonsekwencji co do szczegółów określa przecież jasno podstawę uznania sędziego, wynika, że do zwrotu przypadają i *accessiones* i *partus ancillae* i owoce pobrane po rozpoczęciu sporu, a nawet te »qui percipi honeste potuerunt«, przyczem może już Julian, a w każdym razie kompilacya, w przypadku *malae fidei* zalicza do *causa rei* także pożytki, które petitor mógł wyciągnąć; na równi z owocami naturalnymi stają w powyższych granicach także *fructus civiles* (Gaius l. c. mówi o »*hereditates legataque, quae per servum obvenierunt*«). Jeżeli rzecz w toku sporu uległa uszkodzeniu lub zniszczeniu, posiadacz *bona fide* odpowiada za wszelką winę (si *servum... in harena esse concessit et is mortuus sit, si navem adverso tempore navigatum misit et ea naufragio perempta est*), *malae fide* nawet za przypadek, o ile nie był tego rodzaju, że dotknąłby rzecz także u powoda (np. śmierć niewolnika; kompilacya i tu nawet wyklucza »*fatum*«, si *distractus erat petitor*, bo w razie sprzedaży cena zostałaby przy nim). Z drugiej strony *officium iudicis* nie pozwoli, by petitor ponad powyższą miarę odniósł korzyść. Jeżeli np. pozwany odpowiada za rzecz, której nie ma, żądać może, by powód ustąpił mu swych skarg przeciw trzecim; jeżeli rzecz uszkodził, a wła-

ściciel chce dostać odszkodowanie w procesie windykacyjnym, musi dać kaucyę, że nie będzie tego roszczenia dochodził odrębną skargą; w myśl tej zasady uwzględni sędzia także nakłady pozwanego w toku sporu (p. niżej pod *h*). Jeżeli pozwany jest gotów do takiej restytucyi, a powód nie chce na tem poprzestać, nastąpi oczywiście *absolutio*; jeżeli restytucyi nie dokona, nastąpi skazanie na *quantum ea res erit*. Zapłata *litis aestimationis* traktowana jest na równi z zapłatą ceny kupna, a pozwany, który ją płaci, na równi z tym, kto rzecz kupił: nabywa on zatem własność, skoro dojdzie do posiadania. Rezultat mógłby być łatwo taki, iżby »in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare«; zapobiega temu okoliczność, że *pretium* niezawsze musi być *iustum*, że w szczególności w razie »*contumacia*« sędzia dopuścić może powoda do stwierdzenia własną przysięgą wartości rzeczy (*in litem iurare*) i na tej przysiędze oprzeć kondemnacyę. Jest to bardzo skuteczny środek do pokromienia złej woli; w prawie jednak późniejszym i Justyniańskim traci w znacznej mierze pierwotne znaczenie, bo restytucyę wymusza się *in natura*, a *iurare in litem* ogranicza się do przypadków, kiedy pozwany sprowadził dołose niemożność restytucyi. W każdym razie kondemnacya liczy się także z określoną poprzednio »*causa rei*«; stąd zaś wynika, że już klasyczna RV obok bezpośredniej ochrony własności wciąga w siebie także szereg obligacyjnych roszczeń stron z czasu sporu. Podstawą tego rozszerzenia granic jest pojmowanie *litis contestationis* jako kontraktu obligacyjnego; z tego wynika, że klasyczna RV nie może w ramach swych objąć żadnych roszczeń przedprocesowych (wyjątek co do nakładów p. niżej pod *h*). Co do przypadku, gdy pozwany zniszczył rzecz dołose, stwierdziłem to już poprzednio; w razie *culpa*e może powód skorzystać z *actio legis Aquiliae*, ale to roszczenie w spór windykacyjny nie wchodzi, a zasady te stosują się i do uszkodzenia rzeczy. Owoce *ante litem* nabywa posiadacz *bonae fidei* ostatecznie na własność, posiadacz zaś *malae fidei* tylko osobną skargą może być zmuszony do wydania owoców pobranych, a dopiero w 4. wieku konstytucye cesarskie rozszerzają odpowiedzialność na *percipiendi* i wciskają ją w spór windykacyjny. RV prawa Justyniańskiego bierze w siebie te wszystkie roszczenia powoda z tytułu naruszenia własności, których dawniej dochodzić można było tylko osobną skargą, i dodaje do nich szereg roszczeń nowych, jak prawo do żądania od posiadacza w dobrej wierze *fructus extantes* (wyżej s. 47) i prawo do posiadacza *malae fidei* o wynagrodzenie wszelkiej zawinionej szkody. W tym systemie początek sporu nie jest początkiem obligacyjnej odpowiedzialności pozwanego,

lecz tylko przyczyną podwyższenia tej odpowiedzialności. Tworzy się przez to stopniowanie: posiadacz *bonae fidei* przed sporem, posiadacz *mala fide* przed sporem = posiadacz w dobrej wierze post *litem*, wreszcie najostrzej odpowiedzialny posiadacz *mala fide* post *litem* — stopniowanie nieobce ustawodawstwu nowoczesnym.

h) Rzymska teoria nakładów rozwinęła się przy nauce o zwrocie posagu. Traktuje ona odrębnie nakłady na pozyskanie owoców, które przy zwrocie owoców muszą zawsze być strącone (*fructus intelleguntur deductis impensis = iustis sumptibus*), poza tem zaś przeprowadza odróżnienie raz ze względu na rodzaj nakładu, drugi raz z uwagi na *bona* lub *mala fides* posiadacza rzeczy. Ze względu na rodzaj odróżnia się nakłady konieczne (*impensae necessariae*) »*quae si factae non sint, aut res peritura aut deterior futura sit*« np. naprawa walącego się budynku lub spłata ciężarów hipotecznych, nakłady pożyteczne (*utiles*), które zwiększają pospolitą wartość rzeczy (np. *si in domo tabernam adiecerit, si servos artes docuerit*), i zbytkowne (*voluptuariae, quae speciem dumtaxat ornant, ut sunt viridia et aquae salientes*). Wspomniałem poprzednio, że sędzia przy kwestii restytucji względnie kondemnacji liczył się z nakładami pozwanego w toku spóru windykacyjnego; już jednak prawo klasyczne uwzględnia także nakłady przedprocesowe, wciągając je w proces przez użycie *exceptio doli generalis* t. zn. zapomocą myśli, iż domaganie się restytucji bez uwzględnienia nakładów stanowi *dolus*, a czyni przy tem różnicę między posiadaczem w dobrej i złej wierze. Pierwszy ma prawo do zwrotu nakładów koniecznych i pożytecznych, według Papiniana o tyle, o ile nie są pokryte owocami, co atoli ogranicza prawo posiadacza do owoców, nie jego prawo do nakładów; wogóle zaś co do wszystkich nakładów służy mu *ius tollendi* »*dum ita, ne deterior sit res*« i tylko o tyle, o ile po odjęciu posiadają wartość (»*neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corraderet velis, nihil laturus nisi ut officias*«, pisze Celsus D. 6, 1, 38). Posiadaczowi *mala fide* — z wyjątkiem złodzieja — przyznano ostatecznie w 3. wieku prawo do zwrotu nakładów koniecznych, poza tem zaś służyło mu tylko określone poprzednio *ius tollendi* (por. co do *inaedificatio* wyżej s. 38); kto nabył rzecz od posiadacza, mógł także z powodu nakładów poprzednika skorzystać z jego praw. Justynian zmienia rozmiar praw posiadacza w drobnych tylko szczegółach np. wykluczając *ius tollendi*, skoro powód ofiaruje pozwanemu tyle, ileby mu wykonanie tego prawa przyniosło, i rozwijając przez to dalej myśl »*neque malitiis indulgendum*«; to też i prawa nowoczesne idą tu naogół śladami rzymskich jurystów. Zna-

czniejsza jest różnica in *formali*, co do techniki dochodzenia praw pozwanego. Kompilacya nie daje mu wprawdzie skargi tak, że nakładów dochodzić może, jak dawniej, tylko przy sposobności *RV*; podczas jednak gdy w prawie klasycznym musiał — co do nakładów przedprocesowych — postarać się o *exceptionem doli* w formułce, w prawie Justyniańskim roszczenia jego łączą się same przez się z procesem o własność. I ta zmiana nie sięga jednak głębiej, w szczególności nie dotyka zd. m. skutków podniesienia zarzutu. Sędzia doszedł do przekonania, że rzecz ma być zwrócona po odjęciu nakładów lub że powód w zamian za wydanie rzeczy zapłacić ma pewną kwotę z tytułu nakładów; powód takiej restytucji nie chce przyjąć. W tym przypadku zachodzi z jego strony *dolus*, zatem na skutek *ekscepcji* w formułce nastąpić musi oddalenie skargi: tego zdaje się wymagać logika formułki. Tak jednak zd. m. nie jest: według mego zapatrywania już sędzia klasyczny mógł ów *dolus* uczynić nieszkodliwym przez to, iż w razie oporu powoda obniżał odpowiednio wysokość kondemnacji. W prawie Justyniańskim możność takiej *deductio* nie ulega wątpliwości. Przypuszczenie, że to *innovacya* Justyniana, trudno pogodzić z tem, że w kompilacyi regułą jest wyrok na zwrot rzeczy in *natura* oraz *egzekucya in natura*; wszak *deductio* da się zastosować tylko do *condemnatio pecuniaria*.

i) Oprócz powyższego zarzutu, który jest dochodzeniem *exci-piendo* własnego prawa pozwanego i nie odwleka oczywiście początku przedawnienia *RV*, może pozwany także bronić się swem prawem rzeczowem, powołując się np. na użytkowanie lub zastaw, albo odwołać się do stosunku obligacyjnego np. dzierżawy, jaki go z powodem łączy. Do takiej obrony wymaga proces klasyczny również odpowiedniej *ekscepcji* w formułce; według prawa Justyniańskiego i dzisiejszego właściciel w czasie trwania np. użytkowania nie ma jeszcze roszczenia o wydanie rzeczy, co odsuwa początek przedawnienia skargi windykacyjnej aż do odpadnięcia zarzutu (I. 494). Na odrębną wzmiankę zasługuje przewidziana w edykcje t. zw. *exceptio rei venditae et traditae*. Zapomocą tej *ekscepcji* chronił pretor przede wszystkim właściciela bonitarnego, któremu właściciel sprzedał i tradował *rem mancipi*, a przeciw któremu potem wystąpił z *RV*; na równi z tradycją z tytułu *kupna* postawiono wnet i tradycję z innego tytułu, skutkiem czego spotykamy *ekscepcję rei in dotem datae, rei donatae et traditae* (o ile oczywiście skuteczności darowizny *lex Cincia* nie stała w drodze) i t. p. Teorya o *duplex dominium* tłumaczy nam, że *ekscepcję* tę daje się także dalszym nabywcom własności bonitarnej przeciw dalszym nabywcom owego *nudum ius*

Quiritium, które pozostało przy pierwszym sprzedawcy; stąd pochodzą zd. m. również pravidła, obowiązujące w drugim, niewątpliwie późniejszym, przypadku zastosowania tej ekscepcji, który w kompilacji, po uchyleniu duplex dominium, pozostał przypadkiem jedynym t. zw. wówczas, gdy powód sprzedał i oddał rzecz nie będąc jej właścicielem, potem zaś nabył własność np. drogą dziedziczenia i na tej podstawie zapomocą RV żąda wydania rzeczy od tego, komu ją sprzedał. Pozwany ma tu niewątpliwie prawo zatrzymania rzeczy z mocy kontraktu kupna; tego prawa dochodzić może także excipiendo, i to nie tylko zapomocą exco rei venditae et traditae, lecz także zapomocą exco doli, powód bowiem dopuszcza się dolus, skoro »rem a se distractam evincere conatur« (Ulpian D. 21, 2, 17), a glossa ujmuje nawet tę myśl w ogólną regułę »nemo contra factum suum venire potest«. Rozumowanie to nie dopisuje jednak, skoro pierwszy sprzedawca odstąpił potem własność osobie trzeciej lub skoro pierwszy nabywca rzeczy a non domino pozbył ją dalej; wszak sukcesorowie szczegółowi nie wstępują w kontraktowe prawa i obowiązki pierwszych kontrahentów, a przecież źródła przyznają ekscepcję także sukcesorowi szczegółowemu i przeciw sukcesorowi szczegółowemu. Juryści rzymscy powołują się tu na zasady skargi Publicyańskiej; Julian np. D. 44, 4, 4, 32 rozumuje w ten sposób, że nabywca ma przeciw swemu auctorowi pewność zwycięstwa przy Publiciana, auctor więc, choćby potem nabył własność, nie ma przeciw rzeczy in bonis, a trzeci, który teraz od niego rzecz nabędzie, nie może mieć więcej praw od swego auctora. To atoli uzasadnienie żadną miarą nie wystarcza, a to już dlatego, że Publiciana służy tylko nabywcy bona fide, podczas gdy exceptio rei venditae et traditae ani exco doli warunkiem tym nie są ograniczone. Jeżeli się tedy owo szerokie zastosowanie ekscepcji uważa za klasyczne, wytłómaczyć je można tylko przeniesieniem zasad, obowiązujących przy własności bonitarnej; stąd jednak wynika zarazem prawdopodobieństwo, że przeniesienie to jest dopiero dziełem kompilatorów. W prawie dzisiejszem takie rozszerzenie zastosowania oprzeć można tylko na przepisie pozytywnym.

k) Przypomnieć wreszcie należy, że RV jest skargą iuris civilis tj. środkiem ochrony własności ex iure Quiritium. Przy własności gruntu prowincjonalnego, zapewne i przy własności cudzoziemców, stosuje się ją utiliter z odpowiednią zmianą formułki; do ochrony natomiast własności bonitarnej służy odrębna actio Publiciana, której formuła wzoruje się wprawdzie na formuła petitoria, która atoli sięga poza granice własności bonitarnej i z tego względu osobno będzie omówiona.

207. »Si paret N°. N°. ius non esse eundi per fundum Corn. invito A°. A°«, to formuła klasyczna drugiego środka ochrony własności, actionis negativae lub negatoriae. Zwraca się ona początkowo wyłącznie, potem w pierwszym rzędzie, przeciw temu, kto postępuje z rzeczą powoda w taki sposób, jak gdyby miał na niej prawo rzeczowe np. użytkowanie (że w tym przypadku można użyć i RV, wspomniano już s. 61) lub służebność gruntową; już jednak zd. m. w prawie klasycznym, a tembardziej według kompilacji, wnieść ją można w każdym przypadku, gdy cudze postępowanie wkracza w sferę monopolu właściciela tj. uszczupla zapewnioną mu przez prawo swobodę korzystania z rzeczy. Jak spór dotyczący wyglądał za legisakcyi i potem przy agere per sponsionem, o tem nie mamy żadnych szczegółów; proces klasyczny ma charakter zupełnie podobny do procesu windykacyjnego. Pozwany może przedewszystkiem usunąć się od obrony; w tym razie zastosowane będą przeciw niemu środki odpowiadające translationi possessionis przy RV (np. przy skardze tibi ius non esse habere aedificatum nastąpi według D. 39, 2, 45 zarządzenie »ut destruat opus, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere«), które prowadzą do tego, iż niebroniący się »de iure suo probare necesse habet«, a w prawie Justyniańskim można będzie także uzyskać przeciw pozwanemu wyrok zaoczny. Do obrony należy i tu złożenie kaucyi iudicatum solvi, której nie zna już kompilacja. Skoro dojdzie do sporu, powód wykazać musi swą własność i zamach przeciwnika; wątpliwa jest sprawa co do owego »ius non esse«, które jako podstawę skargi wymienia formułka. Nauka francuska żąda od powoda dowodu, że po stronie pozwanego prawo wkroczenia nie istnieje; za tem przemawia istotnie brzmienie formułki, a trudności dowodu nieistnienia prawa nie miały znaczenia dla uczonych, którzy widzieli, że współczesna teoria procesu francuskiego, w szczególności zasada swobodnej oceny dowodów przez sąd, łatwo sobie daje z niemi radę. Przeciwny pogląd, przyjęty głównie w Niemczech, gdzie dowód negacyi był istotnie trudny, uważa wolność własności za regułę, żąda więc od pozwanego, by wykazał prawną podstawę swego wkroczenia, jeżeli chce być wolny od odpowiedzialności. Istnieje wreszcie i media sententia, która odróżnia, czy naruszenie wytworzyło na korzyść pozwanego stan faktyczny, odpowiadający jego uroszczeniom, który określić można jako posiadanie np. służebności, czy też nie, i w pierwszym przypadku ciężar dowodu (ius non esse) wkłada na powoda, w drugim (ius esse) na pozwanego; ta zd. m. najwięcej zbliża się do źródeł, bo za nią przemawiają i zasady o translatio possessionis (p. także niżej s. 78) i słowa Ulpiana D. 8, 5,

8, 3 »possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitute sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat«. Bezpośrednim celem skargi jest i tu restituere; czego potrzeba do restytucji, ocenia arbitrium iudicis. Jako środki restytucji przytaczają źródła: złożenie kaucji de amplius non turbando, praestationem fructuum, gdy chodzi o użytkowanie, wynagrodzenie innej szkody, w prawie klasycznym niewątpliwie tylko za czas post litem, w prawie Justyniańskim bez ograniczenia, wreszcie usunięcie innych następstw zamachu np. ut tigna quae immiseris tollas; co do ostatniego punktu teoria nowoczesna odróżnia na podstawie zasad prawa sąsiedzkiego, czy pozwany sprowadził te następstwa własnym działaniem, w którym to razie ma je usunąć kosztem własnym, czy nie np. nabył grunt sąsiedni po zamachu, w którym to razie tyle tylko od niego żądać można, by się usunięciu przez powoda nie sprzeciwiał. Jeżeli pozwany non restituit, kondemnacja nastąpi w myśl zasad, ustalonych dla RV. Także t. zw. actio prohibitoria, której formuła, odkryta w scholiach do Bazylik, brzmi: »si paret A^o. A^o. ius esse prohibendi«, takie same spełnia niewątpliwie funkcje i takim samym podlega prawdom, choć spornym jest do dziś dnia, kiedy jej używano. Najprawdopodobniej czyniono to wówczas, gdy pozwany nie rościł sobie prawa na rzeczy cudzej, a zatem twierdzenie »ius ei non esse« nie wydawało się dostosowaniem do właściwej treści sporu; czy zresztą formuła prohibitoria obejmowała każde »facere in alieno«, czy stosowała się tylko wówczas, gdy pozwany nie roszczał sobie np. służebności cywilnej utrzymywał przecież, że ma warunki ochrony pretorskiej (służebność pretorską), nie da się rozstrzygnąć. Dodać wreszcie należy, że skargę przeczącą daje się utiliter cudzoziemcom tudzież dla ochrony wolności gruntów prowincjonalnych; co do analogicznych środków dla właściciela bonitarnego p. naukę o actio Publiciana.

208. Edykt Publicyański, późniejszy od formuła petitoria, znany jednak prawdopodobnie już Sabinowi, przyrzucał początkowo skargę temu, komu tradowano rem mancipi ex iusta causa, a kto rzeczy tej jeszcze nie zasiedzia. Formuła skargi wymienia jako warunki ochrony kupno i tradycję (G. 4, 36: »si hominem emit et is ei traditus est«), posługuje się w dalszym ciągu fikcją, że czas usucapionis upłynął, choćby fikcja ta stała w rażącej sprzeczności z rzeczywistością (Publiciana etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus), a o ileby na podstawie owych warunków i tej fikcji należało uznać powoda za właściciela ex iure Quiritium, upoważnia sędziego do kondemnacji na quanti ea res erit, si non restituetur; pod koniec epoki

klasycznej spotykamy w niej nadto wyraźną wzmiankę o dobrej wierze nabywcy (si... bona fide emit), którą przedtem uważano widocznie za część składową słusznego tytułu, a dopiero z rozwojem nauki o usucapio posunięto do rzędu samodzielnego warunku. Procesualnie wzoruje się ona na skardze windykacyjnej: zasady o legitymacji pozwanego, o jego obowiązku do kaucji, o arbitrium iudicis i t. d. stosują się i tu w całej pełni, a wygrana daje powodowi to wszystko, coby uzyskał zwyciężywszy w RV (stąd nazwa RV utilis). Zachodzi natomiast głęboka różnica co do zasad prawa materalnego. Publiciana wymaga od skarżącego tylko dowodu, że rzecz kupił lub też nabył na mocy takiego tytułu, który stanowi iustam causam usucapionis, daje mu tedy rolę znacznie łatwiejszą od roli powoda w sporze windykacyjnym; stąd wynika jednak, że niejeden pozwany, któryby musiał ustąpić miejsca właścicielowi, utrzyma się przy rzeczy wobec skargi Publicyańskiej. Niebezpieczeństwo to grozi powodowi już w tym przypadku, dla którego prawdopodobnie stworzono ochronę Publicyańską, t. zn. już wówczas, gdy jest właścicielem bonitarnym, albowiem pozwany może zasłonić się exceptione iusti dominii, a prawo rzeczywiste musi mieć pierwszeństwo przed prawem fikcyjnym; tu jednak można niebezpieczeństwo odwrócić, bo skoro powód powoła się na to, że rzecz kupił a domino, to pretor albo causa cognita odmówi pozwanemu ekscpepyi, albo uczyni ją nieszkodliwą, dodając do formułki replicationem rei venditae et traditae (formułka brzmięć wówczas będzie: »si hominem emit... extra quam si is homo Nⁱ. Nⁱ. sit aut si eum N^{us}. N^{us}. A^o. A^o. vendidit et tradidit«). Gorzej dla powoda przedstawia się sprawa w drugiej grupie przypadków tj. w razie nabycia rei mancipi, potem także rei nec mancipi, od osoby, która nie była właścicielką. W tych przypadkach Publiciana chroni posiadacza ad usucapionem, ale chroni go tylko względnie: bona fide emptor nie utrzyma się z skargą ani wobec właściciela, wobec którego niezawsze będzie mógł odwołać się do replicatio rei venditae et traditae, bo środek ten jest tylko inną formą ekscpepyi (p. wyżej s. 68), ani wobec takiego posiadacza, który posiada ad usucapionem, zatem mógłby sam również wystąpić z skargą Publicyańską. Widać wprawdzie u jurystów dążność do tego, aby stanowisko posiadacza ad usucapionem zbliżyć do własności bonitarnej: stąd pochodzi rozstrzygnięcie Juliana D. 6, 2, 9, 4, że jeśli powód i pozwany »ab eodem non domino emerint«, to wygra ten »cui priori res tradita est«. Ten sam Julian jednak przyjmuje, że skarga nie odniesie skutku, skoro powód i pozwany kupili rzecz a diversis non dominis, i oświadcza się przeciw pogładowi, który i w tym razie pierwszeństwo tra-

dycyi uważa za rozstrzygające; stąd wynika zarazem, że właściciel, który dla ulżenia sobie dowodu chce w Rzymie użyć skargi Publicyńskiej, musi być ostrożny, bo w przypadku równych warunków po stronie pozwanego naraża się na przegraną. Prawdopodobnie już za Sewerów stosuje się skargę Publicyńską także poza granicami cywilnej usucapionis, w szczególności przy gruntach prowincjonalnych, przy których istniała tylko *longi temporis praescriptio*; w kompilacji Publiciana — po zniknięciu *duplex dominium* — jest przede wszystkim środkiem ochrony posiadania nabytego w dobrej wierze, z którego może zresztą korzystać oczywiście — na własne ryzyko — i właściciel. W tej funkcji opiera się ona na zasadach prawa klasycznego, zmodyfikowanych tylko przez wprowadzenie zasiedzenia nadzwyczajnego; co do dobrej wiary w szczególności obowiązują przy Publiciana te same zasady, jak przy zasiedzeniu, a i późniejsza teoria kanonistyczna o *mala fides superveniens* nie zmieniła ich, albowiem zaniknięcie formułek zerwało związek skargi Publicyńskiej z fikcją zasiedzenia. To zerwanie związku pozwala bronić zdania, że kompilacja stosuje skargę Publicyńską także poza granicami posiadania *bona fide*, skoro ktoś ma za sobą sposób nabycia, dostateczny in abstracto do uzyskania własności bez wejścia w posiadanie (np. zapis dokonany a non domino w takich warunkach, że legatariusz byłby od razu uzyskał własność, gdyby spadkodawca był właścicielem). W prawie klasycznym ten, kto nigdy nie był w posiadaniu, skargi powyższej użyć nie może; wyjątek D. 6, 2, 15 »si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat et traditam accipiat« tłómaczy się względem na właściciela niewolnika, a fakt tradycyi pozwala wciągnąć go pod literę formułki. Dodać wreszcie należy, że niewątpliwie i skargę przeczącą można było wnieść utiliter, skoro się miało warunki, potrzebne do skargi Publicyńskiej.

4. Prawo sąsiedzkie.

209. Wspomniałem już, że właściciel gruntu ze względu na sąsiadów już to znosić musi pewne cudze wpływy na swą rzecz, już też wstrzymać się od pewnych rozrządzeń swą rzeczą. Grunta stykają się z sobą i oddziałują na siebie; w tych warunkach nie da się przeprowadzić taka izolacja, by każdy z sąsiadów był zupełnym panem u siebie, ale panem tylko u siebie. Uregulowanie stosunków sąsiedzkich musi towarzyszyć uznaniu własności indywidualnej gruntu; to też w Rzymie spotykamy przepisy takie już w 12 tablicach, a oczywiście nie brak ich w prawach nowoczesnych, które zresztą odbie-

gają wcale daleko od rzymskich wzorów. Założeniem prawa rzymskiego jest niewątpliwie, że właściciel ma pełną swobodę rozporządzania rzeczą, i to nie tylko powierzchnią ziemi, lecz także i tem wszystkim, co tworzy grunt pod powierzchnią, i przestrzenią ponad gruntem (*omne supra fundum caelum*): w tej sferze ma prawo robić, co mu się podoba, i usuwać wszelkie obce wpływy, o ile nie nałożono mu ograniczeń w imię dobra publicznego (wyżej s. 3). Mógłby tedy przedewszystkiem zabronić sąsiadowi wszelkich działań, skutkiem których obce materje dostają się na jego grunt, i postawić zasadę »in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat«, którą stosuje już Alfenus Varus pisząc »posse agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant«; ściśle przeprowadzenie tej zasady byłoby jednak »gospodarczo śmiercią własności«, koniecznem jest więc ograniczyć *ius prohibendi* i zakres działania *actionis negatoriae*. Z drugiej strony działania sąsiada mogą wywrzeć szkodliwy wpływ na grunt sąsiedni, choćby nie wywoływały *immissyi*; by tę przeszkodę prawidłowej gospodarki usunąć, ogranicza prawo swobodę działania właściciela t. zn. jego »*ius faciendi*«, przy czem położyć może nacisk tak na moment subiektywny (zakaz szyskany), jak i na względy gospodarcze natury obiektywnej. Wynikają stąd dwa kierunki ograniczeń, którym nadawano dawniej używaną nieraz i dziś jeszcze nazwę »służebności ustawowych«; uznane jest zresztą ogólnie, że nazwa ta ani nie odpowiada terminologii rzymskiej, bo w Rzymie grunt, na którym takie tylko ciążą ograniczenia, jest *praedium liberum* w przeciwstawieniu do gruntu, który *servit* t. zn. jest istotnie obciążony służebnością, ani też nie oddaje istoty owych ograniczeń, skoro do odpowiadających im praw zupełnie nie dadzą się zastosować przepisy o nabyciu i utracie właściwych służebności. Oprócz tych ograniczeń i złączonych z niemi środków prawnych rozbiórę w prawie sąsiedzkiem jeszcze *cautionem damni infecti* jako środek, zapomocą którego prawo klasyczne zapewnia wynagrodzenie szkody, pochodzącej z sąsiedniego gruntu, nawet i wówczas, gdy stan czy działanie, będące przyczyną szkody, są z prawem obiektywnem w zgodzie; na końcu przedstawię przepisy odnoszące się do spraw granicznych.

210. Ograniczenia *iuris prohibendi* tj. *aonis negatoriae* zna już ust. 12 tablic: jeżeli gałęzie sięgają na grunt sąsiada, sąsiad na przestrzeni powyżej 15 stóp od ziemi musi to znosić. Do wysokości 15 stóp przestrzeń musi być wolna; wycięcie gałęzi w tej przestrzeni zastrzegł pretor właścicielowi drzewa, który może w tym celu wkroczyć na grunt sąsiedni, sąsiada zaś upoważnił do wycinania na ten

tylko przypadek, gdyby właściciel drzewa mimo wezwania i otwarcia dostępu z prawa swego nie skorzystał. Tu należy również przepis ust. 12 tablic i uzupełniający go interdykt de glande legenda. Na ich podstawie właściciel drzewa może tertio quoque die zbierać owoce opadłe na grunt sąsiada i wymusić w tym celu wstęp na grunt, o ile da kaucję, że wynagrodzi ewentualną szkodę; niezależnie od tego może owoce windykować lub dochodzić ich zapomocą *actio ad exhibendum* (np. jeżeli sąsiad dolo pecus immisit, ut glandem comederet), a zasady powyższe stosuje się i poza granicami prawa sąsiedzkiego, skoro czyjaś rzecz dostała się przypadkowo na cudzy grunt. Immissya bezpośrednia jest zabroniona; natomiast co do t. zw. immissyi pośredniej (dym, wilgoć i t. p.) rozstrzygnięcia jurystów wypływają z zasady, iż sąsiad musi ją znosić w zwykłych granicach tj. w granicach zwyczajnego używania (musi np. znosić fumum non gravem puta ex foco, nie atoli ex taberna casiaria; musi znosić łaźienkę sąsiada przy swej ścianie, choć ściana zawilga, może atoli wystąpić z negatoria w razie założenia łaźni publicznej lub urządzenia gnojówki). Racyonalną tę zasadę uznaje i prawo nowoczesne; rozwój przemysłu nie pozwala jednak stosować jej do wielkich zakładów, opartych zazwyczaj na szczególnem pozwoleniu (koncesyi) władzy, których niepodobna prowadzić bez »nadmiernej« uciążliwości dla sąsiadów. Teorya romanistyczna wyklucza w takich przypadkach *actio-nem negatoria* sąsiada, pozwala mu jednak żądać od przedsiębiorcy wynagrodzenia szkody, choćby granice koncesyi były ściśle zachowane. Wychodzi się tu z założenia, że i koncesya nie daje prawa do wyrządzania szkody bez narażenia się na odpowiedzialność, bo koncesyonaryusz musi prowadzić przedsiębiorstwo własnym kosztem; myśl ta, przyjęta w szerokich granicach przez prawo dzisiejsze, nie jest obca i Rzymowi, czego dowodzą wspomniana przed chwilą kaucya przy interdykcie de glande legenda i podane niżej zasady co do *cautio damni infecti*.

211. Prawo rzymskie nie zna, jak wiadomo (I. 440), ogólnego zakazu szykany, a także obiektywne ograniczenia swobody właściciela co do rozrządzania rzeczą ze względu na sąsiadów nie są liczne. Przepisy graniczne dla gruntów wiejskich poznamy niżej; poza nimi należą tu postanowienia 12 tablic, że przy każdym domu w mieście musi być wolny ambitus t. zn. circuitus aedificii w oznaczonej szerokości (stąd dla domu nazwa insula) oraz że niewolno urządzać nowego stosu pogrzebowego na mniej niż 60 stóp od cudzego domu invito domino, dalej Justyniański przepis zabraniający budowli, któreby utrudniały przystęp wiatru na boisko sąsiada, wreszcie szeroko

w kompilacyi uwzględnione prawidła o wpływaniu na naturalny bieg wody deszczowej. Justynian zajmuje się i innemi kwestyami prawa wodnego, reguluje je jednak odpowiednio do stosunków Wschodu i pod wpływem wschodnich wyobrażeń, a dopiero prawa nowoczesne wnoszą tu myśl, że odpowiedni rozdział wody jest przedewszystkiem interesem dobra publicznego i że względy na to dobro winny w tej sprawie rozstrzygać. Wodą natomiast deszczową zajmuje się już ust. 12 tablic, która postanawia, że poza urbs tego biegu wody, jaki wynika z konfiguracyi gruntu, niewolno zapomocą opus in solo factum zmieniać w taki sposób, aby przez to na szkodę gruntu sąsiada zwiększyć dopływ. Opus in solo w rozumieniu ustawy to każde opus, mające za cel zmianę postaci gruntu; nie podpada tu zatem orka, a później, kiedy upadła uprawa zboża w Italii, żadna wogóle czynność, należąca bezpośrednio do gospodarki. Za prawnie istniejące uznają juryści takie tylko urządzenia, których dokonano publica auctoritate tj. ab his, qui primi agros constituerunt (lex agro dicta przy adsignatio) aut principis aut senatus iussu, albo za któremi przemawia vetustas (I. 490); jasnem jest nadto, że sąsiad może obciążyć swój grunt odpowiednią służebnością, co wiąże każdego dalszego nabywcę, lub zgodzić się na opus, przez co osobiście traci prawo do żądania »arcere«. O ile dokonano opus wbrew tym przepisom, właściciel zagrożony może zapobiedz grożącej szkodzie zapomocą skargi cywilnej, która nosi nazwę *actio aquae pluviae arcendae*, a z którą zwraca się przeciw właścicielowi gruntu, gdzie znajduje się szkodliwe opus; jurisprudentya rozszerza po obu stronach legitymację (*actio utilis*) na dzierżawcę *agri vectigalis*, zapewne także na posiadacza *bona fide*, a niektórzy juryści dają skargę także użytkowcy i przeciw niemu. Skarga ma niewątpliwie charakter karny, bo »si servus meus fecerit... servum noxae dedere debeo« (D. 39, 3, 6, 7); ten charakter występuje jednak czysto tylko wtedy, kiedy ją skierowano przeciw twórcy operis. Wobec innych osób np. wobec dalszych nabywców gruntu z szkodliwym urządzeniem, utrzymuje się ten charakter tylko przez to, że *actio* jest *arbitraria* (por. wyżej s. 64); pozwany winien restituere, a kondemnacya na *quantum ea res erit* grozi mu za to, że non restituit. Taką naturę ma ona w szczególności i wobec dziedzica twórcy, jeżeli spór z spadkodawcą nie doszedł jeszcze do *litis contestatio*, a zatem dziedzic odpowiada tylko z tytułu własności gruntu; w związku z tem zostaje także fakt, że choć *actio aquae pluviae* jest in personam, to przecież, o ile się zwraca nie przeciw twórcy operis, posiada pewne właściwości skarg in rem, pozwala bowiem pozwanemu zaniechać obrony operis względnie gruntu i przez to uchylić się od

wszelkiej odpowiedzialności. Różnice te znalazły wyraz także w odmiennym oznaczeniu treści »restituere«. Kompilacya, która zd. m. odaje co do tego punktu prawo klasyczne, wymaga od tego, kto jest twórcą dzieła, by je usunął własnym kosztem, wynagrodził szkodę post litem contestatam i dał kaucyę, jeżeli zachodzi obawa dalszej szkody; jeżeli natomiast pozwany odpowiada tylko jako właściciel (np. si colonus vel procurator ignorante domino opus fecerit), obowiązki jego kończyły się na »pati tollere« tj. na dozwoleniu przeciwnikowi, by — po złożeniu kaucyi co do ewentualnej szkody — sam opus usunął. Dalszych roszczeń, dla których w actio aquae pluviae arcendae niema miejsca, dochodzić można wogóle zapomocą omówionego niżej interdyktu quod vi aut clam (np. de damno ante litem bez względu na to, przeciw komu przeprowadzono actionem aquae pluviae; o kosztach restytucyi, jeżeli przy ao aquae pluviae pozwanym był właściciel jako taki i powód musiał usunąć opus własnym kosztem); szczególne okoliczności mogły uzasadnić inne środki prawne np. przeciw twórcy dzieła, który sprzedał grunt, by dla sąsiada sprowadzić durum condicionem, można było użyć skargi karnej, przewidzianej w edykcie de alienatione iudicii mutandi causa. Ten początkowy zakres zastosowania actionis aquae pluviae rozszerza późniejsza ewolucya. Już prawo klasyczne stosuje ją także wówczas, gdy opus nie zwiększa przypływu, lecz utrudnia odpływ wody z gruntu sąsiada; trudno tu wprowadzić restytucyę określić jako »aquam arcere«, ale już Labeo daje sobie z trudnością radę pisząc »aquam arcere hoc est agere ne influat«. Kompilacya idzie w dwóch jeszcze punktach dalej. Przedewszystkiem stosuje skargę, gdy szkodliwą zmianę postaci gruntu wywołał przypadek np. trzęsienie ziemi, w którym to razie zagrożony sąsiad może żądać, by mu pozwolono przywrócić stan poprzedni. Druga zmiana odnosi się do przypadku, gdy sąsiad aquam in suo retinet: prawo klasyczne wykluczało skargę, widząc w niej środek do odwrócenia niebezpieczeństwa, nie do zapewnienia sobie korzyści (si aqua noceat, non si non prosit), kompilacya natomiast i w tym kierunku rozszerza ochronę, idąc za prawem obowiązującym już dawniej po prowincjach np. w Afryce. Zasady prawa Justyniańskiego przeszły w przeważnej części do praw nowoczesnych; dziś jednak tworzą one ustawowe ograniczenie własności, wolne od wszystkich tych właściwości, jakie w Rzymie były następstwem szczególnego charakteru actionis.

212. Jeżeli na jakimś gruncie prowadzi się opus — budowę czy inną robotę — z naruszeniem praw pewnej osoby, której służy ius prohibendi, prawo rzymskie daje tej osobie w ręce bardzo energiczne

środki prawne, mianowicie operis novi nuntiationem i interdictum quod vi aut clam. Środki te nie mieszczą się bez reszty w prawie sąsiedzkim, bo korzystać z nich może nie tylko sąsiad, a o ile sąsiad z nich korzysta, to i tak stanowiące ich podstawę ius prohibendi może wynikać nie tylko z prawa własności (actio negatoria), lecz równie dobrze z służebności np. światła lub widoku, która jest odrębnym stosunkiem prawnym, nie częścią składową prawa sąsiedzkiego; bardzo często jednak służą one sąsiadom celem przymusowego przeprowadzenia ustawowych ograniczeń własności np. celem zapobieżenia budowie, która wykracza przeciw przepisom o biegu wody deszczowej (actio aquae pluviae ma za założenie opus factum), a ta okoliczność usprawiedliwia omówienie ich na tem miejscu. Operis novi nuntiatio (op. n. n.) to protest pozasądowy, skierowany przeciw opus, które zmienia postać gruntu, dokonany przed tegoż ukończeniem in re praesenti w obecności prowadzącego opus albo członków rodziny czy pomocników »sic ut domino possit renuntiari«. Jest on oczywiście zabytkiem czasów, w których rządziła pomoc własna, pod pewnymi warunkami nawet przez ius civile sankcyonowana; w czasach jednak historycznych pomoc własna ustąpiła już miejsca działalności pretora, który z jednej strony chroni swą powagą słowny protest osoby prywatnej tak, jak gdyby ta osoba była jego organem (stąd wynika, że op. n. n., którą uważać można za iussus praetoris, nie jest dopuszczalna przeciw samemu pretorowi, póki dostojęństwo piastuje), z drugiej zaś strony zmusza interesowanych do tego, by na jego pomocy poprzestali. Jeżeli bowiem protest założono prawidłowo — można dokonać tego i przez zastępcę, byleby złożył cautionem de rato — a przeciwnik nie licząc się z tem prowadzi opus dalej, wówczas na wniosek nuntiantis wkracza pretor: wymaga wprowadzić od niego przysięgi, że nie myśli o szykanie (non calumniae causa opus novum nuntiare; stąd nazwa »iuramentum calumniae«), ale po złożeniu tej przysięgi daje mu interdykt, oznaczany obecnie nazwą interdictum demolitorium, który znana już drogą prowadzi do usunięcia operis i przywrócenia stanu, istniejącego w czasie protestu. Czy protestujący miał istotnie ius prohibendi, nie odgrywa przy tem postępowaniu żadnej roli. Rozstrzyga fakt, że protest był prawidłowy; skoro tak, skutkuje in rem, bo nawet przejście gruntu, na którym prowadzi się opus, w inne ręce nie pozbawia protestu mocy wiążącej, lecz redukuje tylko odpowiedzialność nabywcy — zd. m. już w prawie klasycznym — do patientia destruendi operis. Skutki powyższe odpadają tylko wyjątkowo, gdy się prowadzi opus w interesie ogółu (cloacas reficere) lub gdy zachodzi periculum in mora; w innych przypadkach przedsię-

bioreca musi albo czekać z budową, aż protest bez przyczynienia się z jego strony moc straci, albo też postarać się o uchylenie go. Protest traci moc, skoro protestujący umarł lub stracił np. przez pozbycie swego gruntu tę podstawę, z której wywodził swe ius prohibendi; w każdym zaś przypadku traci moc po upływie roku, a protestujący nie może przedłużyć skuteczności nawet przez powtórzenie nuntiationis. Jeżeli przeciwnik nie chce tak długo czekać, może przedewszystkiem szukać pomocy u pretora. Ten uchyli protest omni modo, jeżeli zachodziły i nie zostały naprawione braki przy samej nuntiatio (np. procurator nie dał kaucyi de rato) lub też, jeżeli protestujący nie złoży iuramentum calumniae; poza tem nastąpi uchylenie, skoro przedsiębiorca złoży według formularza, umieszczonego na album, kaucyę stypulacyjną, że dokona restytucyi t. zn. usunie opus i wynagrodzi szkodę względnie zapłaci quanti ea res erit na przypadek, gdyby w ciągu roku od protestu naruszył przez opus istniejące rzeczywiście ius prohibendi protestującego, a naruszenie takie stwierdzone zostało orzeczeniem sądowem. Dekret (remissio nuntiationis), którym pretor uchyli formalną moc wiążącą protestu, nie przesądza ostatecznie sprawy, bo nie zamyka nuntianti drogi prawa, jeśli mu rzeczywiście służyło ius prohibendi (np. actio negatoria); nuntians musi teraz jednak wystąpić z skargą, a juryści podkreślają, że po proteście i remissio prowadzący opus ma stanowisko posiadacza, z czego wynika, że nuntians musi teraz swe ius prohibendi udowodnić. Do takiego samego rezultatu dojść może przedsiębiorca wygodniejszą drogą, bez interwencji pretora, ofiarując pozasądownie przeciwnikowi kaucyę podanej przed chwilą treści. Zaofiarowanie takie wyklucza interdictum demolitorium na równi z pretorską remissio i na równi z nią chroni budującego przeciw próbom pomocy własnej z strony nuntiantis, przeciw którym pretor daje interdykt (...si... satisdatum est... aut per te stat, quominus satisdetur: quominus illi opus facere liceat, vim fieri veto); nie dotyka ono jednak istniejącego ius prohibendi. Wynika stąd, że w praktyce op. n. n. służy przedewszystkiem do wymuszenia na przedsiębiorcy kaucyi, a ta okoliczność tłómaczy późniejsze zastosowanie nuntiationis w takich przypadkach, gdy nuntians może ze względu na rozpoczęte opus żądać cautio damni infecti, nie ma jednak wobec przedsiębiorcy ius prohibendi; cautio ma tu oczywiście inną treść, ale op. n. n. służy do szybkiego jej uzyskania. Natomiast do właściwego zakresu działania nuntiationis należy zastosowanie tego środka iuris publici tuendi gratia np. jeżeli chodzi o budowę in loco sacro vel religioso albo o zachowanie przepisów administracyjnych; w takich przypadkach omnes cives nuntiare possunt,

co odpowiada znanej technice skarg popularnych. Justynian nie tylko interdykta przerabia na zwykłe skargi, ale całe prawo nuntiationis zasadniczo zmienia. Niejasno stylizowana konstytucya C. 8, 10, 14 przyjmuje za założenie, iż protest jest zawsze tylko wstępem do postępowania sądowego, które doprowadzić ma do stanowczego orzeczenia o prawie budowy; aż do ukończenia sporu protest jako taki wiąże, po upływie jednak 3 miesięcy od protestu przedsiębiorca może przez złożenie kaucyi uzyskać ius aedificandi. Wynika stąd, że nuntians jest zawsze tylko inicjatorem postępowania sądowego, choć wiadomo, czy ta inicjatywa mieści się już w nuntiatio jako proteście z współudziałem sądu, na co wskazywać się zdaje określenie protestu jako »denuntiatio emissa«, czy też nuntians musi osobno wystąpić z żądaniem, aby protest uznano za usprawiedliwiony. W prawach nowoczesnych, dalekich od idei pomocy własnej, pochłonięły nuntiationem tymczasowe zarządzenia, jakie sąd wydaje na wniosek zagrożonej strony; już z stanowiska kompilacyi musi wydawać się dziwnem, że op. n. n. nie rozplynęła się w interdykcie quod vi aut clam, skoro nuntiatio jest jedną z okoliczności, wystarczających do uzasadnienia tego interdyktu, a użycie go zdaje się stronie zagrożonej przez opus zapewniać szereg korzyści. Zapomocą tego środka osoba, która przedsięwzięcie opus in solo, może intra annum utilem od ukończenia dzieła lub przerwy robót zmuszona być do usunięcia tego wszystkiego, co zostało dokonane »vi aut clam«, lub do zapłaty z tytułu kary quanti ea res erit. Vi aut clam oznacza robotę wbrew woli skarżącego, w szczególności vi facere działanie wbrew jego zakazowi, choćby tenże nie posiadał warunków op. n. nuntiationis (wystarczy jako symbol iactus vel minimi lapilli, a zastępstwo dopuszczone jest bez ograniczeń), clam facere działanie tego, kto wiedział lub przy zwykłej staranności powinien był wiedzieć, że skarżący może opus zakwestyonować, a mimo tego nie doniósł mu o robotach. Interdykt nie odniesie skutku, jeżeli opus prowadzone jest na zarządzenie władzy albo polega na usunięciu operis, dokonanego vi aut clam — zjawisko dowodzące pokrewieństwa tego środka z interdyktami chroniącymi posiadanie, które znają exceptionem vitiosae possessionis ab adversario; nadto spotykamy wątpliwość, czy i kiedy interdyktu tego można użyć przeciw zmianom, dokonanym w stanie konieczności (np. si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi), bo jeden pogląd wyklucza w tym przypadku winę i karę, drugi kładzie nacisk tylko na to, czy istniał związek przyczynowy, i uważa ten związek za przerwany »aeque perituris aedibus«, więc »si ignis usque eo pervenisset«. W innych przypadkach »vi aut clam« skarżący wygra, byleby wyka-

zał swój prawny interes w tem, aby dzieła nie dokonano. Interes taki wynika już z prawa obligacyjnego do używania dotyczącego gruntu np. z dzierżawy; niekiedy wystarcza nawet interes niemajątkowy (według Ulp. D. 43, 24, 11, 1 »exstat Cassii sententia eum, cuius statua in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia interfuerit eius eam non tolli; według Paula eod. 16, 1 »si quis vi aut clam arbores non frugiferas ceciderit... potest dici et fructuarii interesse propter voluptatem et gestationem«). Tembardziej oczywiście zachodzi taki interes, gdy skarżącemu służy ius prohibendi lub prawo żądania ze względu na opus kaucyi damni infecti; wynika stąd, że przeważną część przypadków op. n. nuntiationis pod interdykt podciągnąć można. Jeżeli się zważy, że interdykt skutkuje także przeciw temu, qui possidet nec fecit, a który musi patientiam restituendi praestare, że zatem w tym punkcie nie różni się od op. n. n., że dowód dla skarżącego nie może być trudniejszy, niż przy op. n. n. po remissio lub kaucyi — może być łatwiejszy, gdyby powód wykazać miał tylko wadliwość operis i okoliczności, które uzasadniają jego interes, choć nie dowodzą istnienia iuris prohibendi, za czym przemawia Ulp. D. 43, 24, 1, 2, pisząc o pozwanym »parvi refert, utrum ius habuerit faciendi an non — że wreszcie w razie niedokonania restytucyi wyrok daje skarżącemu »quantum actoris interest opus factum non esse« tj. pełne zadośćuczynienie, wówczas trudno istotnie zdać sobie sprawę, poco oba te środki istnieją obok siebie. Przypuszczenie, że jeden jest dawniejszy, drugi późniejszy, nie tłumaczy niczego, gdyby nawet źródła pozwalały oświadczyć się stanowczo za takim lub innym porządkiem chronologicznym; one jednak stwierdzają tylko tyle, że klasycy tej trudności nie odczuwali, bo mówiąc o stosunku wzajemnym tych środków podkreślają jedynie bezskuteczność nuntiationis wobec »opus iam factum«, wobec którego pomoc daje wyłącznie interdykt. W tym stanie najwięcej prawdopodobnem wydaje mi się przypuszczenie, iż w prawie klasycznym granica musiała być wyraźna i niewątpliwa. Wówczas zaś szukać jej należy w tym kierunku, że jeżeli ktoś aedificat in nostro, wtedy odpada op. n. n., a do użycia nadaje się jedynie interdykt (por. D. 39, 1, 6, 10), który uzupełnia ochronę possessoryjną, bo interdykta possessoryjne przypuszczają początkowo spór o posiadanie, facere zaś jako takie nie oznacza roszczenia sobie posiadania; natomiast interdykt quod vi aut clam nie dopisuje, skoro przeciwnik aedificat in suo t. zn. prowadzi opus w granicach swej faktycznej władzy nad rzeczą, w którym to razie ochronę daje tylko op. n. n., przeznaczona początkowo dla przypadków, gdy protest opiera się na ograniczeniu

cudzej własności, zastosowana wkrótce także do obrony interesu publicznego. Prawo klasyczne wyzyskuje ogólnikową stylizację interdyktu, aby go rozciągnąć na takie przypadki »facere in suo«, w których opus jest już factum, zatem op. n. n. nie pomoże, a inne środki (np. ao aquae pluviae) również do pełnej restytucyi nie prowadzą. Kompilacya zaciera zupełnie różnice, wychodząc z założenia, że im więcej środków strona ma do wyboru, tem lepiej. Stąd tłumaczy się, że interdykt konkuruje z op. n. n. również przy aedificare in nostro, a także zwykłe środki possessoryjne wystarczają w tym razie do obrony; stąd pochodzi również zasada, że kaucya, złożona na skutek op. n. nuntiationis, usuwa wadliwość operis i wyklucza interdykt, zasada, która prawidła nuntiationis przenosi w sferę interdyktu. Dziś zakaz robót występuje tylko jako zarządzenie władzy, interdykt zaś quod vi aut clam stał się zbędnym, bo przeciw tym, którzy przy opus nie liczą się z cudzą wolą, dają dostateczną ochronę środki possessoryjne.

213. Odrębne stanowisko zajmuje cautio damni infecti. Najprostszy i bezwątpienia najwcześniejszy jej przypadek to ten, że dom grozi zawaleniem się, a ruina mogłaby sąsiadowi wyrządzić szkodę. Poszkodowany mógłby wówczas wprowadzić zatrzymać gruzы aż do uzyskania odszkodowania, ale niewiele stąd mieć będzie pożytku; właściciel zaś niebezpiecznego budynku nawet w prawie klasycznym nie odpowiada osobiście za szkodę, o ile nie da się stwierdzić jego pozytywna wina, której nie zastąpi np. zaniedbanie naprawy. Jeżeli to niebezpieczeństwo dla sąsiada wynika wyłącznie z naturalnych przyczyn (położenie gruntów jest takie, że gwałtowny wiatr może np. strącić dachówki lub wyrwać drzewo na pole sąsiada), trzeba je znosić, jak każdą inną przyrodzoną właściwość gruntu; jeżeli jednak zachodzi vitium aedium np. infirmitas lub vetustas, należy pomyśleć o pomocy dla sąsiada. Najprostszem wydaje się nałożyć na właściciela osobistą odpowiedzialność za vitium aedium i wynikłą stąd szkodę; według rzymskich atoli zasad zobowiązanie z taką treścią może wynikać tylko z kontraktu albo z deliktu t. zw. zobowiązany musi sam ściągnąć odpowiedzialność na siebie. To też znane nam bliżej środki prawa rzymskiego zmierzają do tego, by właściciela budynku zmusić do wzięcia odpowiedzialności na swe barki. O dawnem ius civile wiemy tylko, że można było lege agere damni infecti = nondum facti i że ta legisactio istniała — mimo zaprowadzenia formulek — jeszcze w 2. wieku po Chr., choć według Gaia »damni infecti nemo vult lege agere«; szczegółów postępowania nie znamy, przypuszczać jednak możemy, że w praktyce sprawa koń-

czyła się złożeniem kaucyi i że na tej właśnie praktyce oparł się pretor. Według edyktu zagrożony zwraca się do magistratury i — po złożeniu iuramentum calumniae — żąda, by tego, kto posiada niebezpieczny przedmiot, wezwano urzędownie do dania kaucyi. Dla przyspieszenia można zwrócić się do magistratury municypalnej, co jest wyjątkiem od reguły, albowiem chodzi o zarządzenie w sferze imperii, a imperium mają tylko magistratus populi Romani; tu edykt pretorski daje władzom municypalnym upoważnienie do wkroczenia i grozi im odpowiedzialnością za szkodę w razie zaniedbania. Formularz kaucyi, zamieszczony na album, obejmuje przyrzeczenie zapłaty quanti ea res erit na przypadek, gdyby w przeciągu pewnego czasu, oznaczonego causa cognita przez magistraturę, wskutek vitium aedium powstała dla sąsiada szkoda. Jeżeli zagrożony otrzyma kaucyę, ma actionem ex stipulatu o wynagrodzenie wszelkiej szkody np. za zniszczenie jego rzeczy, za stracony czynsz i t. d. Jeżeli wezwanie nie odniesie skutku, pretor względnie magistratus municypalny dekretem wprowadza wnioskodawcę w posiadanie niebezpiecznego budynku (in possessionem ire iubet) t. zn. nie usuwając jeszcze dotychczasowego posiadacza daje zagrożonemu custodiam i przez to możliwość dokonania potrzebnych reparacyi; gdyby mimo tego przeciwnik przez dłuższy czas ociągał się z kaucyą lub gdy zachodzi inna iusta causa np. zwłoka z zwrotem kosztów naprawy, pretor — już nie magistratus municypalny — nowym dekretem iubet possidere (stąd nazwa »missio in possessionem ex secundo decreto«) tj. daje zagrożonemu wyłączne posiadanie i tytuł do usucapio. Osobny interdykt zapewnia misso in possessionem ochronę tak, że przez misso zagrożony, jeżeli zwrócił się przeciw właścicielowi, uzyskuje stanowisko zbliżone do własności bonitarnej, a w prawie Justyniańskim odrazu w sposób pochodny nabywa pełną własność (wyżej s. 50); niezależnie zaś od tych środków, które mają wymusić kaucyę (cavere aut carere) i należą do prawa ściśle narodowego (I. 64), edykt — prawdopodobnie późniejszy — przyrzeka na przypadek oporu przeciw dekretem magistratualnym dać zagrożonemu iudicium w takim rozmiarze, jak gdyby kaucya została złożona. W prawie klasycznym można z żądaniem kaucyi wystąpić także wobec osób, mających prawa rzeczowe na niebezpiecznym gruncie, choć w przypadku tym zasada »cavere aut carere« musi być odpowiednio zmodyfikowana, a wyrównanie następstw odmówienia kaucyi w stosunku między właścicielem i np. użytkowcą nasuwa poważne trudności; również po stronie czynnej pozwalają źródła wystąpić z żądaniem kaucyi i innym interesowanym oprócz właściciela zagrożonego gruntu, byleby zachodził interes

prawny, nie tylko obawa utraty faktycznej korzyści (neque ei qui in meo deambulet... vel in mea taberna devertat, caveri debet). Obiektywne zaś rozszerzenie zastosowania kaucyi d. inf. leży w tem, że żądać jej można nie tylko z powodu vitium aedium i — już za Cicerona — z powodu vitium loci, lecz także propter vitium operis, które przyjmuje się nie tylko »si male aedificetur«, lecz wogóle, gdy opus grozi wyrządzeniem szkody np. »si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit«; prawo do kaucyi służy nadto zagrożonemu tak ze względu na opus na gruncie sąsiada, jak wówczas, gdy szkoda grozi ex opere in loco publico np. np. in via publica, a nawet i wtedy, gdy ktoś inny ma prawo wkroczyć na jego grunt i dokonać tam pewnej roboty np. zebrać owoce. Prawo do kaucyi propter vitium operis łączy się z op. n. n. i interdictum quod vi aut clam; mamy tu niewątpliwie formację późniejszą, przy której niema już mowy o missio in possessionem. Sankcya obowiązku do kaucyi leży w tem, że w następstwie odmowy opus musi stanąć, a pretor w razie potrzeby da i bez kaucyi skargę o odszkodowanie; i tutaj zresztą, jak w przypadkach dawniejszych, zobowiązanie nie obejmuje ani utraty faktycznych korzyści (in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei tui praecisae sunt) ani szkody, zrzędzonej działaniem sił elementarnych (orkan, trzęsienie ziemi). Ważniejszem od tych zmian jest dla historyi prawa zjawisko, że już klasycy przyjmowali w tego rodzaju przypadkach odpowiedzialność np. właściciela niebezpiecznego budynku, choć zagrożony nie tylko nie dostał kaucyi, ale nawet nie starał się o nią, byleby zaniedbanie dało się usprawiedliwić np. »propter angustias temporis aut quia rei publicae causa aberat«. Edykt przewidywał iudicium mimo braku kaucyi, jeżeli nastąpiło już urzędowe wezwanie. Jurysprudencja idzie krok dalej, a choć przy tem nie traci z oczu punktu wyjścia, bo poszkodowanemu pozwala tylko żądać kaucyi de damno praeterito i tem samem pozostawia przeciwnikowi możliwość uchylenia się od odpowiedzialności przez wyrzeczenie się gruntu, to przecież tworzy tu niewątpliwie zobowiązanie ex lege, choć je wciska w formę obligacyi z kontraktu. Prawa nowoczesne odrzucają tę formę i przyjmują w tego rodzaju przypadkach obligacyę ex lege. Treść obligacyi może zresztą być różna w miarę tego, czy się moment winy (zaniedbanie naprawy) uzna za rozstrzygający, czy się przyjmie zasadę, że np. właściciel niebezpiecznego przedmiotu ponosi odpowiedzialność za niebezpieczeństwo bez względu na winę.

214. O początkowym ambitus budynków miejskich wspomniałem już poprzednio (s. 74). Z napływem ludności do miasta zmienia się system budowy: ambitus znika, ustępuje miejsca wspólnej ścianie,

a w braku tejże budynki posuwają się aż do linii granicznej tak, że ściany sąsiadów stykają się z sobą. Wynikające stąd stosunki prawne poznamy mówiąc o współwłasności i o służebnościach; tu zajmują nas tylko sprawy graniczne gruntów wiejskich. Przy *agri limitati* naokoło każdej jednostki (parceli), oznaczonej przez geometrów, biegnie t. zw. *limes*, szeroki na 5 stóp, który »*itineri publico servire debet*«, a skutkiem tego wyłączony jest z pod uprawy i nie podlega *usucapioni*. Służy on zresztą nie tylko do komunikacji, lecz także do umożliwienia uprawy reszty gruntu, w szczególności do nawrócenia z pługiem; nie też dziwnego, że podobne odgraniczenie spotykamy wogóle przy wszystkich gruntach wiejskich t. zn. tak między sąsiadującymi posiadłościami w obrębie jednostki przy *agri limitati*, jak i przy *agri arcifinii*. Po obu stronach właściwej linii granicznej ciągnie się na każdym gruncie miedza graniczna (*finis*), szeroka zazwyczaj na 2½ stopy, a w ten sposób tworzy się między gruntami pięciostopowa zazwyczaj przestrzeń graniczna (*fines*, *confinium*); składa się ona z kawałków ziemi jednego i drugiego sąsiada, ale służy im obydwom do użytku na określone wyżej cele, co ogranicza prawa jednego i drugiego; a wpływa także na sposób załatwiania sporów granicznych. Już ust. 12 tablic spory *de finibus intra quinque pedes* przekazuje do osobnej *actio finium regundorum*. W postępowaniu tem arbitrowie — później jeden arbiter — mają przedewszystkiem ustalić dawną linię graniczną, ale jeśli zatarła się w obrębie *confinium*, co musiało być zjawiskiem nader częstym, albo jeśli dla zapobieżenia nowym sporom wypada ją zmienić, mogą nakreślić ją dowolnie w obrębie *confinium*, a zatem mogą rozdzielić *confinium* między sąsiadów tak, jak się dzieli spólną własność między współwłaścicieli. Spór graniczny zbliża się przez to do innych sporów o rozdział spólności: wyrok daje odrazu własność temu, komu część sąsiada przysądza (*adiudicatio*; p. wyżej s. 10), wyrównanie straty następuje przez skazanie zyskującego na zapłacenie sąsiadowi odpowiedniej sumy pieniężnej, a z rozgraniczeniem łączy się i tu załatwienie wzajemnych pretensyi *pro praeterito* np. z powodu, że jeden sąsiad zbierał owoce z całego *confinium* lub poniósł w całości koszt geometry i t. p. Takie uregulowanie sporów *de finibus* godzi się doskonale z rzymskim pojmowaniem granic; to też zd. m. *intra quinque pedes* skarga windykacyjna była wykluczona, a *actio finium regundorum* pełniła funkcję »*pro vindicatione rei*«. Dopiero wówczas, gdy przedmiotem sporu był większy kawałek ziemi — źródła mówią tu o »*controversia de loco*« — otwierało się miejsce dla skargi windykacyjnej, która ustalała stosunki własności, po której atoli mogło jeszcze nastąpić rozgranicze-

nie w następstwie *actionis finium regundorum*, wniesionej przez którąkolwiek stronę. W praktyce wykluczenie skargi windykacyjnej *de finibus* należało zapewne do pretora i do postępowania *in iure*; to tłumaczy zd. m., że w kompilacji, która nie zna już wpływu pretora na wybór skargi, całą sprawę ujęto zupełnie inaczej, że cały nacisk położono nie na element obiektywny tj. przedmiot sporu, lecz na element subiektywny t. zn. na sposób postawienia kwestyi przez powoda. Jeżeli on w skardze wystąpił z żądaniem o uznanie własności i oddanie rzeczy, mamy *vindicationem rei*, choćby cały spór obracał się *intra quinque pedes*; jeżeli oznaczył sprawę jako graniczną, postępowanie mieć będzie charakter *actionis finium regundorum* t. zn. skargi działowej o całą sporną powierzchnię; z dawnego prawa utrzymała się tylko zasada, że pas pięciostopowy wyjęty jest z pod zwyczajnej *usucapio* względnie *praescriptio*, zasada nadwzajemna zresztą przez to, że każdy sąsiad może powołać się skutecznie na zasiedzenie nadzwyczajne. *Usus modernus* wytworzył na tej podstawie różnicę między *actio fin. regund. simplex*, która wywoływała postępowanie niesporne o odnowienie granicy, i *actio fin. regund. qualificata*, gdzie zachodził spór o granicę i własność. Rozróżnienie to ma z prawem Justyniańskim jeden tylko punkt styczny, mianowicie ten, że opiera się również na subiektywnem ujęciu sprawy przez skarżącego. Dopiero najnowsze ustawodawstwa wracają do obiektywizmu dawnego prawa rzymskiego: nawet wdrożony prawidłowo spór o własność, w którym sporną jest właściwie kwestya granic, każe się traktować poza formami postępowania spornego, w sposób zbliżony do rzymskiego *iudicium finium regundorum*.

5. Współwłasność.

215. Już w dawnych czasach zdarzał się często przypadek, że rzecz przechodziła drogą spadku na kilku dziedziców, a podział spuścizny dawał na siebie czekać, dopóki dziedzice pragnęli pozostać w spólności. Najdawniejsza ta spólność własności, choć wywołana dziedziczeniem, opiera się przecież na woli stron; stąd też nazwa »*socius*«, która później łączy się z kontraktem spółki, oznacza początkowo każdego uczestnika spólności i jeszcze u klasyków często w takim używana bywa w znaczeniu. Już wcześniej jednak odróżnia się prawa i obowiązki z kontraktu spółki od następstw spólności własności jako takiej, a uregulowanie prawne stosunku między właścicielami jednej rzeczy jako takimi tworzy rzymską współwłasność. Współwłasność może powstać przez układ (np. *redimere in commune*),

może jednak wynikać także z innych przyczyn, jak *confusio*, wspólne dziedziczenie, otrzymanie wspólnego zapisu i t. d. Jedna rzecz ma tu dla kilku równocześnie osób pełnić taką służbę, jaką pełniłaby wobec jedynego właściciela; to też zasadniczą myślą przy uregulowaniu tego stosunku jest wyłączyć od rzeczy osoby obce, utrzymać monopol dla uczestników, między nimi zaś wprowadzić takie ograniczenia, aby każdy miał udział w władzy nad rzeczą i w korzyściach, jakie przynosi, skoro nie można dać ich każdemu w całej pełni (*duorum in solidum dominium esse non potest*). Przedstawivszy teraz pozytywne rzymskie przepisy spróbuję następnie określić prawną konstrukcję stosunku współwłasności.

a) Każdemu uczestnikowi wolno używać rzeczy obok innych tj. w taki sposób, który innych od tego używania nie wyklucza: tak np. *parietem communem incrustare*, do wspólnego grobowca *mortuum inferre*, wspólnego niewolnika używać za narzędzie do nabywania praw dla siebie i t. p. Regułą jest jednak, że używanie jednego nie pozostawia pozostałym na takież używanie miejsca; wówczas zaś użycie rzeczy wyłącznie dla siebie jest naruszeniem praw reszty. Dozwolone będzie tylko na podstawie układu, który juryści pojmują w ten sposób, że jeden spółnik swe prawo używania odstępuje drugiemu, więc uważają za kontrakt najmu (*convenit, ut alternis annis fundum communem certo pretio conductum haberemus*: *Iulianus — Africanus D. 19, 2, 35, 1*) lub umowę do najmu zbliżoną.

b) Faktyczne dyspozycje, które rzeczy przynoszą szkodę, są bezprawiem i w razie winy — w prawie klasycznym miarę stanowi *diligentia quam suis* — narażają uczestnika na odpowiedzialność wobec reszty; podnieść tu trzeba, że na uczestnikach ciąży także pozytywny obowiązek do staranności *quam suis* i że niedbały odpowiada także za zaniedbanie np. jeżeli dopuścił *non utendo* do utraty służebności gruntowej lub nie spełnił powinności publicznych i przez to spowodował szkodliwe dla rzeczy zarządzenie władzy. Choćby jednak dyspozycja nie groziła rzeczy szkodą *»qui facere conatur, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit«* (*Marcellus D. 8, 5, 11*); samowolne facere uczestnika sprzeciwia się prawu, a zamierzona czynność staje się dozwoloną dopiero przez zgodę wszystkich. Jednostronną próbę może każdy współwłaściciel udaremnić przedewszystkiem drogą własnej obrony, ewentualnie zapomocą interdyktu *quod vi aut clam*; czytamy wprawdzie pod firmą *Papiniana (D. 10, 3, 28)*, że ten, kto mógł przeszkodzić i nie uczynił tego, nie może zmusić towarzysza *»ut factum opus tollat«*, ale rozstrzygnięcie to, którego klasyczność nie jest zresztą bynajmniej pewna, można rozumieć i tak,

że w powyższych warunkach twórca *»operis«* nie ponosi kosztów restytucji. Pozytywny wyjątek zachodzi przy wspólnym budynku, gdzie każdy uczestnik *utilitatis causa* ma przyznane prawo naprawy. Dalej idący przepis, że wogóle przywrócenia status quo żądać można tylko *»si toti societati prodest opus tolli«*, jest innowacją kompilatorów, mającą złagodzić surowe zasady prawa klasycznego co do *facere in re communi*.

c) Owoce rzeczy wspólnej należą do uczestników pro parte: kto z nich przeto zabrał cały plon, wkroczył w prawa pozostałych i odpowiada im za przypadające na nich części. Udział każdego w owocach oznacza się według tego ułamka, który określa jego stosunek prawny do uczestników oraz trzecich i wyraża jego stosunek gospodarczy do rzeczy; wysokość ułamka wskazują okoliczności, które wytworzyły wspólność, w braku zaś innej wskazówki obowiązuje zasada równości. Wspólność owoców podlega zresztą tym samym prawidłom, co wspólność rzeczy głównej; o ile podział da się przeprowadzić rażątkiem, każdy uczestnik nabędzie od razu wyłączną własność odpowiedniej ilości (p. wyżej s. 39). Tak samo przedstawia się sprawa co do nabytków niewolników, choć te dostają się panu z tytułu potestatis dominicae, nie z tytułu prawa własności. O ile niewolnik nie występuje jako narzędzie jednego tylko z panów, to, co nabył przez stypulację lub w inny sposób np. jako udział *inventoris* w skarbie znalezionym *in alieno*, należy do wszystkich *»pro parte, qua dominium in eo habent«*; gdyby jeden z uczestników był wykluczony od nabytku, część na niego przypadająca przyrasta pozostałym (*si servus... Titii et Maevii hominem, qui Titii erat, stipulatus fuerit, ei soli adquiret, cuius non fuit*). Tak samo traktuje się i *accessiones* i *fructus civiles* (np. *si mercedes unus perceperit*); gdzie jednak okazyje do pewnego nabytku, ale tylko okazyje, dała własność, tam współwłaściciele dzielą się nim nie pro partibus, lecz w częściach równych np. jeżeli uzyskali *missionem in possessionem ex secundo decreto* na grunt sąsiada. Z drugiej strony wspólność zobowiązuje także do stosunkowego udziału w ciężarach z własnością złączonych. Kto poniósł na rzecz wspólną nakład konieczny lub pożyteczny, kto wypełnił w całości obowiązek właściciela jako takiego np. przy skardze *noksalnej* za wspólnego niewolnika zapłacił *litis aestimationem*, ma prawo do zwrotu, odpowiadającego stosunkowi udziałów; tak samo rozstrzygają źródła przypadek, gdy uczestnik doznał z strony wspólnego niewolnika szkody i jako współwłaściciel skargi *noksalnej* wnieść nie może.

d) Udziałem swym t. zn. określonym poprzednio uprawnieniem może każdy uczestnik dowolnie rozporządzać. Może partem pozbyć,

obciążyć użytkowaniem, ustanowić na niej zastaw — wszystko bez oglądania się na resztę; myśl, że uczestnicy mają prawo bliższości, odrzuca prawo państwowe stanowczo (C. 4, 52, 3). Przy przeniesieniu *partis* obowiązują te same zasady, co przy przeniesieniu własności; w szczególności przy tradycyi musi nabywca uzyskać faktyczną władzę nad rzeczą, oczywiście w granicach udziału. W ten sposób można przenieść udział także na uczestnika, co może doprowadzić do powstania własności wyłącznej; i w tym jednak razie nie zacierają się prawna odrębność części, złączonych w jednym ręku, bo np. jeżeli mąż dostał połowę gruntu na posag i dokupił drugą, tylko pierwsza stanowi fundum dotalem i podlega przepisom o gruntach posagowych (Julian D. 23, 3, 78, 4). Naodwrot właściciel wyłączny może doprowadzić do powstania współwłasności, skoro w powyższy sposób przeniesie na inną osobę partem, a resztę zatrzyma; inaczej natomiast przedstawia się sprawa co do *derelictio*. Jeżeli współwłaściciel porzuci swą część, traci współwłasność, a udział jego przyrasta pozostałym, których części powiększają się, nie zmieniając zresztą wzajemnego swego stosunku. Skutek ten uznają nie tylko prawo klasyczne, lecz zd. m. i kompilacya; choć Modestinus w jedynym ustępie, dotyczącym tej kwestyi (D. 41, 7, 3), stwierdziwszy zgaśnięcie praw porzucającego pisze dalej tylko »ut hoc sit in parte quod in toto« i choć słowa te nie określają dość dokładnie dalszych skutków *derelictio*, to przecież przyrost wynika z słów dalszych: »totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat«, a za wnioskiem tym przemawia także rozstrzygnięcie D. 10, 3, 14, 4: »si pascitur socius, ne partem suam petat, effectum tollitur societas«. Przyrost taki może również doprowadzić do powstania własności wyłącznej tak, że porzucenie może wywołać taki sam skutek, jak przeniesienie *partis* na uczestnika; różnica występuje jednak jasno, gdy uczestników było więcej.

e) W spólnym gruncie każdy uczestnik »recte sepelitur etiam sine ceterorum consensu«, a miejsce dotyczące staje się *locus religiosus*; za życia jednak uczestników konieczną jest zgoda wszystkich, jeżeli czynność pewna ma wywołać skutki prawne co do całej rzeczy lub fizycznego jej kawałka. Tak jest przy wyzwoleniu (p. I. 250); do przeniesienia własności potrzeba zgody wszystkich np. tradycyi za spólną wolą, a akt dokonany przez jednego może mieć skutki tylko co do jego udziału, jeżeli im nie staną w drodze zasady o błędzie; zgoda wszystkich konieczna jest również przy obciążeniu spólnego gruntu służebnością gruntową, a nawet ulga, że uczestnicy mogą kolejno objawiać swą wolę »ut ex novissimo actu etiam superiores con-

firmentur«, jest dopiero dziełem rozwiniętej jurysprudencji. W tym ostatnim przypadku akt jednego spólnika nie wywoła ani częściowego nawet skutku, bo wówczas prawo sąsiada musiałoby zamykać się w granicach praw jednego uczestnika, nie mogłoby zatem uchodzić za służebność gruntową, choćby ograniczoną; przepis natomiast, że do nabycia służebności dla spólnego gruntu potrzeba zgody wszystkich uczestników, luźniej już łączy się z istotą spólności, bo zd. m. wynika stąd, że służebność gruntu dana być musi każdemu współwłaścicielowi, a akt prawny wywołać może skutki tylko dla osób, które w nim brały udział. Stąd tłómaczy się również zasada, że służebność spólnego gruntu nie gaśnie, choć jeden z uczestników uzyskał własność gruntu służebnego (*servitus per partes retinetur*): ponieważ nikt nie może mieć służebności na rzeczy własnej, przeto fakt powyższy powinien jednego uczestnika pozbawić służebności, ale uprawnień reszty dotknąć nie może, a chcąc dla nich utrzymać służebność gruntową musi się ją utrzymać w całości. Z tej samej przyczyny utrzymuje się w podobnym przypadku służebność ciążąca na gruncie spólnym; utrzymana tylko pro *partibus* t. zn. w granicach praw uczestników pozostałych przestałaby być służebnością gruntową. Że rozstrzygnięcia te godzą się także z gospodarzem przeznaczeniem służebności gruntowych, jest rzeczą jasną.

f) Do obrony swego prawa wobec trzecich ma współwłaściciel te same skargi, co właściciel, i niejednokrotnie użyć ich może z takim samym skutkiem, jak właściciel: jeżeli np. chodzi o służebność gruntu spólnego, każdemu »in solidum competit actio«, a nawet — według kompilacyi — »victoria et aliis proderit«, co zresztą bardzo rozmaicie pojmować można (przegrana przesądza już w prawie klasycznym prawa reszty; to też Sabinus i Celsus dają im według D. 8, 5, 19 *actionem de dolo*, gdyby prowadzący spór przegrał umyślnie na ich szkodę). Inaczej przy skardze windykacyjnej; tę wniesć może uczestnik spólności tylko jako *vindicationem partis* o dopuszczenie do współposiadania względnie zapłatę odpowiedniego ułamka *aestimationis*. Musi przy tem część, do której rości sobie prawo, oznaczyć albo przez podanie ułamka, albo i w inny sposób, z czego juryści wyciągają trafny praktycznie wniosek »si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et L. Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio... totum semissem« (Pomponius-Paulus D. 6, 1, 8); stosunek między windykacją całości i części charakteryzuje fakt, że *ex iusta causa* można przecież windykować partem *incertam* (np. jeżeli legataryusz nie wie, czy i w jakiej mierze zapis z powodu przeciążenia spadku dozna redukcji), a rezulta-

tem takiej vindicatio partis może być uznanie powoda za wyłącznego właściciela, skoro do redukcji nie przyjdzie. Podział spotykamy także przy skargach z tytułu uszkodzenia rzeczy, i to tak przy skargach karnych, jak i przy skardze, opartej na złożonej przez pozwanego na rzecz powoda cautio; również i operis novi nuntiatio z strony jednego współwłaściciela skutkuje tylko na jego korzyść. Co do skargi negatoryjnej brak źródeł; nauka dzisiejsza pozwala każdemu uczestnikowi wnieść ją in solidum, ale zd. m. skarga nie odniesie wogóle skutku przeciw trzeciemu, który obchodzi się z rzeczą jak współwłaściciel t. zn. trzyma się w granicach partis i dla skarżącego zostawia należne mu miejsce. Trzeci natomiast może niewątpliwie wystąpić z negatoria in solidum także przeciw współwłaścicielowi, który np. dopuścił się wkroczenia na grunt sąsiedni. Tak samo dochodzi się in solidum przeciw każdemu służebności ciążących na spólnym gruncie; przy zobowiązaniach, złączonych z własnością rzeczy spólnej, ciężar rozkłada się zawsze na uczestników, ale technika jest dwójaka, bo albo daje się wierzycielowi skargę in solidum, a pozwanemu uczestnikowi zastrzega regres do reszty (tak przy noxa communis servi), albo też daje się wierzycielowi skargę w odpowiednich ułamkach (tak np. w prawie Justyniańskim przy actio aquae pluviae, gdzie według D. 39, 3, 6, 1 »placuit... ut singuli in partem convenientur et in partem fiat aestimatio«; w prawie klasycznym zd. m. opinie były podzielone).

g) Odmienny obraz przedstawiają stosunki wewnętrzne między uczestnikami spółności. Każdy z nich może wprowadzić żądać od pozostałych dopuszczenia do współposiadania i wystąpić w tym celu z vindicatio partis (w kompilacji i tę funkcję spełnia omówiona niżej ao communi dividundo), a poza tem skarga ta służy do ustalenia podstawy dla dopuszczalnej tylko między współwłaścicielami skargi działowej (pozwany nie chce wdać się w spór działowy, bo powodowi odmawia legitymacji, wobec czego powód występuje z vindicatio), niekiedy zaś zastępuje ją, skoro rozdział (quantitatis) da się przeprowadzić rachunkiem; inne atoli actiones in rem oraz skargi zwrócone przeciw właścicielowi jako takiemu (in rem scriptae) są między uczestnikami spółności wykluczone. Niedopuszczalna jest zd. m. negatoria, chyba gdyby szło o odparcie roszczeń między gruntem spólnym a gruntem, należącym wyłącznie do jednego z uczestników (co Pomponius D. 8, 2, 27 pr. tłumaczy słowami »mihi enim soli tecum est actio«); niedopuszczalna ze względu na rzecz spólną op. nuntiatio, a możliwy tylko interdikt quod vi aut clam, zbliżony charakterem do środków possessoryjnych; niedopuszczalne jest również —

przynajmniej według Sabinianów i kompilacji (D. 39, 2, 32) — żądanie kaucji damni infecti i t. d.; nawet skargi karne z powodu uszkodzenia rzeczy np. ex lege Aquilia, które zwracają się przeciw winnemu jako takiemu, a więc i przeciw winnemu współwłaścicielowi, stara się prawo klasyczne zacieśnić, wciągając dotyczące roszczenia w zakres skargi, regulującej wewnętrzne stosunki uczestników. Taką jest już w prawie klasycznym, a w szerszej jeszcze mierze w kompilacji, actio communi dividundo. Właściwym jej przeznaczeniem było doprowadzić do uchylenia spółności. Można było zawsze znieść spółność drogą układu; już jednak ustawa 12 tablic pozwala każdemu z uczestników wymusić zniesienie spółności spadkowej zapomocą actio familiae herciscundae, przy współwłasności zaś jako takiej środkiem do tego celu jest ao comm. divid. Jurysprudenca klasyczna stosuje ją utiliter do innych przypadków, w których »aliquid commune est«, więc przy ager vectigalis i superficiarius, przy spółności użytkowania, zastawu, posiadania chronionego skargą Publicyańską lub choćby tylko opartego na iusta causa; co więcej, spotykamy ją także, gdy dwom sąsiadom przyznano prawo »ut per eundem aquae ductum aquam ducant« i gdy między nimi niema zgody co do sposobu korzystania z wodociągu, choć w tym razie konkurują służebności gruntowe tj. prawa niepodzielne, a zatem (I. 329) o communio niema mowy. Przy współwłasności prawo do żądania rozdziału nie może być wykluczone układem stron, który wiąże tylko wówczas, gdy go zawarto intra certum tempus, w tym jednak razie od czasów Sabina wiąże także dalszych nabywców udziałów; wykluczyć je atoli może pozytywny przepis (tak np. według D. 4, 7, 12 »zagadkowa« lex Licinia zdaje się pozbywającemu partem, który nie dokonał jeszcze mancytacji, odmawiać prawa żądania działu, jeżeli pozbycie nastąpiło iudicii mutandi causa), w szczególności wówczas, gdy tego wymaga natura rzeczy spólnej, gdy więc chodzi o parietem communem lub vestibulum commune binarum aedium, gdzie wynikiem »dziiału« będzie tylko sądowe uregulowanie sposobu używania. Poza tem arbiter comm. divid. ma swobodę wyboru środków celem uchylenia spółności. Może zarządzić licytację między uczestnikami i tę wartość wziąć za podstawę orzeczenia, może rzecz przysądzić jednemu, skazując go na zapłacenie pozostałym pewnej sumy i ustanawiając w razie potrzeby zastaw na rzeczy dla zabezpieczenia tego obowiązku, może pozostałym przyznać ekwiwalent w formie użytkowania tej rzeczy, może przeprowadzić podział fizyczny i poszczególne części przysądzić uczestnikom, ustanawiając na nich zarazem potrzebne służebności, a wyrównanie wartości przeprowadzić zapomocą pieniężnych kon-

demnacyi, może zarządzić sprzedaż w obce ręce i rozdział ceny; o ile przysądza rzecz czy część, daje przez adiudicatio odrazu własność względnie stwarza tytuł zasiedzenia, kiedy zaś ustanawia prawa rzeczowe na przedmiocie bylej spółności, powołuje je swem orzeczeniem odrazu do życia. Skardze uczestnika odpowiada obowiązek wdania się w spór, jak przy actiones in personam; mimo tego jednak całe postępowanie ma charakter niesporny. Spornem naprawdę może być tylko pytanie, czy można żądać działu; zresztą każdy uczestnik »et actoris et rei partes sustinet« tak, że »par omnium causa esse videtur« (stąd nazwa »iudicium duplex«), a juryści każą nawet losować, kto ma być uważany za powoda np. gdy chodzi o to, w jakim porządku strony mają czynić wnioski; jasnym też jest, że sędzia liczyć się musi przede wszystkim z tem, czego chcą zgodnie interesowani. Taki rozdział jednak nie wypełnia już z początkiem epoki klasycznej całości postępowania, albowiem sędzia winien wydać zarazem orzeczenie co do roszczeń, jakie powstały między uczestnikami ze względu na damna, korzyści i ciężary spółności. Przy tych »praestationes personales« mamy zwyczajne wzajemne wierzytelności, a klasycy mówią wprost o złączonej z spółnością »obligatio«; kto z pretensją występuje, jest co do niej powodem, a tę dwojaką funkcję skargi mają może na myśli instytucje Justyn., kiedy mówią przy niej o mixta causa tam in rem quam in personam. Praestationes powyższych dochodzono początkowo prawdopodobnie actione pro socio, która potem dopiero przybrała charakter skargi wyłącznie kontraktowej; już jednak w pierwszych czasach cesarstwa wciągnięto je do skargi działowej. Julian z całą energią wskazuje proces o rozdział jako miejsce i czas ogólnego rozrachunku pro praeterito, choćby uczestnicy dla poszczególnych roszczeń np. ex lege Aquilia mieli odrębne skargi, a kompilacja idzie w tym kierunku jeszcze dalej, bo pojmując actionem comm. divid. jako generalną skargę co do wszelkich roszczeń między uczestnikami z tytułu spółności. Klasycy pozwalali dochodzić owych praestationes tylko przy sposobności podziału tak, że uczestnik, który chciał z takim roszczeniem wystąpić, a nie miał osobnej skargi, musiał przede wszystkim zażądać uchylenia spółności. Wyjątki były ściśle określone. Gdzie podział był wogóle wykluczony, można było za pomocą ao comm. divid. dochodzić owych praestationes manente communione; można to również było uczynić, skoro podział stał się nie możliwy np. po zginieciu wspólnej rzeczy lub innem zgaśnięciu spółności (noxae deditio communis servi), może także wobec uczestnika, który swą partem sprzedał (do skargi z jego strony odnosiła się może wspomniana przed chwilą lex Licinia, która w takim razie łączyłaby

się z zasadą, że spółnik zrywający dolo mało spółkę a se liberat socios, se autem ab illis non liberat). W tych wyjątkowych przypadkach da się także pomyśleć proces między jednym uczestnikiem a częścią pozostałych. Podział w takich warunkach byłby bez celu, bo ten, kto w nim nie bierze udziału, zostaje nadal właścicielem partis pro indiviso; divisio inter pauciores jest zazwyczaj tylko następstwem błędu interesowanych, a wyjątkowo chyba da się usprawiedliwić jako środek do stworzenia prowizoryum np. w razie nieobecności jednego uczestnika, podczas gdy w innych przypadkach pozwany może niewątpliwie uchylić się od udziału w postępowaniu, a nawet w razie zgodnego wniosku części pretor rzymski odmówi niewątpliwie iudicium. W prawie Justyniańskim można, choć podział jest możliwy, wniesić actionem comm. divid. o praestationes, nie żądając uchylenia spółności. Jest to według nowszych badań innowacja kompilatorów; posługują się oni tym środkiem także i przede wszystkim wówczas, gdy chodzi o dopuszczenie uczestnika do używania, o ius prohibendi lub o naprawę, a pojmują rzecz tak, że arbiter odpowiednim zakazem czy nakazem udaremnia zachcianki czy łamie opór. Klasyczne praestationes tych roszczeń nie obejmują.

216. Próbuje konstrukcyi odrzucam najpierw pogląd, o którym żaden rzymski jurysta nie pomyślał, a w myśl którego spółność ma być osobą prawniczą, ta osoba prawnicza właścicielką rzeczy. Zrodził on się na gruncie nierozwiniętych prawniczo germańskich wyobrażeń o t. zw. własności łącznej; nie da się utrzymać i dla prawa nowoczesnego. Z stanowiska teorii podnieść należy, że brak materiału na osobę prawniczą tam, gdzie celem jej miałyby być tylko popieranie interesów członków, że nadto istnienie osoby prawniczej prowadzi do stosunków prawnych między nią i członkami, czego przy żadnym ukształtowaniu współwłasności nie spotykamy; dla potrzeb praktyki termin »osoba prawnicza« jest bez wartości, bo nie określa pozytywnie organizacji tej osoby, a jeżeli się pozytywne rzymskie przepisy uważa dziś za nieodpowiednie, to i rzymska konstrukcja dopuszcza, jak zobaczymy, odmian w szczegółach. Właściwą podstawą całego tego poglądu jest przekonanie, że rzecz wspólna nie należy do żadnego z uczestników, więc należeć może tylko do osoby prawniczej. Odrzucając drugie zdanie mieć będziemy reprezentowaną również w nauce teorię, że uczestnicy mają tylko sui generis prawa rzeczowe na rzeczy, która do nikogo nie należy. Nie ma ona z prawem rzymskim niczego wspólnego, a przecząc wogóle istnieniu własności na rzeczy wspólnej przyjmuje założenie tak dalekie od zapastrywań obrotu, że już to jedno zwalnia od potrzeby bliższego jej rozbioru. Jeżeli się

tedy — zgodnie z prawem rzymskim — przyjmuje mimo spółności istnienie własności, a nie tworzy osoby prawniczej, to podmiotami własności mogą być jedynie współwłaściciele; chodzi tylko o dokładniejsze oznaczenie stosunku. Określenie, że istnieje jedna własność, która ma większą ilość subiektywnych odniesień czy rozgałęzień, przyjęte przez wielu znakomitych romanistów niemieckich 19. wieku, nie określa naprawdę niczego, zarówno jak zbliżony pogląd, który tę jedną własność przyznaje ogółowi uczestników i na takim ujęciu stosunku poprzestaje, nie tworząc z uczestników osoby prawniczej. »Odniesienie« prawa do podmiotu może znaczyć tylko tyle, że to prawo temu podmiotowi przysługuje, a wówczas mamy tyle praw własności, ilu jest uczestników, czyli sprzeczność z założeniem; »wyjaśnienie«, że wynikiem większej liczby odniesień musi być wzajemne ograniczenie, podkreśla tylko powyższą sprzeczność — dlaczego »odniesienie« muszą się ograniczać? — nie daje zaś zupełnie obrazu tego stosunku prawnego, który wynika z ograniczenia i stanowi współwłasność. Juryści rzymscy każdego uczestnika uważają za właściciela, ale za właściciela ograniczonego, za właściciela części idealnej (*totius corporis pro indiviso pro parte dominium habet*: Celsus D. 13, 6, 5, 15); przyjmując za założenie większą ilość podmiotowych praw własności zwrócić należy całą uwagę na to, jakim one ulegają modyfikacyom skutkiem istnienia spółności. Odpowiedź, że stają się w tym razie częściami prawa czy prawami na idealnych częściach, daje wygodną dla obrotu nazwę i charakteryzuje trafnie gospodarczą stronę stosunku, bo choć ułamek nie w każdym kierunku wyraża treść ograniczenia (*uti, prohibere*), to przecież pewnem jest, że uczestnik ma naogół tylko ułamek gospodarczych korzyści i że udział ma tylko ułamek wartości prawa wyłącznego. Dla konstrukcji prawniczej i ta »część« nie przynosi niczego, bo nie wyjaśnia prawnej natury »podziału«; gdyby się ją chciało w teorii prawa brać dosłownie, wówczas nie dałaby się pogodzić ani z przyrostem przy porzuceniu udziału, ani z tem, że *vindicatio partis* może doprowadzić do uznania powoda za właściciela wyłącznego, i nie byłaby w stanie wytłumaczyć, w jaki sposób nabycie części od współwłaściciela może stworzyć własność wyłączną, a pozbycie części przez właściciela wyłącznego tworzy współwłasność (prawidła dodawania i odejmowania mają wartość dla matematyki, nie tłumaczą zmian w stosunkach prawnych). Chcąc te zjawiska zrozumieć musi się położyć nacisk na techniczną stronę tego tworzenia się części wskutek kolizji praw (*concurso partes fieri*); wówczas dostrzeżemy, że prawa te i wynikające z nich *actiones in rem* tak przy współwłasności, jak i w innych przypadkach kolizji,

w szczególności przy kolizji praw niepodzielnych (służebności gruntowe), nie dopisują wobec równouprawnionych, a do wypełnienia tej luki służą środki obligacyjne (*in personam*), więc *actio comm. divid.* prawa klasycznego oraz kompilacji. Z stanem kolizji łączy się z woli prawa obligacja między konkurentami t. zn. z każdym z uprawnień łączy się prawa i obowiązki obligacyjne, które uzupełniają środki prawne *in rem*, służące współwłaścicielowi wobec trzecich; tak tworzy się *pars*, a ta jej konstrukcja tłumaczy objawy, których »podział« jako pojęcie matematyczne nie jest w stanie wyjaśnić, np. przyrost w razie porzucenia, gdzie skutkiem zniknięcia kolizji odpaść może obligacja, i t. p. Obligacja wewnętrzna jest częścią składową udziału. Razem z nim przechodzi na nabywcę, a tylko powstałe już z niej roszczenia odrywają się od niej i pozostają prawami względnie obowiązkami tych, dla których względnie przeciw którym powstały; to przechodzenie nie pozbawia atoli obligacji charakteru prawa względnego (*in personam*), skoro istnieją i inne *actiones in rem scriptae*. Obligacja wynika z kolizji, a zatem »rodzi się« na nowo każdej chwili, jak długo spółność trwa; *ao comm. divid.* nie ulega tedy przedawnieniu, a przedawniają tylko konkretne roszczenia z spółności wyrosłe np. prawo do wynagrodzenia szkody, jaką uczestnik wyrządził rzeczy wspólnej, i t. d. Treść obligacji normuje prawo pozytywne. W pewnych punktach liczy się ono w Rzymie z wielkością części t. zn. albo z wolą stron (*partes inaequales*) albo z okolicznościami, z których spółność wynikła (np. przy *confusio*); można pójść dalej i np. także co do sposobu używania rzeczy przyjąć zasadę majorzacji, nie porzucając przez to rzymskiej konstrukcji. Od prawa pozytywnego zależy również, czy i w jakiej mierze pozwoli ograniczeniom wewnętrznym wystąpić w stosunku do osób trzecich; można np. każdemu uczestnikowi dać wobec trzecich *vindicationem rei*, nie *vindicationem partis*, choć prawo rzymskie w tym punkcie inną poszło drogą. Od prawa pozytywnego zależy wreszcie, czy dążyć będzie do szybkiego usunięcia kolizji np. pozwalając uczestnikom dochodzić wszelkich roszczeń tylko przy sposobności rozdziału, czy do umożliwienia dłuższego współzycia. W każdym razie, jeżeli się nie chce zrezygnować z tych celów gospodarczych, którym służyć ma własność indywidualna, trzeba dać uczestnikom radykalne lekarstwo przeciw spółności t. zn. prawo do żądania podziału. Taka czy inna technika przeprowadzenia podziału jest dla teorii prawa rzeczą drugorzędną; naodwrot, dla praktyki jest zupełnie obojętnem, czy prawo żądania podziału pojmiemy jako *sui generis* moc prawną, związaną z każdym współuprawnieniem tak, jak np. prawo do przeniesienia własności

z własnością, czy widzieć w niem będziemy jeden kierunek obligacji wynikłej z spółności, co zd. m. lepiej odpowiada rzymskiemu pojmowaniu przysądzenia (jeden uczestnik przez przysądzenie spełnia na rzecz drugiego świadczenie, zmierzające do usunięcia spółności, którego treść oznaczyło arbitrium sędziego).

II. Posiadanie.

217. Z posiadaniem spotkaliśmy się już kilkakrotnie: przy zasiedzeniu, gdzie wcześniej zajęło miejsce usus, przy tradycji i zawłaszczeniu, przy nabywaniu owoców, wreszcie przy określeniu pozwanego przy skardze windykacyjnej. Zaznaczyłem też wówczas, że posiadanie przedstawia się jako władztwo pewnej osoby nad pewną rzeczą, któremu towarzyszy chęć zajęcia wobec tej rzeczy takiego stanowiska, jakie wobec swej rzeczy zajmuje właściciel (tę chęć określa się dziś zazwyczaj zwrotem *animus domini*); wspomniałem również o posiadaniu *pro alieno* tj. bez *animus domini*. Z istnienia tych dwóch odmian wynika konieczność bliższego określenia pojęcia posiadania, zwłaszcza, że w *ius honorarium* istnieje odrębna ochrona posiadania jako takiego, różniąca się głęboko od tej ochrony, jaką się daje uprawnieniom podmiotowym, a przyznana posiadaczowi nawet w takich przypadkach, gdy o innych skutkach posiadania na jego korzyść niema mowy (np. gdy jest złodziejem). To właśnie posiadanie, z którym łączy się ochrona *possessoryjna*, jest w prawie klasycznym najlepiej opracowane; chcąc jednak poznać cały zakres pojęcia uwzględnić należy i inne przypadki, określane nazwą posiadania. W tem szerokim znaczeniu posiadanie jest dla jurystów rzymskich pewnym trwałym stanem, który istnieje na rzecz pewnej osoby od chwili nabycia aż do utraty posiadania. Warunki nabycia takiego posiadania ująć można na gruncie źródeł w zupełnie zresztą ogólnikową formułę, iż rzecz musi dostać się pod władzę (*pervenire in potestatem*) pewnej osoby; wobec tego zaś stan posiadania można określić jako stan władzy osoby nad rzeczą, a z określeniem tem godzi się i to, że następstwem zgaśnięcia owej potestas jest zawsze utrata posiadania. By uzupełnić określenie, trzeba jeszcze dodać, że przy posiadaniu chodzi tylko o fakt władzy tj. o władzę faktyczną; czy ona opiera się na podstawie prawnej (np. u właściciela), czy nie (np. u złodzieja), to jest zupełnie obojętne dla kwestyi istnienia posiadania. Jeżeli zaś nie chce się poprzestać na niewiele mówiącym zwrocie »władza faktyczna« i zapragnie dokładniejszej syntezy źródłowych rozstrzygnięć, wówczas istotą owej »władzy« okaże się zd. m. to, że

osoby trzecie trzymają się od danej rzeczy z daleka, że zachowują się wobec niej tak, jak się zachowywać trzeba wobec rzeczy cudzej, stan zaś ten wskutek faktu nabycia posiadania przez posiadacza przedstawia się jako jego faktyczna swoboda rozporządzania rzeczą, jako faktyczne istnienie na jego korzyść tego przywileju, którego gwarancję prawną daje właścicielowi prawo własności. Jeżeli więc takie poprawne postępowanie otoczenia wobec właściciela określimy jako wykonanie jego własności, wówczas posiadanie można określić jako stan faktycznego wykonania własności na rzecz posiadacza; w tem znaczeniu można zestawić posiadanie z własnością. Tylko w tem znaczeniu. Próbowano w nowszej nauce wyzyskać jako łącznik momenta natury gospodarczej np. używając zwrotu, że posiadanie jest takim normalnym zewnętrznym stanem rzeczy, w którym ona spełnia swe przeznaczenie gospodarcze tj. człowiekowi służy. Nienormalne położenie nie niszczy jednak istniejącego przedtem posiadania (banknot wsunięty w książkę przez posiadacza większej biblioteki pozostaje w jego posiadaniu, choć go przez długi czas szukano bez skutku i odnaleziono dopiero wówczas, kiedy już nie miał wartości; *servus fugitivus* pozostaje w posiadaniu tego, komu uciekł), a dostanie się rzeczy w takie położenie może nawet ugruntować posiadanie tej osoby, wobec której rzecz nienormalne położenie zajęła (zakupiony nawóz odstawiono kupującemu do salonu). Z tego wynika, że formuły gospodarcze prawnej istoty posiadania żadną miarą określić nie zdołają.

218. Podane teraz określenie odnosi się do posiadania *sensu largo*, tj. mieści w sobie wszystkie źródłowe przypadki posiadania bez względu na to, czy i jakie skutki prawne z nimi się łączą. W granicach tego szerokiego pojęcia tworzą się pod wpływem prawa pozytywnego odróżnienia; skoro bowiem prawo łączy z posiadaniem pewien określony skutek, może warunki tego skutku oznaczyć w taki sposób, iż w obrębie posiadania *sensu largo* utworzy ciaśniejszą grupę przypadków, które właśnie skutkiem powyższym różnić się będą od reszty. Zróżniczkowanie takie musi oczywiście wystąpić w terminologii. Terminologia klasyczna stoi w związku z dualizmem *iuris civilis* i *iuris honorarii*. Faktyczną władzę osoby nad rzeczą — wyrażenie »faktyczna władza« można zatrzymać, skoro się już wyjaśniło rzeczywiste jego znaczenie — oznaczają rzymscy juryści jako »*possessio naturalis*«; ponieważ jednak prawo pretorskie pod pewnymi warunkami daje posiadaczowi ochronę zapomocą interdyktów *possessoryjnych*, przeto przypadki posiadania chronionego tworzą odrębną grupę, którą dziś oznacza się jako posiadanie *ad interdicta*

(w źródłach czytamy »possessio quae locum habet in interdicto...«), a którą w Rzymie oznaczano często jako possessio bez dodatku i pod tą nazwą przeciwstawiano nawet posiadaniu naturalnemu, rozumiejąc przez to ostatnie już nie każde wogóle posiadanie, lecz tylko posiadanie pozbawione ochrony pretorskiej. Trzeci termin »possessio civilis« oznacza w źródłach te przypadki posiadania, z którymi ius civile łączy pewne skutki, przedewszystkiem możność nabycia własności przez usucapio; jakich do tego trzeba warunków, podałem już poprzednio (s. 20 n.). W kompilacyi znika różnica między ius civile i honorarium, wskutek czego i »possessio civilis« traci dawne znaczenie. Nowa terminologia rysuje się jasno wówczas, gdy kompilatorowie przeciwstawiają posiadacza cywilnego posiadaczowi naturalnemu; przedtem — przynajmniej za klasyków — posiadanie cywilne obejmowało tylko część sfery posiadania ad interdicta, nie mogło więc stanowić kontrastu do posiadania naturalnego (np. w razie darowizny między małżonkami nabywca nie jest posiadaczem cywilnym dla braku iustae causae, ale nie jest także posiadaczem naturalnym w ścisłym słów tych znaczeniu, bo ma ochronę pretorską). Oprócz nowej terminologii wprowadza kompilacja i zmiany rzeczowe, bo przyznaje — przez przekształcenie tekstów klasycznych — ochronę i w takich przypadkach (użytkowanie), które prawo dawniejsze inaczej traktowało; dalej jeszcze idą w tym kierunku liczne prawa nowoczesne, które także przy terminologii trzymają się Justyniańskiego wzoru, bo główny nacisk kładą na to, czy faktyczny władca ma ochronę possessoryjną. Jeżeli ją ma, jest posiadaczem sensu stricto; władzę natomiast pozbawioną ochrony (rzymska possessio naturalis) oznacza się dziś nazwą dzierżenia lub detencji, opierając się na tem, że już źródła rzymskie określają często posiadanie naturalne jako »rem tenere«. Zadaniem naszym będzie obecnie przedstawić rzymskie posiadanie ad interdicta. Zanim jednak do tego przystąpię, trzeba przedewszystkiem wyjaśnić, dlaczego jedne przypadki faktycznej władzy są posiadaniem, inne tylko dzierżeniem, następnie zaś scharakteryzować właściwości ochrony possessoryjnej i określić jej wpływ na pojęcie posiadania.

219. Rzymska teoria posiadania łączy się z terminem »possessio«. Termin ten, nieznanym prawu najdawniejszemu, wytwarza się niewątpliwie przy gruntach, i to prawdopodobnie ze względu na ager publicus, oddany jednostkom do eksploatacyi; przemawia za tem fakt, że jeszcze klasycy prawne władanie gruntem prowincjonalnym oznaczają nazwą »possessio«. Którędy »possessio« przeszło w sferę rzymskiego prawa prywatnego, czy zastąpiło najpierw »usum« przy usu-

cipio, czy owszem posłużyło odrazu do oznaczenia stanu chronionego interdyktami, niepodobna stwierdzić; w każdym atoli razie w 6. w. ab U. c. spotykamy już — obok »possessio civilis« — także »possessio«, które zostaje pod ochroną pretorską i oddzielone jest od dzierżenia. Istnieje w całym szeregu przypadków faktyczna władza osoby nad rzeczą, a mimo tego władca rzeczy jest tylko jej dzierżycielem, nie ma prawa do interdyktów possessoryjnych. Zachodzi to przedewszystkiem wówczas, gdy sam władca nie ma zdolności majątkowej: »qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est« (Papinian D. 41, 2, 49, 1), faktyczny władca jest tedy tylko dzierżycielem, a posiadanie mieć będzie pater lub dominus. Tak samo i wtedy, gdy rzecz nie może być wogóle przedmiotem własności czy dlatego, że znajduje się poza granicami prawa prywatnego (locus religiosus, homo liber z wyjątkiem tego, qui bona fide servit, i t. p.), czy dlatego, że nie ma samodzielności i nie jest dla prawa odrębną rzeczą; w tych przypadkach posiadanie wogóle nie istnieje, a stosunek między osobą i rzeczą może być tylko dzierżeniem (nauka mówi tu dziś o dzierżeniu »bezwzględnem«). Zasady powyższe wskazują, że prawo rzymskie wyklucza ochronę posiadania tam, gdzie istnienie własności jest a priori wykluczone, a tę samą myśl widać i w przepisach, że np. posiadacz bona fide cudzego niewolnika nabywa przez niego posiadanie tylko ex re sua vel ex operis servi, bo tylko w tych warunkach mógłby nabyć własność. Choć jednak takiej przeszkody niema, władza faktyczna osoby nad rzeczą będzie posiadaniem jedynie wówczas, gdy zaszły pozytywne warunki nabycia, wymagane przez prawo celem udzielenia ochrony, a nie nastąpiły jeszcze okoliczności, które z woli prawa pociągają za sobą cofnięcie ochrony tj. utratę posiadania. Przy oznaczeniu tych warunków nabycia i przyczyn utraty wysuwa się u jurystów rzymskich na pierwszy plan moment woli posiadacza: akt jego woli tworzy posiadanie, choćby faktyczna jego władza nad rzeczą istniała już przedtem, akt jego woli niszczy posiadanie, choćby faktyczne jego stanowisko wobec rzeczy czy wobec otoczenia żadnej nie doznało zmiany. Z tego punktu widzenia animus staje się przeciwieństwem naturalis possessionis, bo to ostatnie dopiero przez pojawienie się woli staje się posiadaniem chronionem przez prawo (p. np. D. 41, 2, 3, 3: »solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio... quia quod desit naturali possessioni, id animus implet«); wynika stąd, że osoba pozbawiona woli nie może własnym działaniem nabyć posiadania. Jeżeli furiosus uzyskał władzę nad rzeczą, sprawa przedstawia

się tak, jak gdyby śpiącemu wsunięto jakiś przedmiot do ręki, t. zn. niema posiadania. Także infantes mogą stać się posiadaczami per servum peculiani nomine lub przez swego ustawowego zastępcę, nie mogą zd. m. w prawie klasycznym własnym działaniem dojść do posiadania ad interdicta, a dopiero po wyjściu z infantia mogą je uzyskać sami przez się; możliwość nabycia posiadania przez infantem tutore auctore (tak zd. m. już Paulus D. 41, 2, 32, 2) wydaje mi się tylko przypadkiem nabycia posiadania przez zastępcę, z drugiej zaś strony źródłowe wzmianki o auctoritas tutoris przy nabyciu przez impuberes infantia maiores nie wykluczają bynajmniej uzyskania posiadania bez auctoritas, a wobec tego jedyny wyjątek od zasady zawiera w kompilacji reskrypt C. 7, 32, 3, który czyni infantem posiadaczem rzeczy, darowanych i wręczonych mu bez współudziału opiekuna, wprowadza tedy do prawa rzymskiego myśl, że wola infantis może mieć znaczenie w sferze faktów, nie zawiera jednak zd. m. prawa klasycznego. Podobnie przedstawia się sprawa utraty posiadania: akt woli jako taki może wywołać utratę posiadania np. si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, a i spreczne zdania jurystów co do następstw tradycyi, która odbiorey nie dała posiadania (np. dlatego, że był furiosus lub że po jego stronie zachodził błąd), schodzą się w tym punkcie, że wolę tradenta uważają za rozstrzygającą, jakkolwiek jedni pojmują ją jako warunkową, drudzy jako bezwarunkową (I. 344). Błędem byłoby jednak mniemać, że ta rzymska teoria obejmuje wszystkie bez wyjątku przypadki posiadania; nie brak w źródłach takich, gdzie posiadanie powstaje bez udziału woli posiadacza np. gdy do zamkniętego zwierzyńca dostało się przypadkiem (incidit delapsus est: D. 7, 1, 62, 1) na nieszczęście hodowcy dzikie zwierzę lub gdy ignorant adquiretur possessio czy przez niewolnika in rebus peculiaribus, czy przez opiekuna albo procuratorem omnium bonorum (I. 413, 416 n.). Teoria rzymskich jurystów ma więc to tylko znaczenie, że jeśli ktoś ma sam przez własne działanie stać się posiadaczem, wówczas potrzeba do tego z jego strony aktu woli; nie może ona uchodzić za odgraniczenie sfer posiadania i dzierżenia, a nie inaczej oceniać należy zd. m. ich poglądy co do znaczenia nastroju woli w tej kwestyi. Jeżeli się porówna użytkowcę, dzierżawcę, depozytariusza i innych dzierżycieli z właścicielem lub złodziejem, którzy mają posiadanie, widocznem jest, że przy uzyskaniu władzy nad rzeczą inny jest nastrój woli u dzierżyciela, inny u posiadacza. Dzierżyciel biorąc rzecz pod władzę uznaje, że ona należy do sfery cudzej władzy, i tem swem uznaniem zastępuje rzeczywiste poddanie się tej cudzej władzy, daje niejako posiadaczowi równowartość za to, że

rzecz zatrzymuje u siebie, i w ten sposób, choć sam rzeczą włada, to przecież »alienae possessionis praestat ministerium« (Celsus D. 41, 2, 18 pr.); posiadacz dla siebie tylko zajmuje centrum sfery władzy, stworzonej przez stan wyłączenia osób trzecich, wobec czego wolę jego określić można utartym dziś zwrotem »animus domini«, nie opartym zresztą na źródłowej podstawie (tylko w parafrazie Teofila spotyka się określenie zbliżone, ale nierównie trafniejsze: »ψυχὴ δεσπόζοντος« tj. animus dominantis). Otóż juryści rzymscy, którzy z nastrojem woli posiadacza liczyli się już i za republiki, w szczególności w nauce o usucapio, widzą powyższą różnicę i przyjmują ją za podstawę, kiedy chcą odróżnić dzierżenie od posiadania. Występuje to w źródłach tak wyraźnie, że już glossa odróżnienie dzierżenia i posiadania opiera na elemencie psychicznym; co więcej, juryści rzymscy przyjmują i konsekwencye, bo uznają, że nastrój woli może uleść zmianie, że sługa cudzego posiadania może wyjść z roli sługi i animo uzyskać posiadanie, naodwrot zaś pan posiadania może animo spaść na stanowisko dzierżyciela. Z tego wszystkiego nie wynika jednak bynajmniej, by w prawie rzymskiem różnica nastroju woli rozstrzygała zawsze o tem, czy mamy przed sobą dzierżenie czy posiadanie. Przeciwnie dowodzi już wspomniany przed chwilą fakt, że posiadanie może powstać bez udziału woli posiadacza, więc bez względu na nastrój tej woli (ignoranti adquiretur possessio); i tam jednak, gdzie wola tworzy posiadanie, kryterium animi domini często zawodzi. Brak konsekwencyi widać już w tem, że pewne rozstrzygnięcia źródeł nie poprzestają na subiektywnem uznaniu przez dzierżyciela cudzej władzy, lecz wymagają nadto, by po jego stronie powstał obiektywnie obowiązek, który inną osobę wskazuje jako pana posiadania. Jeżeli ktoś np. bierze od posiadacza własną swą rzecz w dzierżawę, kontrakt jest nieważny, a mimo tego, trzymając się ściśle nauki o animus domini, należałoby dzierżawcę uważać za dzierżyciela; Iavolenus w D. 41, 3, 21 rozstrzyga przeciwnie, a to wskazuje, że — niektórzy przynajmniej — rzymscy prawnicy wprowadzają do teorii o animus domini poprawkę obiektywną (obiektywna teoria dzierżenia), że według nich pan posiadania wtedy dopiero ma równowartość za realny brak władzy, skoro bezpośredni władca — dzierżyciel — i subiektywnie wziął na siebie rolę sługi posiadania i obiektywnie za sługę może być uważany, bo zaciągnął odpowiednie do tej roli obowiązki. Ale i ta poprawka nie wystarczy w całym szeregu przypadków. Wierzyciel zastawny, który ma cudzą rzecz w rękach, powinienby i według poglądu ściśle subiektywnego i według teorii obiektywnej być uznany za dzierżyciela, a tembardziej powinien nim

być prekarysta; tymczasem źródła zastawnikowi zawsze, często i prekaryście, przyznają posiadanie. Już w glossie pojawia się przeto dalsza poprawka, w myśl której do posiadania nie jest potrzebny animus domini, lecz tylko animus possidendi; ponieważ jednak ten niedający się bliżej określić animus przyjmuje się w każdym przypadku posiadania, przeto uznając go za kryterium nie tylko porzuca się właściwie pogląd, który nastrój woli uważa za rozstrzygający, ale zarazem rezygnuje się z racjonalnego wytłumaczenia różnicy między dzierżeniem i posiadaniem. Nie odpowiada to teorii rzymskich jurystów, z których stanowiska posiadanie np. zastawnika musi być uważane za wyjątek; można się spierać o to, czy oni sami traktują ten przypadek jako wyjątkowy, ale to już rzecz drugorzędna. Skonstatowanie reguły i wyjątku nie jest jednak jeszcze ostatecznym załatwieniem sprawy; chcąc ująć teoretycznie różnicę między dzierżeniem i posiadaniem trzeba zapytać, czem tłumaczą się rzymskie wyjątki od reguły, czy można ich liczbę powiększyć bez porzucenia rzymskich pojęć, jak wogóle należy sobie wyobrażać rolę prawa pozytywnego wobec tych przypadków, które można podciągnąć pod pojęcie posiadania (*possessio naturalis*) sensu largo? Aby na te pytania dać odpowiedź, należy zd. m. przyjąć jako założenie, że każdy fakt, który między osobą a rzeczą stwarza taki związek, iż według zapatrywań współczesnego obrotu można liczyć pro futuro stan wyłączenia trzecich na korzyść owej osoby, pozwala już przypisać jej faktyczną władzę nad rzeczą. W każdym takim przypadku może prawo pozytywne dać faktycznemu władcy ochronę tj. uczynić go posiadaczem sensu stricto, może to w szczególności uczynić bez udziału jego woli przy ugruntowaniu władzy, jeżeli bez tego udziału powstał określony przed chwilą związek między nim a rzeczą. Prawo pozytywne może jednak odmówić ochrony mimo istnienia dostatecznie wyraźnego związku między osobą i rzeczą, oddzielając w ten sposób dzierżenie od posiadania. Czyni to określając warunki nabycia posiadania i przyczyny jego utraty; nie zmienia przez to zresztą jego istoty, bo i posiadanie i dzierżenie pozostaje nadal takim samym stanem faktycznej władzy, jakim było przed dokonaniem oddzielenia. Może tedy pozostawić poza nawiasem przypadki, w których wykluczone jest istnienie własności, może za warunek ochrony postawić fizyczne zetknięcie się władcy z rzeczą, choćby według współczesnych zapatrywań mniej ścisły związek wystarczał do ugruntowania władzy, może w tych przypadkach, gdy związek powstaje przez działanie posiadacza, wymagać od niego aktu woli (koniecznego z reguły przy nieruchomościach już dla oznaczenia rozmiaru posiadania); w ten sam

sposób wykreśla granicę między dzierżeniem i posiadaniem tam, gdzie faktyczną władzę można przypisać już to tej, już też innej osobie, bo obie weszły w dostatecznie wyraźny związek z rzeczą. Dzierżawca, depozytariusz, użytkowca i t. p. mają rzecz w rękach; ten fakt może wystarczyć do przyznania im posiadania, jak to co do użytkowcy zrobiła kompilacja, co do dzierżawcy szereg spraw nowocześniejszych, niektóre nawet co do depozytariusza. Jeżeli się jednak uwzględni także stosunek depozytariusza do deponenta i t. d., można dostrzedz elementa faktycznej władzy także na korzyść deponenta, i to albo już z uwagi na subiektywny nastrój woli depozytariusza, albo dopiero wówczas, gdy depozytariusz stał się istotnie zobowiązany wobec deponenta. Na tej podstawie można uznać deponenta nawet za jedynego posiadacza, można jednak również przyznać posiadanie jednemu i drugiemu konkurentowi, co już prawo rzymskie przyjmowało przy *precarium* (D. 43, 26, 15, 4), a co jest częstym objawem w prawach nowocześniejszych. Łatwo wobec tego zrozumieć, że w tym punkcie granica między dzierżeniem i posiadaniem okazuje się chwiejną, i to tak przy porównaniu np. prawa rzymskiego z prawami nowocześniejszymi, jak nawet w obrębie jednego i tego samego prawa. Juryści rzymscy wyznawali co do tego teorię o animus domini, w konkretnych rozstrzygnięciach stosując nieraz obiektywną teorię dzierżenia; ani jeden ani drugi pogląd nie daje atoli wyczerpującej syntezy prawa rzymskiego, skoro w niem spotykamy posiadanie zastawnika i prekarysty. Cały system staje się zrozumiały, skoro się dostrzeże, że w przypadkach depozytu i t. p. stosunek faktyczny pozwala każdą z pośród większej liczby osób uważać za władcę rzeczy; która z nich ma być posiadaczem, oznacza prawo pozytywne, kierując się raz oportunistycznie tj. względem na potrzeby praktyki (ochrona zastawnika), drugi raz formułami teoretycznymi (np. animus domini), a nie potrzeba podkreślać, że i historia ma tu znaczenie, bo przedłuża nieraz życie pozytywnego przepisu, choć jego pierwotna racja bytu zniknęła (odmówienie ochrony dzierżawcy). Stąd wynika zarazem, że z zmianą stosunków i pojęć przesuwają się granice między dzierżeniem a posiadaniem; bez względu jednak na to, jak ją prawo pozytywne wykreśli, istotą posiadania i dzierżenia pozostaje faktyczna władza osoby nad rzeczą — dziś tak samo, jak w Rzymie.

220. Ochrona possessoryjna typu rzymskiego, do której służyły interdykta possessoryjne, jest ochroną posiadania jako takiego, skuteczną także przeciw właścicielowi. Właściciel pozwany przez posiadacza nie może w sporze possessoryjnym powołać się na swe prawo;

exceptio dominii jest tu bezwarunkowo wykluczona. Stąd wynika, że ochrona possessoryjna może być tylko prowizoryczną. Właściciel przegrawszy in possessorio, może wystąpić z skargą na podstawie swego prawa i w sporze tym, który się dziś oznacza jako »petitorium«, doprowadzić do zmiany stanu posiadania na swą korzyść; w tym punkcie interdykta possessoryjne nie różnią się od środków, służących do zdobycia samego tylko posiadania, z którymi spotkaliśmy się już przy translatio possessionis (wyżej s. 57), a które juryści rzymscy jako interdicta adipiscendae possessionis stawiają obok interdyktów possessoryjnych. Orzeczenie in petitorio ustala ostatecznie stosunek między stronami, orzeczenie in possessorio nie przynosi takiego ustalenia: to druga właściwość ochrony possessoryjnej. Trzecią istotną jej cechą jest to, że posiadacza chroni tylko przeciw samowolnym zamachom na jego stan posiadania. Nie wystarczy tedy do uzasadnienia skargi possessoryjnej fakt, że ktoś z rzeczą, która była pod moją faktyczną władzą, postępuje w taki sposób, iż będąc właścicielem mógłbym użyć przeciw niemu skarg z tytułu własności; trzeba nadto, by jego postępowanie przedstawiało się jako akt samowoli, zwrócony przeciw mojej władzy. Przy ochronie własności mogę wystąpić przeciw każdemu obiektywnemu naruszeniu obowiązków, odpowiadających memu uprawnieniu; jeżeli np. ktoś zabrał mi samowolnie rzecz i sprzedał ją trzeciemu, mogę przeciw temu trzeciemu wnieść skargę windykacyjną, nie mam jednak przeciw niemu środków possessoryjnych, bo on nie dopuścił się samowoli, a tak samo nie mam ich przeciw temu, kto wydarł rzecz pierwszemu zaborcy, bo nie mogę mu zarzucać zamachu na moje posiadanie. Czy prawo oznaczy dokładnie formy samowoli, przeciw którym daje środki possessoryjne, czy — jak prawa nowoczesne — da wogóle ochronę przeciw samowoli, to na charakter ochrony nie wpływa; takie natomiast środki prawne, które służą wprawdzie posiadaczowi, ale nie wykazują cech dotąd podanych, nie są już środkami ochrony possessoryjnej w rzymskim pojęciu. Że dopuszczenie exceptionis dominii, jakie spotykamy w niektórych ustawodawstwach nowoczesnych, zmienia zasadniczo charakter ochrony, do tego zaraz wrócę; tak samo, jeżeli »zewnętrzne fakta, nie działające na inne prawa, oderwały posiadanie od dotychczasowego podmiotu i przeniosły na inny«, a prawo pozwole byłemu posiadaczowi żądać zwrotu z tego tytułu, iż zaszła na jego szkodę zmiana nie miała podstawy prawnej (condictio possessionis), wówczas ta skarga o zwrot nie jest już środkiem possessoryjnym, bo pozwany może powołać się na to, że zmiana wytworzyła stan zgodny z prawem; nieinaczej wreszcie przedstawia się

zd. m. rzecz i w tych przypadkach, gdy pokrzywdzony posiadacz dochodzi wynagrodzenia szkody.

221. Właściwości rzymskiej ochrony possessoryjnej wskazują jasno, gdzie szukać jej uzasadnienia. Zwraca się ona także przeciw właścicielowi i nie pozwala mu zasłaniać się swym prawem; nie może więc być wprowadzona w jego interesie, nie może być ułatwieniem obrony własności. Przyznana jest także złodziejowi, nie jest więc wprowadzona dla zapewnienia mu przywileju; że złodziej z niej korzysta, to może być tylko refleksem urzędzeń, w innym stworzonych celu. Jaki był ten cel, wskazuje fakt, że środki possessoryjne zwrócone są tylko przeciw samowoli. Chodzi więc o to, by nikt samowolnie nie zaburzał pokoju w społeczeństwie; prawo rzymskie jednak, w którym także represya pomocy własnej dopiero za cesarstwa staje się energiczniejsza, nie utrzymuje pokoju owego środkami prawa publicznego, lecz do bronienia go upoważnia tych, którzy mają pewną sferę faktycznej władzy, zatem z pokoju powszechnego de facto korzystają, i pozwala im żądać pro publico bono utrzymania względnie przywrócenia tej władzy, gdyby ją, a z nią i stan pokoju, samowolnie naruszono. Do tej idei dadzą się sprowadzić wszystkie rzymskie środki possessoryjne; inna kwestya, kiedy i w jakim bezpośrednim celu poszczególne interdykta wprowadzono. Zd. m. początkowa ochrona posiadania mieści się w t. zw. interdyktach recuperandae possessionis, służących do odzyskania utraconego posiadania. Należą tu interdykt unde vi (»unde illum vi deieciisti... restituas«), de precario (»quod precario ab illo habes... restituas«) i analogiczny interdykt przeciw potajemnemu zajęciu posiadania (clandestina possessio); strzegą one — przynajmniej pierwsze dwa — pokoju już wówczas, kiedy faktycznej władzy osoby nad rzeczą nie oznaczano jeszcze jako »possessio«. Obok nich pojawiają się później t. zw. interdykta retinendae possessionis, posługujące się już co do nieruchomości terminem posiadania: interdykt »uti possidetis... quominus ita possideatis, vim fieri veto« i interdykt: »utrubi vestrum homo... maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto«, zwane krótko »uti possidetis« i »utrubi«. Te łączą się niewątpliwie z sporem o własność (Gaius 4, 148), przypuszczają controversiam possessionis i służą do stwierdzenia »uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat«; wychodzą z założenia, że spór o własność jest sporem czysto cywilnym, w którym posiadacz ma rolę pozwanego, a skarżący ciężar dowodu, co pozwala zbliżyć je z agere in rem per sponsionem, nie wykluczając zresztą wypowiedzianego w ostatnich czasach przypuszczenia, że opierają się na greckich wzorach. Technika postępowania opiera się

jednak i tutaj na zasadzie, że posiadania niewolno samowolnie naruszać, albowiem sędziemu stawia się pytanie, która z stron dopuściła się »vis adversus edictum«, i tą pośrednią drogą dochodzi się do ustalenia stanu posiadania oraz oznaczenia roli stron dla sporu o własność. Idea ochrony pozostaje tedy niezmienną, a ten jej charakter jeszcze wyraźniej występuje potem, kiedy się interdyktów *retin. poss.* używa także celem usunięcia naruszenia, choćby nie było sporu o to, kto jest posiadaczem (*controversia possessionis*). Charakteru ochrony nie zmienia również — późniejsze zapewne — dopuszczenie in *possessorio* zarzutu wadliwości posiadania (*exceptio vitiosae possessionis ab adversario*, mieszcząca się np. przy interdykcie *uti possidetis* w zwrocie: »uti... nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis...«). Stosuje się on wówczas, gdy ostatni stan posiadania, którego naruszenie dało powód do skargi, przemawia za powodem, ale powód wytworzył go był przez samowolny zamach na dawniejsze posiadanie pozwanego. Pozwany mógł być przeciw temu zamachowi wystąpić in *possessorio*; zamiast tego użył pomocy własnej, a pociągnięty z tego tytułu do odpowiedzialności *possessorijnej* powołuje się na wadliwość ostatniego posiadania przeciwnika. Rezultat dopuszczenia ekscypcyi jest ten, że »qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deieitur«, a przy interdyktach *retinendae possess.* ostatnie wadliwe posiadanie wykreśla się z rachunku i zamachu na nie nie uważa się za *vis adversus edictum*. Otóż nie ulega wątpliwości, że pozwany zaburzył pokój, kiedy samowolnie usunął następstwa samowoli przeciwnika; skoro się jednak zważy, że mógł je usunąć in *possessorio*, wówczas uwolnienie go od odpowiedzialności za to, że sam takiej restytucyi dokonał, nie oznacza bynajmniej zasadniczego porzucenia idei ochrony *possessorijnej*, przedstawia się raczej jako złączenie dwóch sporów *possessorijnych* w jeden i da się z tego stanowiska usprawiedliwić, o ile owa restytucya nie przybrała szczególnie ostrej formy (w prawie klasycznym zarzut ten wykluczony był, jeżeli restytucya przedstawiała się jako *vis armata*; kompilacya wyklucza go wogóle przy interdykcie *unde vi*). Porzucają natomiast rzymską ideę ochrony posiadania te nowsze ustawodawstwa, które dopuszczają in *possessorio* *exceptionem dominii*; posiadacz zwycięża wówczas nie dlatego, że był posiadaczem, lecz dlatego, ponieważ prawo widzi w nim domniemanego właściciela, a przebieg procesu domniemanego tego nie obalił. W takim systemie ochrona posiadacza jest wzmocnieniem stanowiska właściciela; zmiana taka odpowiada niewątpliwie duchowi czasu, skoro pokój powszechny zostaje pod energiczną opieką prawa publicznego

(karnego i administracyjnego), ale równie niewątpliwie odbiega zasadniczo od rzymskiego typu. Prowadzi ona przede wszystkim do rozszerzenia ochrony poza granice samowoli, bo każdy posiadacz, który utracił posiadanie bez swej woli np. przez zgubienie rzeczy, może mimo tego powołać się na swe byłe posiadanie i złączone z niem domniemanie własności; o ile prawo ogranicza mimo to ochronę do przypadków samowoli, popełnia zd. m. niekonsekwencyę. Nowy system prowadzi nadto do rozszerzenia ochrony poza posiadanie rzeczy, bo jeżeli faktyczne wykonanie własności uzasadnia domniemanie własności, to i faktyczne wykonanie innego prawa podobne znaczenie mieć powinno. Prawo rzymskie *emfiteutę* (wieczystego dzierżawcę) uważało — zapewne już w czasach klasycznych — za posiadacza rzeczy, a *współposiadanie* uważało również za odmianę posiadania rzeczy; poza tem znało ochronę faktycznego wykonania tylko przy pewnych służebnościach i przy prawie powierzchni, które to przypadki kompilacya stawia jako posiadanie prawa obok posiadania rzeczy. Niema w Rzymie śladu takiej ochrony tam, gdzie względy pokoju nie wchodziły w grę np. przy prawie do pobierania odsetek lub renty.

222. Wspomniałem już, że przyznanie ochrony pewnym przypadkom faktycznej władzy nad rzeczą nie zmienia ich istoty. Zapewne, jeżeli się prawo podmiotowe określi odpowiednio szeroko, można w takim określeniu zmieścić i posiadanie *ad interdicta*; i wówczas jednak pozostaje ono stanem faktycznej władzy. Dowodzą tego już podkreślone wyżej właściwości rzymskiej ochrony *possessorijnej*; stwierdzić nadto trzeba, że zgaśnięcie faktycznej władzy jest końcem posiadania zarówno wówczas, gdy go nie można złożyć na karb cudzej samowoli, jak i w tym przypadku gdy samowolny zamach uzasadnia użycie środków *possessorijnych* i pozwala odzyskać utracone posiadanie. Różnica rysuje się jasno, skoro zważymy, że np. właściciel nie traci własności, choć rzecz dostała się w obce ręce; dla prawa rzymskiego charakterystycznym jest, że *ius postliminii* nie odnosi się do posiadania, albowiem »*causa facti non continetur postliminio*«. Jedyny przypadek, w którym wątpić można o faktycznej naturze posiadania, to *possessio absentis*; tu bowiem spotykamy w źródłach klasycznych zasadę, że mimo zajęcia gruntu przez trzeciego nieobecnego posiada dalej »*animo solo*«, a traci posiadanie dopiero wtedy, gdy się dowie o zajęciu i albo spróbuje bez skutku grunt odzyskać — wówczas przyjmuje się, że został *vi deiectus* — albo bez próby pogodzi się z faktem dokonany. Myśl zbliżoną spotykamy już w pierwszych czasach cesarstwa, kiedy możność odzyskania posiadania za-

pomocą środków possessoryjnych pojmowano jako utrzymanie posiadania, a na tej podstawie przyjmowano, że rzecz ma jednocześnie dwóch posiadaczy — może dlatego, by byłego posiadacza uchronić przed skutkami utraty posiadania ze względu na bieg zasiedzenia. Wówczas odparł ją z całą energią Labeo; w 2. wieku po Chr. spotykamy ją jednak znów w sformułowaniu przed chwilą podanem, więc w zastosowaniu nierównie szerszem, bo obejmującym także przypadki, gdy zajmującemu nie można zarzucić świadomego wyzyskania cudzej nieobecności. Właściwe jej znaczenie leży w tem, że były posiadacz może starać się — bez popadnięcia w konflikt z prawem — o odzyskanie posiadania drogą pomocy własnej, choć wobec trzecich posiadanie i ochronę ma okupant. Z tego punktu widzenia zbliża się ona do zasady, na której oparta jest *exceptio vitiosae possessionis*, a to tem bardziej, że choć wejście na grunt nie zostało dokonane »clam« w znaczeniu ekscypcy, to przecież przedstawia się jako akt samowoli, skoro się okaże, że dotychczasowy posiadacz jeszcze z gruntu nie ustąpił; w takich warunkach zaborca »impune deiicitur«, a zatem nieobecny retinet possessionem. Skoro zaś to »posiadanie absentis« takie ma znaczenie, zbytecznem jest badać, skąd w prawie rzymskiem powstało, czy np. było następstwem refleksyi, że zajęcie gruntu w powyższych warunkach nie oznacza jeszcze usadowienia się na dobre (por. D. 41, 2, 18, 3, gdzie Celsus pisze o zajęciu clam »dum in alia parte fundi sum« i rozstrzyga »non desisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus... simul sciero«), czy wiązało się z agri deserti jako środek do wyjaśnienia, czy zajmujący dokonał zamachu na cudzą władzę, czy tylko zajął się opuszczoną ziemią; w żadnym razie niema mowy o porzuceniu faktycznej natury posiadania, bo posiadanie absentis to tylko sui generis ochrona byłego posiadacza i zapewnienie mu przewagi nad posiadaczem obecnym. Gdyby prawo wadliwemu nabywcy odmówiło nawet posiadania — myśl nieobca prawom pozytywnym — zniża go wprawdzie do rzędu dzierżycieli, ale nie zmienia przez to istoty posiadania. Jeżeli represyi nie posuwa tak daleko, wówczas przez zaprowadzenie ochrony wytwarza tylko różnicę między posiadaniem niewadliwem i samowolnem czyli wadliwem t. zn. dalszy podział przypadków posiadania obok znanych nam już różnic między posiadaniem słusznem i niesłusznem tudzież posiadaniem w dobrej i w złej wierze.

223. Pozytywne przedstawienie rzymskiego posiadania ad interdicta musi rozpocząć od nabycia posiadania: chodzi przede wszystkim o bliższe określenie tego związku między osobą i rzeczą, który pozwala stan wyłączenia osób trzecich uważać za faktyczną władzę

owej osoby, a według prawa pozytywnego uzasadnia ochronę possessoryjną. Określenie to musi liczyć się z zapatrywaniem życia; to też rozwój prawa coraz to inaczej normuje warunki nabycia posiadania. W prawie rzymskiem linię rozwoju widać zupełnie wyraźnie. Początkowo żądano niewątpliwie nabycia corpore (stąd oznacza się dziś zewnętrzną stronę stosunku jako »corpus possessionis«) t. zn. fizycznego zetknięcia się rzeczą, a jeszcze pierwsi Prokulianie podkreślają jako nowość, że można nabyć posiadanie rzeczy »etiam antequam moveatur«. Już jednak z początkiem cesarstwa rysuje się jasno zmiana w kierunku spirytualistycznym. Juryści kładą nacisk najpierw na »custodia« t. zn. na stosowną działalność osoby celem zabezpieczenia sobie władzy (si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissim, traditus mihi videtur: Labeo D. 41, 2, 51), potem poprzestają już na obiektywnem zbliżeniu się między osobą i rzeczą (si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuumque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem: Celsus D. 41, 2, 18, 2); jakie ma być to zbliżenie, określają tylko ogólnikowo zwrotem »in potestate pervenire« (tak Proculus D. 41, 2, 55, gdzie omawia złapanie się dzika w zastawione venandi causa sieci i wskazuje zarazem okoliczności, które dla »pervenire in potestate« mogą mieć znaczenie np. »laqueum... in publico an in privato posuerim, et si in privato, utrum in meo an in alieno, et si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non« i t. d.). Przypatrując się konkretnym rozstrzygnięciom dostrzegamy doniosłą różnicę: raz nowe posiadanie opiera się na posiadaniu już przedtem istniejącem, drugi raz powstaje bez takiej podstawy. Typem pierwszego przypadku, najczęstszego w obrocie, jest nabycie posiadania per traditionem, a stąd oznacza się dziś warunki takiego nabycia jako »corpus traditionis«. Tu do uzyskania posiadania wystarczy stworzenie związku wcale dalekiego, któryby nie mógł stanowić początku posiadania, gdyby się z nim nie łączył współudział dotychczasowego posiadacza np. gdyby owej »demonstratio ex turre« dokonała osoba, nie mająca posiadania; takie nabycie można tedy określić jako pochodne, a nawet przyjąć tu sukcesję w posiadanie, jeżeli się sukcesję identyfikuje z nabyciem pochodnem (I. 504 n.). Ale nawet przy nabyciu pochodnem prawo klasyczne nie zapomniało o punkcie wyjścia, bo niemal bez wyjątku obsta je przy praesentia rei, choćby ją osiągnąć można tylko »oculis et affectu« (stąd nazwa: »traditio longa manu«), nie »corpore et tactu«; jedyny przypadek, w którym konieczność praesentiae jest wątpliwa, to ten »si venditorem quod

emerim deponere in mea domo iusserim», o którym Celsus (l. c.) pisze »possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit«. Twierdzenie, że »spacer na grunt« jest zbędny, sięga stanowczo poza źródła klasyczne; zasada ta leży jednak niewątpliwie na linii rozwoju prawa rzymskiego, a kompilacya, która konieczność spaceru odrzuca (l. 358), i ustawodawstwa, które idą za jej wzorem, nie popadają przez to w zasadniczą sprzeczność z myślami przewodniami prawa rzymskiego. Niema takiej sprzeczności i wówczas, gdy się przyjmuje z prawem nowoczesnem, że dziedzic nabywa posiadanie rzeczy, znajdujących się w spuściźnie, z tą chwilą, kiedy nabywa spadek. Prawnicy rzymscy piszą: »heres... nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere«, a i nieobjętej masie spadkowej nie przyznają posiadania, przez co co do rzeczy należących do takiej masy wykluczają także furtum (ochronę dają — od Marka Aureliusza — przepisy karne o crimen expilatae hereditatis). Jeżeli atoli rzecz po śmierci posiadacza zostaje w masie spadkowej, istnieje wszystko, czego potrzeba do stanu posiadania, a nabycie spadku przez dziedzica — czy przez przyjęcie, czy nawet, jeśli należy do heredes sui, ipso iure — pozwala liczyć od tej chwili stan posiadania na rachunek dziedzica; że zaś myśl ta nie była jurystom rzymskim obca, dowód i w tem, że usucapio biegnie dalej, i w tem, że dziedzic może pod pewnymi warunkami upomnieć się o takie rzeczy środkami prawa spadkowego.

224. Znaczenie woli i jej nastroju przy powstaniu posiadania starałem się określić już poprzednio, kiedy mówiłem o granicy między posiadaniem i dzierżeniem. Podniosłem wówczas, że w pewnych przypadkach prawo rzymskie daje bezpośredniemu władcy ochronę possessoryjną, mimo że należałoby go uważać za dzierżyciela, gdyby się do niego zastosowało te kryteria, na które juryści rzymscy w innych analogicznych przypadkach kładą nacisk. Takie wyjątki od teorii zachodzą przy zastawie ręcznym, gdzie ochronę ma tylko zastawnik, choć zasiedzenie biegnie dalej na korzyść zastawcy, przy złożeniu rzeczy w przechowanie sekwestra, który po ukończeniu sporu o nią ma ją wydać zwycięscy, przy wieczystej dzierżawie (emfiteuzie), wreszcie przy precarium, gdzie zresztą precario daniem uważa się także — przynajmniej w stosunku do prekarysty — za posiadacza, a możliwe jest nawet zastrzeżenie, że prekarysta będzie tylko dzierżycielem. Ze względu na ten ostatni przypadek określano w swoim czasie wyjątki powyższe jako posiadanie »pochodne«, wyobrażając sobie, że wola stron jest tym czynnikiem, który stwarza posiadanie w miejsce dzierżenia; dziś pogląd ten jest zarzucony, a za podstawę przyznania zastawnikowi i t. p. ochrony possessoryjnej uważa się

względny oportunistyczny np. przy precarium to, że prekarysta jest często dłużnik, który przeniósł własność na wierzyciela celem zabezpieczenia wierzytelności i otrzymał rzecz napowrót jako precarium. Przypadków tych nie rozbieram atoli szczegółowo, bo z stanowiska jurysprudeneyi rzymskiej musi się je uważać za wyjątki, które nie obalają zasady; zasada zaś uznaje tylko za dzierżyciela tego, kto uzyskał wprowadzić faktyczną władzę nad rzeczą, ale równocześnie objął rolę narzędzia cudzej władzy przez to, że subiektywnie uznał lub obiektywnie zaciągnął zobowiązanie wobec innej osoby jako pana posiadania. W myśl tej zasady do nabycia posiadania trzeba mieć animum domini, jeśli się przez własne działanie zyskuje władzę nad rzeczą; stąd wynika jednakowoż, że dzierżyciel może animo przedzierżnąć się w posiadacza. Może to uczynić jednostronnie przez wylamanie się z pod obowiązków, które uznał względnie wziął na siebie, t. zn. przez takie zachowanie się, które wskazuje jasno, że chce mieć rzecz pro suo (np. depozytaryusz »si rem depositam furti facienda causa contrectaverit« lub dzierżawca, jeśli »dominum ingredi volentem non admisit« albo mimo otrzymanego od posiadacza polecenia »emptorem intrare prohibuit«); może uzyskać posiadanie także przez układ z posiadaczem np. jeżeli depozytaryusz rzecz od depONENTA kupi lub uzyska od niego pozwolenie użycia złożonych pieniędzy dla siebie i t. p., w którym to razie mówi się dziś o »traditio brevi manu«, bo rzecz jest już u tego, komu ma być wręczona. W jednym i drugim przypadku nabyciu posiadania przez dzierżyciela nie stoi bynajmniej w drodze pochodząca jeszcze z czasów republiki, a blakająca się i po nowoczesnych ustawach reguła: »nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest«. Jakie było pierwotne jej znaczenie, trudno odgadnąć; w prawie klasycznem wyraża ona już to myśl, że wewnętrzna zmiana nastroju woli nie zaciera tej charakterystyki władzy nad rzeczą, jaka wynikła z okoliczności towarzyszących powstaniu tej władzy i tworzących »causam« posiadania względnie dzierżenia, już też zasadę, że dzierżyciel nie może jednostronnie zdobyć tytułu usucapionis pro herede, a zatem w jednym i drugim znaczeniu wypowiada banalną prawdę, która nie wyklucza określonej poprzednio przemiany dzierżenia w posiadanie. Jeżeli dzierżyciel przemiany takiej dokonał jednostronnie, postępowanie jego jest niewątpliwie samowolą, a może przedstawiać się nawet jako deictio vi np. w przypadkach wspomnianego przed chwilą prohibere z strony dzierżawcy, które uzasadnia interdikt unde vi. Także odmowa zwrotu, o ile jest niewątpliwem wylaniem się z pod obowiązku, a zatem wyraźną samowolą, uzasadnia użycie środków possessoryjnych, czego

typowym przykładem jest interdykt de precario; że zaś prawo w mniej jaskrawych przypadkach odmawia byłemu posiadaczowi środków possessoryjnych, to wynika tylko z oportunizmu, opiera się bowiem na tem, że taka samowola w nierównie mniejszym stopniu zagraża pokojowi społecznemu, a z drugiej strony skarga kontraktowa w przeważnej ilości przypadków — przy obiektywnej teorii dzierżenia w każdym przypadku — prowadzi do takiego samego rezultatu, nie wymagając do uzasadnienia więcej, niż skarga possessoryjna. Co do traditio brevi manu wspomnieć należy o specjalnej jej odmianie, jaką niektórzy juryści rzymscy przyjmują wówczas, gdy dłużnik na zlecenie wierzyciela płaci osobie trzeciej, którą wierzyciel chce np. obdarować. Celsus (D. 24, 1, 3, 12), i Pomponius (D. 47, 2, 44 pr.) rozkładają taką zapłatę na dwa akty prawne: trzeci uzyskuje posiadanie dla wierzyciela jako jego zastępcy, staje się więc dzierżycielem, w tej samej jednak chwili na podstawie upoważnienia wierzyciela obejmuje rzecz dla siebie, nabywa więc posiadanie drogą tradycyi brevi manu. Jeżeli się tę konstrukcję bierze na seryo, prowadzi ona do ważnych praktycznych konsekwencji np. skoro się okaże, że tradycyi brakowało iusta causa: przy skuteczniejszej w ten sposób darowiznie między małżonkami traditio nie przenosi własności, wierzyciel darujący pozostaje tedy właścicielem i ma skargę windykacyjną przeciw temu, do czyich rąk nastąpiła zapłata. O ile jednak chodzi o posiadanie, konstrukcja ta jest tylko zastosowaniem ogólnych prawideł: z jednej strony mamy zastępstwo przy nabyciu posiadania, z drugiej przemianę dzierżyciela w posiadacza. Gdyby się zastępstwo wykluczyło, odbiorca staje się posiadaczem bez pośrednictwa tradycyi brevi manu; odpadną wówczas wnioski oparte na tem, iż ta tradycja w konkretnym przypadku nie była w stanie przenieść własności (p. wyżej s. 29).

225. Przy nabyciu posiadania przez zastępcę władzę faktyczną uzyskuje zastępcy; mimo tego władzę tę można liczyć na rzecz zastąpionego, bo animus zastępcy przy objęciu rzeczy, względnie obowiązki, jakie wziął na siebie, neutralizują jego bezpośrednią władzę, czynią go narzędziem władzy cudzej, a przez to zastąpionemu dają posiadanie. W tem jedynie znaczeniu można tu mówić o zastępstwie: animus zastępcy jest elementem władzy faktycznej zastąpionego nad rzeczą, nie zaś surogatem animi domini zastąpionego, albowiem posiadanie nie jest skutkiem prawnym nabycia, lecz stanem faktycznym, datującym się od nabycia, a tylko co do skutków prawnych może prawo wolę zastępcy postawić na równi z wolą zastąpionego. Idąc dalej za tą myślą dochodzimy do wniosku, że posiadanie można po-

liczyć nawet na rachunek takiej osoby, której zastępcy np. uczciwy znalazca nie zna (co do prawa rzymskiego por. Paulusa D. 41, 2, 30, 6: »si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo«), i że przez to nie porzuca się jeszcze pojęcia posiadania jako władzy faktycznej; niema zaś żadnej wogóle wątpliwości co do przypadków, gdy sam zastąpiony posłużył się inną osobą celem wejścia w związek z rzeczą t. zn. sam ma animus domini — przypadek określony w źródłach jako nabycie »animo nostro, corpore utique alieno«. Z dopuszczenia »zastępstwa« wynika wreszcie, że posiadacz biorąc na siebie rolę dzierżyciela może przez to wytworzyć stan posiadania na rzecz innej osoby. O ile to następuje w porozumieniu z inną osobą, zachodzi odmiana tradycyi, oznaczana dziś jako »constitutum possessorium«, którą Celsus określa w słowach »desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio«, podnosząc zarazem, że reguła »nemo sibi causam possessionis mutare potest« nie stoi na przeszkodzie. Takie constitutum mamy np., skoro »mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem ab eo conduxit« (D. 6, 1, 77), przy retentio ususfructus, gdzie przekształciło nawet tradycję prawa klasycznego (I. 358), przy złączeniu przeniesienia własności z precarium, które pozwala zmieścić tradycję gruntu w ramach mancytacji (I. 357) i t. p. W wszystkich tych przypadkach dotychczasowy posiadacz bierze — od siebie — dla innej osoby rzecz w posiadanie, a ponieważ ta inna osoba w akcie dotyczącym objawiła swój animus, przeto zachodzi tu nabycie posiadania »animo nostro, corpore alieno«; już jednak na gruncie prawa rzymskiego może np. opiekun przenieść tą drogą posiadanie swej rzeczy na pupila bez jego udziału, w którym to razie constitutum possessorium schodzi do jednostronnego oświadczenia dotychczasowego posiadacza. Inna oczywiście kwestya, czy przy constitutum można ogólnie poprzestać na jednostronnem oświadczeniu dotychczasowego posiadacza (constitutio tuo nomine possidere), które postglossatorowie jako t. zw. »constit. possess. simplex« uznają — zgodnie z praktyką — za dopuszczalne, a które dziś jest codziennem zjawiskiem, czy owszem należy nabycie posiadania uczynić zawisłem od tego, aby istniała przyczyna, usprawiedliwiająca pozostanie rzeczy w rękach byłego posiadacza (causa detentionis np. dzierżawa, użytkowanie), lub przynajmniej od tego, aby przy constitutum przyczynę taką podano. Na to pytanie odpowiedzieć może tylko prawo pozytywne. Może ono uznać, że każde jednostronne oświadczenie posiadacza wystarczy do oznaczenia stanu posiadania nazwiskiem innej osoby, a więc zredukować »corpus traditionis« do oświadczenia tradenta, w którym to razie consti-

tutum simplex będzie i pełno skuteczne i zupełnie niepotrzebne (podobne zjawisko, jeśli się przyjmie, że dziedzic testamentowy nabywa spadek ipso iure, a do spadku należy także posiadanie), może to uznanie ograniczyć do pewnych tylko przypadków np. takich, gdy zastępca ustawowy jako dłużnik zastąpionego płaci do swych własnych rąk i t. p. Jeżeli jednak prawo, jak rzymskie prawo klasyczne, przeciwstawia tradycję oświadczeniu stron, to tem samem przeciwstawia oświadczeniu stron nabycie posiadania, nie może zatem abstrakcyjnego constitutum uznać ogólnie za skuteczne, dopóki przy owym kontraście obstaje. Jakoż istotnie prawo klasyczne rozstrzyga wyraźnie, że constitutum simplex posiadania nie przenosi, a w źródłowych przypadkach causa stoi wszędzie na pierwszym planie; czy się zaś causam pojmuje subiektywnie, czy obiektywnie, to zależy od teorii, jakiej hołduje jurysta. Wspomniałem już (wyżej s. 101) o rozstrzygnięciach, przemawiających za teorią obiektywną; i nacisk jednak na animus spotykamy nietylko w wywodach z charakterem teoretycznym, lecz także przy ocenie konkretnych przypadków (np. u Paula D. 41, 2, 1, 11, który rozstrzyga: »si impuberem miseris ad possidendum, incipies possidere«, choć impubes nie zaciąga zobowiązania bez auctoritas tutoris). Ogólna teoria prawa prywatnego poprzestać przeto musi na stwierdzeniu powyższych możliwości.

226. Na konkretne posiadanie składają się podmiot, rzecz i władza; co do każdego z tych czynników mogą zająć okoliczności, pociągające za sobą utratę posiadania. Gaśnie ono, gdy podmiot zniknie lub znajdzie się w takim położeniu, że jest wykluczony od ochrony, np. popadnie w niewolę. Rzecz może »pójść z dymem«, stracić samoistość (inaedificatio) lub stracić charakter przedmiotu prawa prywatnego (np. »si mortuum in eum locum intulimus, quem possidebamus«). Władza może zgasnąć jako z przyczyn pochodzących od podmiotu lub przedmiotu posiadania, już też skutkiem zdarzeń zewnętrznych. Jeżeli posiadacz oświadczy wyraźnie, że nie chce, by faktyczne wykonanie własności liczone na jego rzecz, przestaje być posiadaczem; oświadczenie skutkuje wprawdzie tylko wówczas, gdy pochodzi od osoby zdolnej do działania, wówczas atoli wywołuje utratę posiadania odrazu »ut quisque constituit nolle possidere« (Ulpian D. 41, 2, 17, 1 i Paul. eod. 3, 6; prawda, że Papinian eod. 44, 2 mówi o digressio eo animo, ne possideremus, zdaje się więc wymagać faktu zgodnego z słowem, co przepisują wyraźnie niektóre ustawodawstwa, ale stąd nie wynika jeszcze, by zdanie przeciwne pochodziło od kompilatorów). W związku z tym przypadkiem stoi pytanie, co się dzieje z posiadaniem tradenta, jeżeli strona druga ani posiadania nie uzy-

ska: wspomniano już, że tu występują w źródłach różnice zdań, bo Celsus oświadcza się za zgaśnięciem posiadania, późniejsi juryści pojmują wolę tradenta jako warunkową i wobec niespełnienia się warunku utrzymują go w posiadaniu (tak Papinian D. 43, 16, 18 pr. co do przypadku, gdy posiadacz sprzedał grunt i »iussit emptorem in vacuum possessionem ire« t. zn. ustąpił mu swego miejsca, a colonus »ex voluntate venditoris missum intrare prohibuit«; tak samo Ulp. D. 41, 2, 34 pr., skoro odbiorca nie nabył posiadania z powodu błędu in corpore). W każdym atoli razie gaśnie posiadanie, jeżeli posiadacz postawił rzecz de facto w takie położenie, iż można ją uważać za niczyją, np. rzucił towar w morze navis levandae gratia lub też grunt pozostawił odłogiem w takich warunkach, że musi się to uważać za zaniebdanie; w tym razie objęcie posiadania przez inną osobę nie jest aktem samowoli (Gaius 2, 51). Prowadzi nas to do innych przypadków, w których nastąpiła zmiana położenia rzeczy wobec posiadacza, wywołana czy to przez nią samą (niewolnik, zwierzę), czy też przez wpływy zewnętrzne. Jasną jest rzeczą, że posiadanie gaśnie, skoro je nabył ktoś inny lub skoro ktoś inny — bez uzyskania dla siebie posiadania — wyłamał się całkowicie z pod normy, jaką dotąd de facto wobec posiadacza spełniał (deiectio); aż do tej chwili jednak może prawo utrzymać posiadanie raz nabyte, nie troszcząc się o zmiany stosunku między posiadaczem i rzeczą. Na tem stanowisku stoją juryści co do pieniędzy zakopanych custodiae causa, o których Papinian (D. 41, 2, 44 pr.) pisze: »nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit... nec alienus locus meum... aufert possessionem«; posiadanie niewolnika — nietylko wówczas, gdy ma propositum redeundi, ale i wtedy, gdy »in fuga est« — trwa do chwili, gdy je uzyska ktoś inny lub też sam niewolnik dojdzie do »posiadania wolności« t. zn. przestanie się kryć i zacznie być przez otoczenie traktowany jako wolny; także zwierzę dzikie przestaje być przedmiotem posiadania, skoro umknie i odzyska naturalną wolność. W innych przypadkach odporność posiadania jest mniejsza: juryści przyjmują utratę, skoro rzecz przestanie być »sub custodia nostra«. Traci się więc posiadanie zwierząt innych, skoro zaginą, o czem rozstrzyga już to zaniknięcie consuetudinis revertendi, już też — co do zwierząt domowych — niemożność odszukania; posiadanie innych ruchomości traci się przez zgubienie (si vas ita excidit, ut non inveniat: Nerva-Paulus D. 41, 2, 3, 13), od którego odróżnić trzeba »zarzucenie« (si sub custodia mea sit nec inveniat, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio); na równi z zgubieniem stoją inne zdarzenia, wykluczające custodiam np. cum lapides

in Tiberim demersi essent naufragio i t. p. Są to wszystko wskazówki, oparte na doświadczeniu, nie formuły prawnicze, któreby określały dokładnie warunki custodiae; widać z nich, że juryści pojmują posiadanie plastycznie i myślą przy niem o pewnym uchwytym związku między osobą i rzeczą, ale rozstrzygnięcia np. co do pieniędzy zakonpanych wskazują, że wszystko zależy od prawa pozytywnego. Prawo pozytywne może tedy utrzymać posiadanie mimo zgubienia rzeczy, a nawet dać posiadaczowi ochronę possessoryjną przeciw nieuczciwemu znalazcy; już w prawie klasycznym można tu było użyć interdyktu utrubi, bo choć posiadanie zgasło przez zgubienie, to przecież formuła interdyktu pozwalała skorzystać z niego także byłemu posiadaczowi, tembardziej zaś może stosować tu środki possessoryjne takie prawo, które ochronę possessoryjną traktuje jako wzmocnienie ochrony własności, nie jako zabezpieczenie pokoju (wyżej s. 107). Granicę ostateczną tworzy dopiero nabycie posiadania przez inną osobę, także przez dzierżyciela, względnie takie postępowanie trzeciego, któreby byłoby obiektywnie zamachem na cudzą własność (nie na osobę właściciela), a wobec posiadacza jest zupełnem złamaniem jego faktycznej władzy; jeżeli trzeci w pewnym tylko zakresie wyłamał się z pod cudzej władzy, zachodzi naruszenie posiadania, które nie pociąga jeszcze za sobą utraty, choć zresztą ilościowo tylko od niej się różni. Proste te zasady wymagają uzupełnienia jedynie ze względu na przypadek, gdy naprzeciw posiadacza stoi dzierżyciel; chodzi mianowicie o to, jak na posiadanie wpływają takie okoliczności, które dotyczą stosunku między dzierżycielem i rzeczą, a które wywołałyby utratę posiadania, gdyby na miejscu dzierżyciela znajdował się posiadacz. Otóż śmierć dzierżyciela jako taka nie wpływa na posiadanie, bo usuwa tylko tego, czyje bezpośrednie władztwo utrudniało liczenie faktycznego wykonania własności na rachunek posiadacza. Jeżeli w miejsce zmarłego wstąpi dziedzic, będzie dzierżycielem; gdyby dziedzica nie było lub gdyby stosunek kontraktowy został przez śmierć rozwiązany, posiadanie trwa dalej, póki nie zajdzie jedna z określonych poprzednio przyczyn utraty, którą stanowić może także zaniechanie rzeczy przez posiadacza. Tak samo oceniać należy porzucenie dzierżenia: si colonus sponte possessione discesserit, możnaby wprawdzie z punktu widzenia custodiae zestawzić przypadek z zgubieniem, ale gdyby taką nawet była myśl Africana-Juliana w popsutej D. 41, 2, 40, 1, to odrzucają ją stanowczo Papinian i Paulus, a za nimi kompilacya. Jeśli wreszcie posiadanie zajęła osoba trzecia, według prawa klasycznego posiadacz — zgodnie z ogólną zasadą — traci od razu posiadanie, skoro dzierżyciel został deiectus. Tylko wów-

czas, gdy sam dzierżyciel odstąpił rzecz trzeciemu, można z relacji Justyniana w C. 7, 32, 12 wnosić, że już w prawie klasycznym istniał pogląd, który i tu stosował naukę o utrzymaniu posiadania absentis (wyżej s. 107 n.), a za którym oświadcza się Justynian.

227. Środkami possessoryjnymi prawa rzymskiego są interdykta. Najdawniejszym z nich jest zd. m. interdykt unde vi w razie utraty posiadania przez vi deiectio. W prawie klasycznym występuje on w dwóch postaciach, raz de vi cottidiana, drugi raz de vi armata t. zn. »hominibus coactis armatisve«; za Cicerona, jak wynika z mowy pro Caecina, ten ostatni jest formacją świeżą, co do której interpretacya nie zdołała się jeszcze ustalić. Obydwa służą posiadaczowi nieruchomości, zwracają się przeciw temu, kto dokonał deiectio, prowadzą do restytucyi (pristina causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus) względnie kondemnacyi » quanti ea res est«, przy której za republiki wartość posiadania przyjmuje się jako równą wartości rzeczy, a dopiero później wprowadza się szacowanie posiadania jako takiego, zawisłe zapewne od causa possessionis. Obydwa mają charakter karny, objawiający się w tem, że pan za niewolnika odpowiada noksalnie, a odpowiedzialność nie ciąży na dziedzicach winnego, przeciw którym pretor daje tylko skargę o zbogacenie; postępowanie toczy się zawsze według zasad, przy interdykcie quem fundum (wyżej s. 57) przedstawionych. Różnica leży w tem, że interdykt de vi cottidiana daje pretor tylko intra annum — później przewiduje tylko skargę o zbogacenie — a pozwanemu pozwala się bronić zarzutem wadliwości posiadania, co zresztą zd. m. w pierwotnem brzmieniu interdyktu nie było przewidziane; odrębności znikają w kompilacyi, która zna tylko jedną »actio ex causa interdicti unde vi«, dopuszcza ją zawsze tylko intra annum i wyklucza zarzut vitiosae possessionis. Przy ruchomościach funkcyje interdyktu unde vi spełnia w prawie klasycznym interdykt utrubi, za Justyniana represya pomocy własnej (I. 455), uregulowana w kodeksie pod tytułem unde vi (C. 8, 4, 7). Prawo kanoniczne przekształca wcześniej ten interdykt, bo już w 9. wieku zna exceptionem spolii, a na tej podstawie przerabia rzymski środek na actionem spolii, którą daje także przeciw temu, kto nabył posiadanie od spoliatora, wiedząc o vitium possessionis. Doktryna oparta na tych przepisach, przyjęta przez postglossatorów i recypowana w Niemczech, szła nierównie dalej: przyznawała ochronę także dzierżycielom, stosowała ją nie tylko przy deiectio, lecz przy »quaecunque iniusta causa amissionis«, dawała ją przeciw każdemu, kto miał rzecz w rękach, choćby był posiadaczem bona fide, a nadto od skarżącego żądała tylko dowodu, że był posiadaczem, zanim posia-

daczem został pozwany. Teoria romanistyczna 19. wieku odrzuciła te wybujałości. Nie trzyma ona się wprawdzie ściśle prawa rzymskiego, tak np. zamiast »vi deicere« żąda tylko samowolnego pozbawienia posiadania, ale nie trzyma się doktryny średniowiecza; wpływ tej ostatniej widać jednak w ustawodawstwach nowszych np. co do ochrony possessoryjnej dzierżawcy, usprawiedliwionej dziś interesem szerokich warstw społeczeństwa, wykluczonej stanowczo w prawie rzymskim. Zniknął natomiast niemal zupełnie rzymski interdykt de precario, albowiem skarga o zwrot precarii straciła dziś zd. m. właściwości skargi possessoryjnej i przeobraziła się w skargę kontraktową; w Rzymie było inaczej, czego dowodzi — poza exceptio vitiosae possessionis — już to, że się zwrotu dochodziło zapomocą interdyktu. Środek ten nie należy zresztą do prawa pierwotnego Rzymu. Precarium stanowiło początkowo zaopatrzenie klienta przez udzielenie mu kawałka gruntu do gospodarki. Zawisłość klienta ujawniała się i w tem, że patron mógł każdej chwili usunąć go drogą pomocy własnej, nie potrzebując udawać się na drogę prawa. De facto jednak wytwarzało precarium stosunek trwały tak, że zbliżało się do darowizny; stąd pochodzi zapewne traktowanie prekarysty jako posiadacza, które po zniknięciu klienteli utrzymało się przy późniejszych przypadkach zastosowania np. przy precarium z strony wierzyciela zastawnego (wyżej s. 111), o ile prekarysty nie ograniczono umyślnie do roli dzierżyciela. Jako posiadacz miał prekarysta interdykt unde vi, a wobec tego, że zarzut wadliwości posiadania nie był jeszcze znany, mógł interdyktu użyć także przeciw precario danti. Trzeba więc było przyznać precario danti odpowiedni środek prawny, któryby zapewnił mu utrzymanie się przy rzeczy w stosunku do prekarysty. Można było wprowadzić w tym celu actionem in factum, jak np. przy wygodzeniu; prawo rzymskie poszło jednak inną drogą, a actiones wspomniane w źródłach są zapewne tylko tworem kompilatorów Justyniańskich. Precarium nie było dla Rzymian stosunkiem prawnym. Widząc w niem rem facti musiano dostrzedz, że odmówienie zwrotu jest jaskrawym przypadkiem samowoli. Z tego punktu widzenia wprowadzono interdykt; okoliczność, że w innych analogicznych przypadkach samowoli można było odzyskać rzecz zapomocą odpowiedniej actio (wyżej s. 112), której przy precarium nie było, wywarła ten tylko wpływ, że z jednej strony — z oportunizmu — odmawiano interdyktu »cum quis de re sibi restituenda cautum habet« t. zn. ma skargę ex stipulatu (interdykt musiał tedy zniknąć, skoro dziś z nieformalnej umowy powstaje prawo skargi), że nadto z drugiej strony rozszerzono interdykt poza granice posiadania, bo także na przy-

padki, gdy precario dans sam był tylko dzierżycielem. Mimo tego rozszerzenia interdykt de precario, o ile chroni posiadacza, uznać zd. m. należy za środek possessoryjny, jak jest nim interdykt unde vi, choć może być użyty przeciw dzierżawcy. Prawda, że pozwany może w pewnych przypadkach zasłonić się exceptione dominii; nie może tego jednak uczynić np. dłużnik, który własną rzecz wziął od zastawnika w precarium, a fakt ten rzuca na znaczenie exceptionis dominii jasne światło. Zarzut powyższy opiera się na dwóch podstawach; na postawionej w czasach klasycznych zasadzie »rei suae precarium non esse«, której zresztą nie stosowano np. przy precarium złączonym z zastawem, i na obiektywnej teorii dzierżenia, w myśl której dzierżyciel wtedy tylko może być uważany za sługę posiadania innej osoby, jeżeli biorąc od niej rzecz wziął na siebie istniejący prawnie obowiązek. Pozwany zarzuca tedy: »precarium nie istniało, bo rzecz była moja, posiadacz stracił posiadanie już wówczas, kiedy mi ją dał jako precarium, nie był posiadaczem, kiedy zażądał zwrotu, zatem odmowa zwrotu nie była samowolnym zamachem na jego posiadanie«; cały ten wywód trzyma się ściśle kwestyi possessoryjnych, bo powołanie się na własność służy tylko do negacyi posiadania przeciwnika, a wobec tego wątpliwości co do possessoryjnej natury interdyktu nie wydają mi się uzasadnione. Pokrewieństwo funkcji, spełnianych przez interdykt de precario i np. skargę z kontraktu dzierżawy, wpłynąć mogło jedynie na to, że odpowiedzialność prekarysty straciła wcześniej charakter karny, do czego przyczyniło się i brzmienie interdyktu, który kładzie nacisk nie na odmowę zwrotu, lecz na »precario habere«. Według źródeł interdykt daje się nie tylko post annum, lecz także przeciw dziedzicom prekarysty, co wyklucza zresztą jeszcze Celsus (D. 43, 26, 12, 1) i Papinian (D. 44, 3, 11), co tedy położyć można na rachunek kompilacyi; jeżeli prekarystą był servus suo nomine, niema śladu odpowiedzialności noksalnej, choć odpowiedzialność de peculio nasuwać tu musiała wątpliwości. Zresztą celem interdyktu jest restitutio ex die interdicti editi, a postępowanie stosuje się do znanych już prawideł. Nie mamy żadnych wiadomości o interdykcie de clandestina possessione, którego istnienie nawet jest — zd. m. niesłusznie — zakwestyonowane. Zniknął on już w Rzymie skutkiem wytworzenia się nauki o possessio absentis; została jedna tylko wzmianka w kompilacyi (D. 10, 3, 7, 5) i jeden ślad u Cicerona (de l. agr. 3, 3, 11), gdzie słowa »praetorum interdicta tollentur« odnoszą się do poprzednio użytego zwrotu »si clam si precario venit in possessionem«.

228. Interdyktami retinendae possessionis były uti possidetis

i utrobi. Pierwszy stosował się w prawie klasycznym tylko do nieruchomości. Określiłem już pierwotne jego przeznaczenie (*controversia possessionis* ze względu na oznaczenie roli stron w sporze o własność) i późniejszą ewolucję, która czyni z niego ogólny środek przeciw samowolnym naruszeniom stanu posiadania. Wiemy również, że zawiera on — już za republiki — ekscepcję *vitiosae possessionis*, która może wykluczyć zwycięstwo ostatniego posiadacza, albowiem naruszeniu jego posiadania odbiera charakter zabronionej samowoli; czy osoba wyzuta z posiadania *vi*, *clam* aut *precario*, może zapomocą interdyktu uzyskać orzeczenie na swą korzyść, choć w czasie wydania interdyktu nie odzyskała jeszcze posiadania, czy więc interdykt *uti possidetis* spełnia także funkcję rekuperatoryjną, jest mimo owej ekscepcji rzeczą wątpliwą, bo źródła nigdzie o czemś podobnem nie wspominają, a logiczne dedukcje dowodu nie zastępują. Tu wspomnę tylko o procesowych właściwościach klasycznego interdyktu *uti possidetis*, znanych z Gaiusa (4, 160 nast.), a związanych z tem, że celem jego było rozstrzygnąć *controversiam* między stronami, z których każda sobie tylko przypisywała posiadanie. Otóż pretor w interdykcie zwraca się »*pari sermone*« do obu stron i zabrania im naruszać samowolnie istniejący stan posiadania; wskutek tego według Gaia »*par utriusque litigatoris condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet*«, a juryści określają *uti possidetis* jako *interdictum duplex*. Ta dwustronność występuje jasno w dalszem postępowaniu. Aby po wydaniu interdyktu stworzyć podstawę do procesu, muszą obaj pretendenci dokonać aktów, które afirmując ich posiadanie naruszają *eo ipso* posiadanie przeciwnika; chodzi tu jednak tylko o »*vis ex conventu*«, która jest częścią integralną procesu, więc czynnością procesową, i stanowi punkt oparcia dla dalszego postępowania. Teraz bowiem — po uregulowaniu tymczasowego posiadania na czas sporu zapomocą *fructuum licitatio*, przy której zwycięzca przyrzeka na przypadek przegranej zapłacić przeciwnikowi *summam licitationis* tytułem kary za bezpodstawny opór (*stipulatio fructuaria*) — każda strona wyzywa przeciwnika »*sponsione, quod adversum edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit*«. Zakłady są konieczne, albowiem wariant z formułą *arbitraria* (wyżej s. 57) odpada przy interdyktach zakazujących tj. ujętych w słowa »*vim fieri veto*«; muszą być zawarte *intra annum*; każdy z nich przychodzi do skutku przez *sponsionem* i *restipulationem* tak, że mamy dwie *sponsiones* i dwie *restipulacje*; wysokość stawki ogranicza edykt »*neque pluris quam quanti res erit, sponsionem facere permittam*«. Z każdego zakładu wnoszą obie strony

wzajemne skargi o stawki, nadto zaś ten, kto się przy tymczasowem posiadaniu utrzymał, pozwany zostaje o *summa licitationis* i — prawdopodobnie dopiero w późniejszym stadium rozwoju — o zwrot posiadania; ta ostatnia skarga, oznaczana jako »*iudicium secutorium*«, wskazuje zarazem ten punkt, w którym równość stanowiska stron w sporze ulega zmianie skutkiem *fructuum licitatio*. Z tych danych wynika ostateczne rozstrzygnięcie: jeżeli np. wygrał ten, kto w czasie sporu nie posiadał rzeczy, sędzia odrzuca obie skargi z zakładów zwrócone przeciw niemu, a przeciwnika skazuje — poza *summa licitationis* — na zapłatę obydwóch stawek oraz na zwrot rzeczy wraz z owocami za czas sporu. Gdyby strona po wydaniu interdyktu odmówiła udziału w dalszem postępowaniu np. nie chciała *vim facere* lub *fructus liceri*, dla złamania jej oporu »*praetor... comparavit interdicta, quae secundaria appellamus*«, zapomocą których zmuszał opornego do ustąpienia z posiadania względnie do szanowania posiadania przeciwnika. Są one zd. m. zastosowaniem w procesie *possessoryjnym*, który ma charakter *actionis in personam* (D. 43, 1, 1, 3), a zatem jako środek przymusu procesowego zna tylko *missionem in bona*, tej myśli, na której opiera się *translatio possessionis* przy *actiones in rem* (wyżej s. 57); stwierdzić atoli trzeba, że wobec luki manuskryptu Gaia (4, 170) wszelkie próby określenia ich natury mają tylko wartość hipotezy. Skomplikowany charakter postępowania jest dowodem genetycznego związku interdyktu *uti possidetis* z procesem *legisactyjnym*; czy i jakie zmiany zachodziły wówczas, kiedy szło nie o obustronne uroszczenia posiadania (*controversia possessionis*), lecz o ochronę stanu posiadania przeciw naruszeniu, kiedy zatem nie było podstawy do *iudicium duplex* i jeden zakład mógł doprowadzić do rozstrzygnięcia sprawy, tego źródła nie pozwalają stwierdzić. Już za Dyoklecjana, tembardziej zaś w kompilacji, znikają pierwiastki archaiczne, jak *vis ex conventu*, *fructuum licitatio*, *sponsiones*. Postępowanie toczy się tak »*ac si actio ex causa interdicti reddita fuisset*«, treść tej *actio extraordinaria* jest jednak wątpliwa, bo niektórzy uczeni widzą w niej poprostu dawne *iudicium secutorium*, co trudno pogodzić z faktem, że *iudicium secutorium* zwraca się tylko przeciw temu, kto się utrzymał przy *fructuum licitatio*, a w nowym procesie takiej *licytacji* niema, według drugiego zaś poglądu sędzia po ustaleniu stanu posiadania »*vim fieri prohibet*« (C. 8, 6, 1) t. zn. wydaje stosowne nakazy, jak przy *ao negatoria*, w szczególności zarządza złożenie odpowiedniej kaucyi, a w razie nieposłuszeństwa skazuje stronę oporną na *quanti ea res erit*. Zd. m. obydwie typy mogły istnieć obok siebie: pierwszy przy *controversia possessionis*, gdzie za-

rządzenie sędziego musiało regulować stan posiadania na czas sporu i stanowiło surogat *fructuum licitationis*, drugi — zbliżony do nowo-czesnego procesu *possessoryjnego* — przy obronie posiadania przeciw naruszeniom. W każdym atoli razie skarga możliwa była tylko *intra annum* od faktu, który stanowił naruszenie względnie wyjawiał uroszczenie posiadania, konstytucje cesarskie dążą do przyspieszenia postępowania, a *duplicitas* utrzymuje się w tem znaczeniu, że sędzia tego uzna za posiadacza i otoczy ochroną, za kim przemawia ostatnie niewadliwe posiadanie, nie krępując się rolą, jaką zajmował jako strona w procesie. Tym prawidłem podlega w poklasycznym procesie *extra ordinem* i w prawie Justyn. także interdykt *utrubi*, służący do ochrony posiadania ruchomości, ale nazwą tylko różniący się od *uti possidetis*. W czasach klasycznych postępowanie przy *utrubi* wzorowało się niewątpliwie na *uti possidetis*, ale istniała doniosła różnica co do zasad prawa materialnego, albowiem formuła *utrubi* zapewniała zwycięstwo nie posiadaczowi niewadliwemu w chwili *interdicti redditi*, lecz temu, u którego rzecz (*homo*) była w niewadliwym posiadaniu *maiore parte huius anni*. Interdykt ten służył tedy najczęściej do odzyskania utraconego posiadania i wypełniał lukę powstałą przez to, że interdykt *unde vi* stosował się tylko do nieruchomości; podnieść zresztą trzeba, że przy ruchomościach naruszenie posiadania *sensu stricto* wcale trudno sobie wyobrazić. Z formuły *utrubi* zdaje się wynikać, że można go było użyć także przeciw temu, kto się nie dopuścił samowoli, np. przeciw świeżemu kupcowi rzeczy; nadużyciu takiemu zapobiegały jednak początkowo zasady o odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu ewikcji, w rozwinieciu zaś prawie klasycznym t. zw. *accessio temporis*, w myśl której w przypadkach tego rodzaju posiadanie poprzednika dolicza się na rzecz następcy. Mimo tego wszystkiego juryści rzymscy liczą stale *utrubi* do interdyktów *retinendae possessionis*. Pozorne sprzeczności z ideą ochrony posiadania tłumaczą się tem, że w czasach, kiedy pojęcie posiadania, jasne i proste w zastosowaniu do nieruchomości, nie jest jeszcze w teorii wszechstronnie wykształcone, nie wystarczy sędziemu powiedzieć: »chronić posiadacza niewolnika«, lecz trzeba mu dać konkretną wskazówkę, kiedy ma przyjąć istnienie stanu posiadania na rzecz pewnej osoby. Takim konkretnym zjawiskiem, w którym mieści się pierwiastek trwałości, które zatem dowodzi istnienia stanu posiadania, jest dłuższy pobyt niewolnika u strony. Formuła *utrubi* określa tedy, czego potrzeba, by stan posiadania przyjąć za udowodniony. Że określenie takie było praktyce przydatne, dowodzi okoliczność, iż *Utrubi* Alaryka i oparta na nim *interpretatio* uznają *maiores* par-

tem *anni* za rozstrzygającą także przy *uti possidetis* t. zn. przy ochronie posiadania nieruchomości, a pogląd ten spotykamy jeszcze w *Brachylogu* (I. 197). Nie chodzi tu o zmianę pojęcia posiadania, lecz o pewną technikę dowodu; jasnem jest jednak, że taka technika dowodu nie może pozostać bez wpływu na prawo materialne.

229. Jako zjawisko równorzędne z posiadaniem rzeczy występuje dziś posiadanie prawa t. zn. stan faktyczny, odpowiadający treści pewnego prawa podmiotowego, który zostaje z niem w takim stosunku, jak posiadanie rzeczy z własnością, który przeto nazwać można faktycznem wykonaniem dotyczącego prawa w takim samym znaczeniu, w jakim przy posiadaniu rzeczy mówiłem o faktycznem wykonaniu własności. Takie posiadanie spotykamy nie tylko przy prawach rzeczowych, ale wogóle wszędzie, gdzie wykonanie prawa ma charakter trwały, więc np. przy wierzytelnościach, których treść stanowi obowiązek pozostawienia wierzycielowi rzeczy do używania lub obowiązek do peryodycznych świadczeń (*renta*) i t. p. Przypadki te nie różnią się dogmatycznie od posiadania rzeczy. Stan posiadania czy faktycznego wykonania polega i tutaj na odpowiednim zachowaniu się tych osób, na których wobec uprawnionego ciążyłyby obowiązki; określenie okoliczności, które takie »poprawne« zachowanie się owych osób łączą z pewnym podmiotem jako posiadaczem prawa, jest rzeczą prawa pozytywnego. O ile atoli posiadanie prawa jako takie korzysta z ochrony, nie da się ona sprowadzić do rzymskiej myśli utrzymania pokoju powszechnego. Ochrona taka wytworzyła się dopiero w wiekach średnich. Już *glossa* co do przypadku, gdy poddany przestał płacić czynsz i świadczyć usługi, daje rozstrzygnięcie »*dominum ad illam qualem qualem possessionem restituendum*«, a pod wpływem prawa kanonicznego myśl tę stosuje się bardzo szeroko, nie tylko w prawie prywatnem, i to także poza granicami prawa majątkowego, lecz nawet w dziedzinie prawa publicznego; dzisiejszy stan prawa, które zna posiadanie jedynie co do praw majątkowych, jest wynikiem energicznej reakcji przeciw zasadom średniowiecza, datującej się od 17. wieku. Takiej ochrony posiadania niema w Rzymie klasycznym ani śladu; faktyczne wykonywanie prawa chroni się tylko tam, gdzie tego wymaga względ na pokój powszechny, t. zn. w nierównie ciśniejszych granicach. Ochronę tę omówię przy służebnościach i prawie powierzchni; tu przedstawić należy stosunek faktyczny odpowiadający współwłasności tj. współposiadanie. Współposiadaczem jest ten, kogo otoczenie traktuje *de facto* jako współwłaściciela: jeżeli tedy kilka osób włada wspólnie rzeczą t. zn. zachowuje się względem siebie tak, jak uczestnicy własności, wów-

czas każda z nich korzysta de facto z pewnej sfery władztwa, a w ten sposób tworzy się faktyczne odbicie współwłasności. Granice sfer oznacza praktyka spółności np. zajęcie pewnych części wspólnie posiadanego domu i t. p., oparta z reguły na układzie, który może także dać jednemu spółnikowi wobec drugiego stanowisko dzierżyciela (p. wyżej s. 86); jeśli praktyka nie da się stwierdzić, granice można oznaczyć na podstawie okoliczności, które współposiadaniu dały początek, jak np. wspólne nabycie rzeczy per traditionem lub nabycie ułamka od posiadacza całości. Oznaczenie ułamkowe kwoty nie należy, jak wynika z pierwszego przykładu, do istoty współposiadania; źródła rzymskie wymagają świadomości ułamka tylko wówczas, gdy współposiadanie rozstrzyga o nabyciu udziału w własności, który prawo rzymskie zna tylko w postaci ułamka (D. 41, 2, 26: »incerta... pars nec tradi nec capi potest veluti si ita tibi tradam »quidquid mei iuris in eo fundo est«: nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest«). Ochrona współposiadacza wobec trzecich nie nasuwa wątpliwości; w stosunku między uczestnikami jeden tylko ustęp źródeł, który mówi o zastosowaniu uti possidetis »inter fructuarios« (D. 43, 17, 4), przemawia za dopuszczalnością środków possessoryjnych. Mimo tego przyjąć zd. m. należy, że ochrona posiadania istnieje i w tym kierunku, skoro formuły interdiktów i współposiadanie obejmują. Jeżeli w szczególności jeden współposiadacz zagarnął dla siebie posiadanie wyłączne, czyn jego stanowi niewątpliwie »vim adversus edictum« i podpada pod uti possidetis; tyle tylko trzeba przyznać, że uti possidetis nie doprowadzi do rezultatu, gdyby obaj uczestnicy przypisywali sobie posiadanie wyłączne, a każdy z nich mógł się powołać tylko na akty współposiadania i tylko te akty jako »vim ex conventu« wprowadził do sporu, bo po stwierdzeniu współposiadania sędzia nie może obustronnych aktów współposiadania uznać za vis adversus edictum. Pewne zupełnie jest dopuszczenie possessorium między uczestnikami według kompilacji, która pozwala użyć uti possidetis nawet do wymuszenia naprawy, a więc zamienia go w surogat Justyniańskiej actionis communi dividundo i stosuje do uregulowania spółności nawet tam, gdzie skarga działowa — inter praedones — jest wykluczona. Także według przeważnej części ustawodawstw nowoczesnych współposiadacze mogą przeciw sobie korzystać z środków possessoryjnych; pamiętać jednak trzeba, że in possessorio rozstrzygają tylko faktyczne granice współposiadania, niezależne od tego, dokąd sięgają granice współuprawnienia. O tych ostatnich orzekać można tylko in petitorio.

III. Służebności.

230. Prywatnej własności gruntu towarzyszą od dawnych czasów pewne uprawnienia wobec gruntów sąsiednich. Gospodarcze przyczyny tego zjawiska wskazałem już mówiąc o ograniczeniach, jakie prawo nakłada na własność gruntową; poza sferą tych ogólnych ograniczeń odzywają się wcześniej potrzeby sięgające dalej np. co do komunikacji, których rozmiar zależy od warunków lokalnych, których zatem nie można zaspokoić przez dalsze uszczuplenie każdej własności. Tu prawo daje tylko formę prawną, w której interesowani zyskują środek do zaspokojenia powyższych potrzeb; takie właśnie znaczenie mają rzymskie iura praediorum, oznaczane dziś jako służebności gruntowe (w Rzymie »servitus« znaczy tyle, co ius praedii; i dziś w takim samym znaczeniu mówi się o »serwitutach«). Formą klasyczną, przejętą do praw dzisiejszych, jest prawo na rzeczy cudzej (ius in re aliena), związane z własnością gruntu t. zn. przysługujące każdemu właścicielowi tego gruntu, które daje mu w oznaczonych dokładnie granicach wpływ na grunt sąsiedni: na tej podstawie może on dokonywać tam pewnych działań, mieć na tym gruncie jakieś urządzenie lub zabronić sąsiadowi pewnego postępowania. Ograniczenie sąsiada polega tedy albo na tem, że musi znosić (pati) pozytywne wkroczenia uprawnionego, co określamy jako służebność dodatnią, albo na tem, że musi czegoś zaniechać (non facere: służebność ujemna). Choć atoli służebność gospodarczo zwraca się przeciw sąsiadowi, to przeciw jako ius in re zwraca się nietylko przeciw niemu; jest prawem bezwzględnem, z którego wynika actio in rem, którego istotę tworzy tedy zakaz zwrócony do całego otoczenia. Wynika stąd, że servitus in faciendo consistere nequit t. zn. nie może nakładać obowiązków pozytywnych, bo takie mogą ciążyć tylko na pewnych oznaczonych osobach (in personam). Są wprawdzie w źródłach przypadki, że na sąsiedzie ciąży obowiązek pozytywny: przy servitus oneris ferendi tj. prawie oparcia budynku o ścianę sąsiada ten ostatni musi utrzymywać ścianę w takim stanie, by mogła ciężar znosić, a obowiązek ten — mimo wątpliwości teoretycznych — związany jest z właściwą treścią służebności tak ściśle, że zobowiązany może uchylić się od niego przez porzucenie gruntu, co tylko z actio in rem da się pogodzić (p. wyżej s. 2). Jest to jednak zjawisko wyjątkowe, usprawiedliwione potrzebą praktyczną; nie zmusza do modyfikacji pojęcia klasycznego, które służbę spełnia bez zarzutu, bo zabezpiecza wszechstronnie zaspokojenie danej potrzeby i zabezpiecza je nietylko dla obecnego właściciela, lecz dla gruntu t. zn. raz na

zawsze. Trudno przypuścić, by prawo dawne — najstarsze służebności, uznane za *res Mancipi*, istnieją niewątpliwie już w czasie 12 tablic — stanęło odrazu na tak wysokim stopniu techniki; rozwój historyczny szedł prawdopodobnie tą drogą (I. 318), że początkowo służebność pojmowano jako rozszerzenie własności na część sąsiedniego gruntu czy znajdujące się na nim urządzenie (np. *rivus*), a konsekwencye tego pojmowania utrzymano i później, kiedy zrozumiano, że służebność daje tylko prawo ograniczone, nie uchylające własności sąsiada, choć stanowi pewien przymiot gruntu uprawnionego (Celsus D. 50, 16, 86: *quid aliud sunt iura praediorum, quam praedia qualiterqualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?*). W każdym razie u klasyków każda służebność gruntowa to złączone z gruntem prawo rzeczowe *in re aliena* — zwrot niedokładny o tyle, że istnienie służebności na *res nullius* bynajmniej nie jest wykluczone; dogmatycznym wykończeniem konstrukcyi jest zasada »*nulli res sua servit*« wraz z konsekwencyą, że służebność gaśnie, skoro własność gruntu uprawnionego (panującego) zejdzie się w jednych rękach z własnością gruntu służebnego (co do współwłasności p. wyżej s. 89). Że mimo tego wśród służebności zachodzą różnice co do charakteru prawnego, jest znów następstwem ewolucyi. Najdawniejsze, drogowe i wodne, zaliczone raz do *res Mancipi*, pozostają niemi i później, choć konstrukcyja prawnicza doznała prawdopodobnie zmiany. Służebności późniejsze nie mają już tego charakteru, zapewne dlatego, ponieważ od początku widziano w nich *iura in re aliena* i nie liczono ich do rzeczy zmysłowych. Do tej późniejszej formacyi należą w szczególności najstarsze *servitutes praediorum urbanorum*, służące potrzebom gospodarczym życia miejskiego, odkąd *ambitus* zniknął; z tych praw tworzy się odrębna kategoria, różniąca się od dawnych służebności wiejskich nie tylko gospodarczą treścią, lecz także odmiennym uregulowaniem prawnem zwłaszcza co do nabycia i utraty. Tworzące się później nowe służebności liczono do wiejskich lub miejskich według tego, do którego typu zbliżały się gospodarczo; nowe *servitutes rusticae* (*calcis coquendae, harenae fodiendae*) miały w całej pełni charakter prawny dawnych, należały zatem do *res Mancipi*. Czy w konkretnym przypadku grunt panujący był *praedium rusticum* czy *urbanum*, to nie miało znaczenia, bo chodziło o gospodarczą treść służebności; spotykamy jednak w źródłach także ślady pojmowania odmiennego (I. 2, 3, 2), a w zbiorze Justyniana nie brak ustępów wskazujących, że dla kompilatorów np. *aquaeductus* może być także służebnością miejską. Synteza prawa Justyniańskiego nasuwa w tym stanie rzeczy trudności. Najwięcej rozpowszechnione jest zda-

nie, że o charakterze służebności *in concreto* rozstrzyga właściwość gruntu panującego: jeżeli jest zabudowany, czy na wsi czy w mieście, mamy służebność miejską, w innych przypadkach wiejską. Trudno się z tem pogodzić, bo trudno przypuścić, by np. przy zgaśnięciu służebności wodociągu inne miały obowiązywać prawidła według tego, czy grunt panujący jest wiejski czy miejski (zabudowany). Zd. m. należy trzymać się dawnych rzymskich wyobrażeń t. zn. oprzeć się na gospodarczych właściwościach klasycznych typów. Badając te właściwości dochodzimy do wniosku, że służebności miejskie zazwyczaj albo obciążają grunt pewnem trwałem urządzeniem (t. zw. *servitutes habendi* np. prawo balkonu) albo też zabraniają dokonywać na nim pewnych zmian (t. zw. *serv. prohibendi* np. służebność światła), dążą zatem do utrzymania na stałe pewnego stanu, którego istnienie jest wykonaniem treści służebności. Z tego punktu widzenia można powiedzieć, że służebność miejska ma charakter trwały (mówi się tu dziś o *serv. continuatae*); przy wiejskich natomiast uprawniony najczęściej żądać może tylko, by mu nie stawiano przeszkód przy pewnych czynnościach (*ire, agere, aquam ducere*), które się przedsiębierze z przerwami, które zatem nie utrzymują gruntu sąsiedniego w jakimś stałym stanie (*serv. discontinuatae*). Pojmując różnicę w ten sposób można zrozumieć także różnice np. co do sposobu zgaśnięcia między służebnościami jednego i drugiego typu; dziś zresztą cała kwestya odpada, bo rzymskie różnice co do traktowania prawnego powyższych grup nie przeszły do praw nowoczesnych, które liczą się wprawdzie z różną treścią konkretnych służebności, nie kładą jednak nacisku na ich wiejski czy miejski charakter.

231. Pod pojęcie służebności jako prawa na rzeczy cudzej podciągnęli juryści rzymscy inne prawa na rzeczy cudzej z charakterem ściśle osobistym, powstałe w czasie rozpadania się organizacyi rodowej, mianowicie użytkowanie i używanie; na tem opiera się systematyka kompilacyi i wielu praw nowoczesnych, według której ogólne pojęcie służebności mieści w sobie obok służebności gruntowych drugą równorzędną grupę służebności osobistych. Najdawniejszą postacią tych praw, które mają jakiejś osobie zapewnić zaspokojenie osobistych potrzeb, jest niewątpliwie dożywotnie użytkowanie, pozostawione wdowie przy małżeństwie *sine manu*: ma ona korzystać z dotyczącego przedmiotu np. gruntu, własność dostaje się jednak komuś innemu tj. dziedzicowi lub legataryuszowi. Takie użytkowanie, tembardziej zaś późniejsze i szczuplejsze prawa tego rodzaju, są w Rzymie prawami bezwzględniemi, ale tylko prawami na rzeczy cudzej; posiadają tedy szereg cech, które spotykamy przy służebnościach

gruntowych i przy wszystkich iura in re aliena, w szczególności nie mogą polegać in faciendo i podlegają zasadzie »nulli res sua servit«. Złączenie ich w jedną grupę z służebnościami gruntowymi opiera się jednak nie na tych wspólnych cechach, lecz na refleksyi, że dla uprawnionego pełnią podobną służbę, jak ius praedii dla panującego gruntu, i związane są z podmiotem tak, jak służebności gruntowe z gruntem. Służebność osobista gaśnie tedy zawsze z śmiercią uprawnionego; można nadto określić jej granice szersze lub ciaśniejsze, pozwalając uprawnionemu na korzystanie z rzeczy tylko w pewien oznaczony sposób np. tylko przez używanie jej bez pobierania owoców. Ta ostatnia uwaga wyjaśnia istotę omawianych szeroko przez romanistów t. zw. służebności nieprawidłowych czyli nieregularnych, które figurują jeszcze i w nowoczesnych ustawodawstwach. Chodzi tu o pytanie, czy treść gospodarczą takiej lub innej służebności gruntowej można uczynić treścią służebności osobistej np. ustanowić prawo pobierania wody dla pewnej osoby, choćby nie była właścicielką gruntu. Że kompilacya i prawo nowoczesne widzą w takim przypadku służebność osobistą, nie różniącą się zasadniczo od innych, trudno zd. m. wątpić; wątpliwem jest, czy juryści klasyczni tak samo rzecz pojmują, bo źródła pozwalają stwierdzić tylko tyle, że z jednej strony służebność gruntową można ograniczyć terminem ad quem, z drugiej strony można wprawdzie zapewnić komuś osobiście pobieranie wody, ale akt dotyczący nie stwarza prawa rzeczowego (Ulp. D. 34, 1, 14, 3 rozstrzyga, że fideikomis może mieć taką treść, ale daje tylko prawo obligacyjne »ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus«).

232. Natura służebności gruntowych i osobistych różni się tak wybitnie, że każdą grupę omówić trzeba odrębnie; idąc porządkiem historycznym zaczynam od gruntowych. Ogólną ich charakterystykę już znamy; bliższe określenie mieści się w szeregu prawideł, które dla nich dają już źródła rzymskie z czasów republiki, a które w przeważnej części spotykamy także w prawach dzisiejszych. I tak:

a) Kiedy rozwój życia gospodarczego coraz to nowe zaczął wywoływać potrzeby, powstała konieczność zastanowienia się nad tem, czy forma służebności nadaje się dla każdej potrzeby bez różnicy. Rzymska odpowiedź brzmi: servitus debet esse praedio utilis. Musi ona przyczyniać się do ułatwienia czy podniesienia gospodarki na praedium dominans, oczywiście z uwzględnieniem konkretnych jego właściwości. Brak tego, skoro brak związku między treścią służebności a gospodarką (np. »ut spatari et ut cenare in alieno possimus«); skoro jednak związek taki istnieje (np. przy prawie do poboru ma-

teryarów budowlanych »aedificandi eius gratia, quod in fundo est«), służebność może powstać, choćby warunki do wyzyskania jej miały nadejść dopiero w przyszłości, a raz powstała trwa, choćby skutkiem np. zmiany gospodarki stała się dla gruntu panującego bezwartościową. Przy iter ad sepulchrum sami kompilatorowie podkreślają wyjątkowy charakter swej innowacyi.

b) Romaniści wymagali nadto do powstania służebności t. zw. causa perpetua tj. trwałego zapotrzebowania po jednej, trwałej możliwości zaspokojenia po drugiej stronie. Pierwsza atoli połowa pokrywa się z określoną wyżej utilitas; co do drugiej czytamy wprawdzie, że początkowo prawo prowadzenia wody można było ustanowić tylko ex capite vel ex fonte, a i kompilacya, która na podstawie utartej praktyki warunek ten porzuciła, żąda aqua perennis t. zn. by woda płynęła przez cały rok (zatem »neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest«), ale generalizacya tych orzeczeń, jakiej próbują kompilatorowie, nie da się utrzymać wobec takich służebności, jak lapidis eximendi et harenae fodiendae.

c) Źródła podkreślają często, że grunt panujący sąsiaduje z służebnym, a niektóre ustępy stawiają nawet »vicinitatem« jako warunek powstania służebności. Dla ostatnich jednak klasyków wystarcza niewątpliwie takie położenie gruntów, by cel gospodarczy służebności można osiągnąć bez prawnej przeszkody: jeżeli np. chodzi o prawo ścieżki, impedit servitute medium praedium, quod non servit, ale służebność może powstać, jeżeli grunt środkowy jest również obciążony lub stanowi drogę publiczną. W kompilacyi vicinitas traci całkiem przymieszkę prawną i staje się tylko topograficznym wykładnikiem użyteczności: można np. na dalszy grunt nałożyć służebność altius non tollendi, dopóki przestrzeń środkowa nie jest zabudowana, bo aż do tej chwili »est utilitas servitutis« (D. 8, 5, 5 w zestawieniu z D. 8, 4, 7, 1).

d) Utilitas dla konkretnego gruntu rozstrzyga także o treści całego stosunku. Ponieważ chodzi o konkretny grunt, przeto nie można ani oderwać od niego uprawnienia i przenieść na inny, ani odstąpić wykonania prawa na rzecz innego. Stąd wynika zasada »servitus servitutis esse non potest«, w myśl której uprawniony nie może z prawa swego wykrawać służebności dla sąsiada; tembardziej nie może tego czynić na rzecz innej osoby np. przez oddanie swej służebności w zastaw (układ w D. 20, 1, 12 co do iter, actus, via i aquae ductus »ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat)«, łączący się historycznie z mancipatio fiduciae causa, w prawie klasycznym daje wierzycielowi

właściciela ograniczone prawo zastawu na gruncie, a i w kompilacji ma to tylko znaczenie, że właściciel gruntu może sąsiadowi-wierzycielowi przyznać taką służebność aż do zapłaty długu). *Utilitas* określa również rozmiar uprawnień, jakie służebność daje, względnie obowiązków, jakie nakłada. Rozmiar ten oznacza zazwyczaj wola stron t. zn. albo ich układ, albo przyjęty od początku sposób korzystania, które ustalają t. zw. *modus* np. linię ścieżki, *intervalla dierum et horarum*, *ut equo dumtaxat agatur* i t. p.; *in dubio* jednak rozstrzyga rozmiar zapotrzebowania gruntu panującego i tylko tego gruntu (prawo do odprowadzania wody *agri siccandi causa* nie obejmuje wody, jaką uprawniony sprowadził na grunt panujący z innego swego gruntu). Wynika stąd dalej, że służebność pozwala na czynności niezbędne dla urzeczywistnienia jej gospodarczej treści (np. na dostęp do studni przy prawie czerpania), nie uprawnia jednak do czynności takich, które zwiększają ciężar sąsiada, a do osiągnięcia celu gospodarczego nie są konieczne (*servitus civiliter exercenda*: kto ma prawo przechodu bez wytkniętej ścieżki, nie może żądać go przez środek domu lub winnicy »cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento«). Stąd płynie następnie zasada, że właściciel gruntu służebnego nie jest wykluczony od korzystania z swego gruntu w taki sam sposób, jak uprawniony sąsiad, np. od chodzenia po przeznaczony dla sąsiada ścieżce (wyjątek musi się opierać na wyraźnym układzie); stąd zaś wynika »*pluribus per eundem locum vel iter vel actum cedere posse*«, co jednak w razie kolizji podlega ogólnemu prawidłu »*prior tempore potior iure*«. Przy *aquaeductus* edykt idzie jeszcze dalej, bo do ochrony prawa później powstałego wymaga, by je ustanowiono za zgodą dawniej uprawnionych.

e) Drugą zasadniczą właściwością służebności gruntowych jest niepodzielność. Nie może powstać *pars servitutis* ani przez kolizję praw dwóch gruntów, bo choć prawa te mogą się ograniczać i choć uprawnieni mogą *utiliter* korzystać z *ao communi dividundo* (wyżej s. 91), to przecież brak jedności prawa, zatem spółności i podstawy do powstania »*partes*«, ani — tem mniej — przez ustanowienie »*ułamka*« służebności na korzyść jednego gruntu. Niepodzielność istnieje nadto i w tem znaczeniu, że prawo służy całemu gruntowi panującemu i obciąża cały grunt służebny, o ile *modus* nie został inaczej określony. Jeżeli jeden lub drugi grunt jest spólną własnością większej liczby osób, z niepodzielności służebności wynikają zasady, że *servitus per partes nec adquiri nec imponi potest* (jeżeli właścicielowi przyrzeczono ustanowić służebność, a on potem partem sprzedaje, »*cor-*

rumpit stipulationem«, bo sprowadza niemożność dopełnienia świadczenia), że jednak zato *per partes retinetur*, choć w stosunku do jednego z spółników zaszła przyczyna zgaśnięcia np. przez zaniedbanie używania lub zjednoczenie. Jeżeli grunt spólny ma służebność, wówczas rozmiar prawa nie przestaje być zawisły od potrzeb *praedii dominantis*, w tych jednak granicach służy ono każdemu spółnikowi *in solidum* (co do skargi p. wyżej s. 89); podobnie układa się stosunek i wówczas, gdy istnieje współwłasność co do gruntu obciążonego. Jeżeli zatem z jakichkolwiek przyczyn, np. przez fizyczny podział gruntu panujący rozpadnie się na kilka, powstaje odrębna służebność dla każdego nowego gruntu »*atque si ab initio duobus fundis debita sit*«; gdyby zachodziła potrzeba uregulowania wzajemnego ich stosunku np. przy prawie do poboru oznaczonej ilości wody, kompilacja przeprowadza rozdział *pro modo agri*. Analogiczne następstwa fizycznego podziału *praedii servientis* nie nasuwają wątpliwości.

233. Rozbiór poszczególnych rzymskich służebności miałby tylko wartość archeologiczną; tu poprzestaję na krótkich uwagach. Wiemy już, że źródła odróżniają służebności wiejskie i miejskie, że nadto wśród wiejskich przeważają służebności pozytywne z wykonaniem przerywanem, podczas gdy wśród miejskich spotykamy i pozytywne (przede wszystkim *servitutes habendi*) i ujemne, ale najczęściej służebności z wykonaniem trwałym; wyjątki, o ile nie pochodzą od kompilatorów (np. w D. 8, 1, 15 pr.), tłómaczą się naszkicowanym wyżej rozwojem historycznym, przyczem podnieść należy, że już w prawie klasycznym — inaczej prawdopodobnie dawniej — niema mowy o zamkniętym katalogu służebności, owszem, mogą w formie tej pojawiać się prawa z najrozmaitszą treścią, byleby zasadniczym warunkom wyżej podanym uczyniono zadość. Wśród służebności wiejskich najważniejsze i najlepiej rozwinięte są prawa drogowe i wodne. Pierwsze zna już prawo dawne w trzech postaciach: *iter* tj. prawo przechodu, *jazdy konno* i *podróży w lektyce*, *actus* tj. *ius agendi vel iumentum vel vehiculum*, które mieści w sobie zazwyczaj *iter*, może jednak nie dopuszczać przejścia dla samej tylko osoby, wreszcie *via*, która łączy w sobie pierwiastki obu poprzednich. Ostatnia nie różni się według źródeł istotnie od zwykłego *actus*, bo i przepisy 12 tablic o szerokości *viae* nie stwarzają zasadniczej różnicy, nie starczą w szczególności do uzasadnienia przypuszczenia, że przy *via* chodzi o założenie stałej drogi; wobec tego szukać wytłómaczenia należy w historii, więc może w tem, że *actus* dawał pierwotnie tylko prawo pędzenia bydła (D. 8, 1, 13), może w pewnych szczegółach dawnej rzym-

skiej gospodarki, nie krępując się tem, że niektórzy z klasyków odrębność *viae* widzieli w prawie do *trahere lapidem aut tignum et rectam hastam ferre* (wysokość). Przy wszystkich służebnościach drogowych uprawniony ma zazwyczaj także prawo dokonywania potrzebnych napraw; prawo to może być jednak umową wykluczone. Z praw wodnych najstarsze jest prawo wodociągu, pojęte nie jako prawo do posiadania pewnego urządzenia, lecz jako prawo prowadzenia wody (*iter aquae*) zapomocą odpowiednich urządzeń przez grunt obciążony czy z niego, czy z innego gruntu; mieści w sobie zawsze prawo utrzymywania urządzeń w stanie zdatnym do użytku (*reficere, purgare*), zato jednak jest często ograniczone do pewnych pór roku (*aqua aestiva, hiberna*) lub części doby (*aqua diurna, nocturna*) i t. p. Młodsze jest prawo czerpania wody, zawierające w sobie *iter*; najpóźniej, już przy przejściu do gospodarki ekstenzywnej, powstało prawo pojenia bydła, mieszczące w sobie *actus*. Inne służebności są mało rozwinięte, w szczególności także służebność pasania, która wykształciła się dopiero na gruncie prawa niemieckiego; w Rzymie wystarczają z reguły *agri compascui*, wspólne pastwiska dla użytku sąsiadów, powstałe przez »*redimere in commune*« lub przez zarządzenie władzy przy przekazywaniu ziemi prywatnym. Z służebności miejskich najstarsza jest zapewne *servitus cloacae*, prawo odprowadzania nieczystości przez cudzy grunt, z wyraźnym charakterem *utilitatis publicae*. Z tych, które powstały po zniknięciu *ambitus*, wspomniano już *serv. oneris ferendi* tj. prawo oparcia budynku o ścianę sąsiada; oprócz tego wymieniam dla przykładu prawo do wpuszczenia belki w ścianę sąsiednią jako typ prawa do pewnego trwałego urządzenia w sferze prawnej sąsiada, prawa do odpływu wody deszczowej z dachu na grunt sąsiada jako typ służebności, których treścią jest *immittere* ponad normę prawa sąsiedzkiego, wreszcie prawo do tego, by sąsiad nie tamował dopływu światła (*ne luminibus officiatur*), jako typ służebności ujemnej. Obok służebności ostatniego rodzaju spotykamy w źródłach także prawa z treścią wprost przeciwną np. *luminibus officiendi*; są one zapewne wyjątkami od przepisów policyi budowlanej, prawdopodobnie od zasady, że *vetus forma aedificii* nie powinna przy przebudowie doznać niekorzystnej dla sąsiadów zmiany.

234. Służebność ustanowić może właściciel *praedii servientis*; może ona także powstać przez zasiedzenie.

a) Ustanowić ją może tylko właściciel, według *ius civile* pod warunkami, od których zawisła skuteczność dokonanej przez niego *manycypacji*, w prawie pretorskiem pod warunkami tradycji. Współwłaściciele muszą wszyscy zgodzić się na obciążenie (wyżej s. 88 n.); przy

aquaeductus edykt żąda nadto zgody tych, którzy na gruncie dotyczącym mają prawo rzeczowe, aby z góry zapobiedz możliwości kolizji. Wieczysty dzierżawca i ten, kto ma prawo powierzchni, mogą jako *paene domini loco* ustanowić służebność według prawa pretorskiego; z zgaśnięciem ich prawa gaśnie jednak i służebność. Co do własności warunkowej por. I. 388 i 392 nast.

b) Służebność ustanowić można tylko na rzecz właściciela lub wszystkich współwłaścicieli gruntu panującego; w sferze *iuris civilis* wymagana jest oczywiście własność *kwirytarna*. Czy i *paene domini* (np. wieczysty dzierżawca) nabyć mogą służebność, źródła nie rozstrzygają; nabycie takie da się zresztą pomyśleć tylko w prawie pretorskiem, a skutkować może tylko na czas trwania np. wieczystej dzierżawy (*alieno fundo adquiri servitus non potest*).

c) Jako najstarszy sposób nabycia *iuris civilis* (grunt italski) spotykamy przy służebnościach wiejskich odpowiednio zmienioną *manycypację* (*aio mihi ius esse eundi per fundum Corn.*). Z *manycypacją* łączy się także *excipere* (dziś mówi się o *deducere*, co Rzymianie stosują tylko do użytkowania) t. zn. zastrzeżenie sobie służebności przy *manycypowaniu* własności tak, że nabywca dostaje grunt *excepta servitute*. Juryści kładą przy tem nacisk na wolę przenoszącego własność (*lex mancipio dicta*), ale brak zd. m. podstawy do twierdzenia, by stąd wyciągali wszelkie konsekwencje, by np. zastrzeżenie uważali za skuteczne, choć niedojrzały nabywca gruntu działał bez *auctoritas* opiekuna; owszem, prawo rzymskie idzie, jak sądzę, zgodnie z nowoczesną dogmatyką, która rozkłada akt na nabycie własności i ustanowienie służebności przez nabywcę, wobec tego zaś w przytoczonym przypadku odmawia zastrzeżeniu skuteczności (por. co do zastawu D. 27, 9, 1, 4). Droga zastrzeżenia przy *manycypacji* można było ustanowić i późniejsze służebności, nie należące już do *res mancipi* (np. odstępując grunt *fiduciae causa* i nabywając go napowrót *excepta servitute*); w każdym jednak razie zastrzeżenie musi być wyraźne. Fakt, że np. na sprzedanym gruncie istniało urządzenie, czyniące go *de facto* służebnym wobec gruntu zatrzymanego przez sprzedawcę, nie ma w Rzymie prawnego znaczenia; dopiero w prawach nowoczesnych może on być podstawą do przemiany faktycznej służby w stan służby prawnej, skoro własność obydwu gruntów przestanie być złączona w jednym ręku (t. zw. powstanie służebności »przez nadanie przeznaczenia z strony ojca rodziny«). Zwyczajną formą ustanowienia służebności, nienależących do *res mancipi*, jest *in iure cessio*, która nadaje się także do starych służebności wiejskich, a do której można również dołączyć zastrzeżenie. Można następnie ustanowić

służebność przez zapis, w którym to razie powstaje z chwilą objęcia spadku przez dziedzica; technika »excipere« da się i tutaj zastosować (*Titio fundum Corn. do lego excepto itinere*). Może wreszcie stworzyć służebność sędzia działowy zapomocą przysądzenia w *iudicium legitimum*.

d) Poza sferą *iuris civilis* może powstać służebność *tutione praetoris* — zjawisko żywo przez naukę omawiane, dotąd jednak niezupełnie wyjaśnione, albowiem teksty klasyczne uległy w kompilacji doniosłym przekształceniom. Że taka »służebność pretorska« mogła powstać np. w razie *in iure cessionis* z strony właściciela bonitarnego, wydaje mi się pewne: trudno przypuścić, by nabywca nie miał ochrony lub miał ją tylko w formie ekscypcyi czy interdyktu, skoro ochrona *per modum exceptionis* jest niezupełna, a interdyktów prawo rzymskie dla szeregu służebności całkiem nie wykształciło. Inna kwestya, czy i kiedy można przyjąć taką służebność mimo braku uznanego przez *ius civile* sposobu nabycia. Jedyny pewny przypadek to przysądzenie w *iudicium (divisorium)* *imperio continens*; co do innych nie brak wątpliwości. Według Gaiusa 2, 31, kto chce ustanowić służebność na gruncie prowincyi, nie może użyć form cywilnych, ale »*pactionibus et stipulationibus id efficere potest*«. Akt dotyczący ma tedy skutek rzeczowy, uznany niewątpliwie przez pretorów prowincjonalnych; co do jego natury można co najwyżej przypuszczać, że pierwiastek prowincjonalny to *pactum*, które według wyobrażeń Wschodu wystarczy do wywołania skutku rzeczowego, że zaś *stipulacya* stanowi dodatek, mający dostosować prawo prowincyi do pojęć rzymskich. W instytucjach Justyn. *pactiones et stipulationes* figurują jako jedyny sposób ustanowienia służebności *inter vivos*, podczas gdy w *Digestach* obok nich występuje także tradycya; do prawa państwowego weszły one jednak dopiero dzięki kompilatorom zapomocą interpolacyi. Charakterystyczny jest w tym względzie tekst D. 8, 3, 33 pr., gdzie mancypany zastąpiono tradycją, a przez to zastrzeżeniu służebności przy tradycyi gruntu przyznano skutek prawny, dodając do tego »*maxime si pacto stipulatio subdita sit*«. Kompilacya uważa tedy *pactum* za dostateczne, a wspominając o *stipulacyi* ma niewątpliwie na myśli *stipulację* nowego stylu t. zn. odpowiednią klauzulę w dokumencie (I. 365 n.); to tłumaczy nam również dziwaczne na pierwszy rzut oka złączenie tradycyi z *stipulacją*, bo i tradycya kompilatorów to dokument (I. 358), który i *pactum* i klauzulę *stipulacyjną* łatwo w sobie pomieści. Czy można było przy klasycznej tradycyi gruntu *excipere servitutum* t. zn. czy pretor taki układ otaczał opieką, jest nader wątpliwe; do prawa klasycznego należy natomiast zd. m. usta-

nowienie służebności *per traditionem*. W D. 8, 1, 20 przyjmuje Iavolenus, że sprzedawca służebności drogowej czyni zadość obowiązkom z kontraktu, skoro kupującemu umożliwi korzystanie z służebności: »*usum eius iuris pro traditione accipiendum esse*« t. zn. »*usus*« odpowiada tradycyi przy sprzedaży rzeczy. Idąc za tą myślą, co przy służebnościach dodatnich nie nasuwa trudności, można i w innych względach zrównać początek korzystania z tradycją, więc przyznać nabywcy służebności pretorską *actionem in rem*, skoro skargę taką ma ten, komu rzecz tradowano. Za Justyniana *traditio*, określana także jako »*patientia*«, tworzy niewątpliwie prawo rzeczowe i uzasadnia *utilem actionem in rem*. Teksty wspominające o tej skardze nie są wolne od podejrzeń; nie należy jednak zd. m. krytycyzmu posuwać zbyt daleko już z tej przyczyny, że kompilatorom bliższe były niewątpliwie *pactiones et stipulationes*, a ochrona pretorska z klasyczną myślą o podobieństwie do tradycyi doskonale harmonizuje. Kompilacya przejęła tę myśl, zostawiając zresztą prawo prowincjonalne na pierwszym miejscu. Stan źródeł nasunąć musiał dogmatyce pytanie, czy prawo Justyn. poprzestaje na umowie, czy oprócz niej wymaga rozpoczęcia wykonywania. Zajmuje się niem już glossa; w 19. wieku przeważa zdanie, że umowa wystarcza. Wynika to już stąd, że dla kompilatorów i tradycya jest tylko umowa.

e) Myśl tradycyi nasuwa kwestyę posiadania i zasiedzenia służebności. W dawnym prawie istniała *usucapio*, o której czytamy, że ją uchylili nieznana bliżej *lex Scribonia*; szło tu zapewne o stare służebności wiejskie, pojmowane jeszcze jako części gruntu, a *Scribonia* stoi prawdopodobnie w związku z porzuceniem tego sposobu pojmowania. Skoro jednak klasycy dostrzegli pokrewieństwo tradycyi rzeczy z rozpoczęciem używania służebności, a tradycya jest początkiem posiadania rzeczy, nie można było uniknąć pytania, czy istnieje posiadanie służebności. Inne jeszcze zjawiska mogły nasunąć tę myśl. Przedewszystkiem istniały oddawna pewne interdykta, chroniące osoby, które z pewnej służebności (np. przechodu lub wodociągu) w ostatnich czasach *de facto* korzystały, a interdykta te i formalnie zbliżały się do interdyktów *possessoryjnych*, zawierały bowiem zazwyczaj klauzulę »*nec vi nec clam nec precario*«. Dodajmy, że w procesie o służebność występuje również *translatio possessionis* (wyżej s. 69), a uregulowanie dowodu zdaje się zależeć od tego, *quis possessoris partes sustineat*: wobec tego konstrukcyja posiadania służebności jako stanu analogicznego do posiadania rzeczy, powstającego przez rozpoczęcie używania i otoczonego odrębną ochroną, mogła łatwo nasunąć się teoretykom. Czy atoli prawo klasyczne dokonało tej

konstrukcji, do której materiały miało gotowe, jest rzeczą bardzo wątpliwą. Juryści widzieli podobieństwo ochrony posiadania rzeczy i ochrony faktycznego korzystania z służebności, skoro Gaius 4, 139 jako główny cel interdyktów podaje rozstrzyganie sporów prywatnych »de possessione aut quasi possessione« (przypuszczenie, że »quasi possessio« nie pochodzi od Gaja, jest zupełnie dowolne); ten sam Gaius odrzuca jednak stanowczo myśl zastosowania tradycji do rzeczy niezmysłowych, nie uznaje tedy wspomnianej przed chwilą konstrukcji. Kiedy juryści komentują interdykta dla służebności, wnoszą do objaśnień pierwiastki klasycznej teorii posiadania rzeczy: tak np. Celsus D. 43, 19, 7 wyklucza interdykt de itinere, jeżeli ktoś korzystał z ścieżki »non... tamquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus«, Ulpian D. 43, 19, 1, 6 wyklucza wymagane do interdyktu »uti itinere«, jeżeli ktoś przechodził przez grunt sąsiada tylko »propter incommoditatem rivi aut propterea, quia via publica interrupta erat«, a Paulus D. 8, 6, 25 rozstrzyga tak samo w przypadku błędu »si quis pro via publica usus sit« — orzeczenia, odpowiadające teorii o animus domini. I tu jednak nie powołuje się żaden z nich na teorię posiadania, lecz stara się oprzeć swe wywody na brzmieniu interdyktu; wynika stąd, że zastosowanie pojęcia posiadania do faktycznego korzystania z służebności jest dziełem późniejszej praktyki lub innowacją kompilatorów, przyczem podnieść trzeba, że i w kompilacji brak świadectw co do służebności ujemnych. Odpowiednio do tego przedstawia się sprawa zasiedzenia. W prawie Justyn. możność zasiedzenia służebności pozytywnych nie ulega wątpliwości: trzeba do tego posiadania niewadliwego bez przerwy przez 10 lat inter praesentes względnie 20 inter absentes, zapewne także tytułu i dobrej wiary, choć co do tych dwóch warunków świadectw źródłowych niema. Sposób jednak, w jaki o tem zasiedzeniu mówią Digesta, wskazuje nieklasyczne pochodzenie instytucji. Łączy się tam dawność (vetustas: I. 490 n.), której klasycy niewątpliwie nie odmawiali znaczenia (np. przy ocenie kwestyi, czy urządzenie wodne powstało prawnie: D. 39, 3, 26), z różnem zupełnie zasiedzeniem; połączenie to widoczne jest już w Sententiae Paula (5, 5 a, 8: longum silentium... exemplo longae praescriptionis... computatur), a to usprawiedliwia wnioski, że praktyka poklasyczna stapiała już dawność z longa possessio i przez to przygotowała podstawę do Justyniańskiego zasiedzenia. Kompilacja daje zasiadającemu nawet skargę Publicyańską, której klasycy dawać nie mogli, bo nie mogli przy służebnościach operować fikcją cywilnej usucapio.

235. Służebność gruntowa gaśnie, jak każde prawo podmiotowe,

przez zrzeczenie się. Za klasyków trzeba do tego formy in iure cessionis, w prawie Justyn. wystarczy zrzeczenie się nieformalne, ba nawet pozwolenie sąsiadowi na taką zmianę gruntu, która wyklucza korzystanie z służebności; dawniej zrzeczenie się nieformalne uzasadniało tylko pretorską ekscępcję. Czy przy zrzeczeniu się nieformalnym potrzeba przyjęcia z strony przeciwnika, na to źródła nie dają odpowiedzi; p. atoli co do użytkowania I. 428 n. Jak każde prawo rzeczowe, gaśnie przez zniszczenie rzeczy obciążonej, w szczególności także przez to, że rzecz przestanie być przedmiotem praw prywatnych (extra patrimonium; p. atoli co do praw prywatnych na takich rzeczach I. 322 n.); najazd nieprzyjacielski zawiesza tylko służebność, albowiem istnieje co do niej ius postliminii, a zgaśnięcie własności, skutkiem którego rzecz staje się nullius, nie ma na służebność żadnego wpływu. Jak wszystkie iura in re aliena, gaśnie także służebność raz na zawsze przez zejście się w jednych rękach własności obu gruntów (t. zw. confusio), o ile jej nie ratuje np. przy wodociągu medium praedium serviens, które pozostało własnością cudzą; tu należy również przepis, według którego ciężary gasną, jeżeli np. fiskus sprzeda rzecz jako wolną od ciężarów. Szczególne przyczyny zgaśnięcia służebności gruntowych to zniszczenie gruntu panującego (w razie odbudowy domu przyjmuje się tożsamość i utrzymuje służebności) oraz upływ czasu. Służebności wiejskie gasną non utendo przez dwa lata, za Justyniana per longum tempus tj. 10 lat inter praesentes lub 20 inter absentes. Zasada ta wynika niewątpliwie z wyobrażenia, że wolność własności jest stanem prawidłowym i że grunt obciążony wraca do stanu prawidłowego, skoro »niewola« przez dłuższy czas była niewidoczna. Uti z strony uprawnionego nie jest bynajmniej konieczne: servitus retinetur nie tylko przez spółnika, użytkowcę, posiadacza gruntu w dobrej czy nawet złej wierze, ale wogóle, jeżeli ktoś korzysta z niej jako z prawa przysługującemu gruntowi (Celsus D. 8, 6, 6 pr. wymaga »fundi nomine itum esse«; wystarczy tedy, skoro drogi używa robotnik, gość, lekarz i t. d.), a według orzeczenia Sabina i Celsusa w D. 8, 6, 12 »et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur«. O to jedynie chodzi, by obciążenie wystąpiło na zewnątrz; stąd wynika, że ten, kto ma aquam nocturnam, a korzysta przez przepisany czas tylko z aqua diurna, swą nocną służebność traci. Stąd wynika również, że brak winy (drogę zerwała powódź) nie wyklucza utraty, lecz daje tylko prawo żądać renovatio, że następnie non usus poprzednika szkodzi sukcesorowi; także co do skutków wniesienia skargi obowiązują przepisy usucapionis (wyżej s. 22). Przy służebnościach nato-

miast miejskich zazwyczaj już stan rzeczy, istniejący na praedium serviens, oddaje na zewnątrz jego obciążenie. To też prawo rzymskie wymaga tutaj do zgaśnięcia służebności t. zw. usucapio libertatis: wytworzenia stanu faktycznego, któryby sprzeciwiał się danej służebności (np. zamknięcia otworu, w którym ma spoczywać belka sąsiada podniesienia budynku przy serv. altius non tollendi), i utrzymania się tego stanu przez czas, przepisany dla non uti. O ile stan taki powstał precario, nie szkodzi prawom tego, kto dał pozwolenie; zresztą obowiązują te same prawidła, co przy non uti, a dodać tylko należy, że utrata posiadania praedii servientis przerywa »zasiedzenie«, o ile w posiadanie nie wstąpi sukcesor. Warunek tytułu i dobrej wiary nie jest wymagany, a vitia possessionis — poza precarium — nie tworzą przeszkody. Widać stąd, że prawideł o zasiedzeniu rzeczy nie można przenosić na ten przypadek; słusznie podniesiono, że »zasiedzenie wolności« jest figurą retoryczną, że w rzeczywistości chodzi o non usus, przy którym wymaga się tylko, by co do non uti nie mogło być wątpliwości.

236. O vindicatio servitutis za legisakcyi wiemy tylko, że odbywała się zapomocą legisactio sacramento in rem i że według wszelkiego prawdopodobieństwa pozwany przy kontrawindykacyi wypowiadał formułę ówczesnej skargi negatoryjnej. W procesie formułkowym skarga o służebność — także vindicatio servitutis — odpowiada naogół temu typowi actionis in rem, który przedstawiłem przy ao negatoria. Formuła wymienia konkretną służebność. Pozwanym może być początkowo tylko właściciel gruntu służebnego, ale zd. m. już prawo klasyczne pozwala skarżyć każdego, czyje postępowanie wykracza przeciw służebności, a tylko co do obowiązku naprawy przy serv. oneris ferendi (wyżej s. 125) utrzymuje się zasada dawna. Pozwanego zmusza do wdania się w spór groźba translationis possessionis, co do której zresztą źródła techniki pretora nie określają; do prawidłowej obrony należy i tu cautio iudicatum solvi. W sporze powód wykazać musi przedewszystkiem, że jest ex iure Quiritium właścicielem lub współwłaścicielem gruntu panującego. Właściciel bonitarny ma aonem tylko utiliter; utiliter może służebności dochodzić także wieczysty dzierżawca co do fundus vectigalis, mający prawo powierzchni (w czasach klasycznych zapewne tylko w charakterze prokuratora), wierzyciel zastawny, wreszcie posiadacz w dobrej wierze, co do którego źródła wprawdzie milczą, ale już glossa nie miała wątpliwości. Może także dochodzić jej użytkowca: co do niego atoli czytamy raz o vindicatio ususfructus, drugi raz o vindicatio servitutis, co każe przypuszczać, że klasycy różnie pojmowali stosunek mię-

dzy użytkowaniem a własnością i że według tego odmienną wskazywali formułę skargi. Skarżący musi nadto w każdym razie wykazać fakt, który dał powód do skargi; pytanie, czy on ma dowieść istnienia służebności, czy pozwany wykazać stan wolności, rozstrzyga dzisiejsza nauka zwykle na niekorzyść powoda, choć zd. m. stan faktyczny powinien mieć tu podobne znaczenie, jak przy negatoria. Restytucya stosuje się do prawideł danych dla skargi negatoryjnej. Jeżeli zachodzą tylko warunki służebności pretorskiej, skarga dana będzie jako utilis, zapewne in factum; wspomniana w kompilacyi Publiciana nie jest klasyczna. Oprócz tej innowacyi dokonali tu kompilatorowie podobnych zmian, jak przy skardze negatoryjnej; od nich pochodzi również dana skardze o służebność nazwa »ao confessoria«, biorąca przymiotnik w nieznanem jeszcze klasykom znaczeniu afirmacyi swego prawa i zaznaczająca w ten sposób kontrast między skargą o służebność a skargą negatoryjną.

237. Prawo rzymskie zna nadto szereg interdyktów dla służebności drogowych i wodnych tudzież interdykta de cloacis. Ostatnie zabezpieczały już w dawnym prawie czyszczenie i naprawę istniejących urządzeń; ze względu na utilitas publica nie badano ani prawnej podstawy urzędnika ani nawet kwestyi wadliwości (vi, clam, precario) jego początku, nie dopuszczano przeciw czyszczeniu i naprawie operis novi nuntiationis, a legitymację do wniesienia interdyktu przyznawano zapewne każdemu posiadaczowi budynku tak, że interdykta powyższe mają raczej charakter środków policyjnych, powierzonych do użytku prywatnym, i zbliżają się do popularnych interdyktów de cloacis publicis. Interdykta drogowe de itinere actuque privato i wodne (de aqua przy wodociągu, de fonte przy prawie czerpania i pojenia) służą temu, kto w ostatnim roku korzystał z służebności nec vi nec clam nec precario ab adversario i w dobrej wierze; tego ostatniego warunku niema wprawdzie w formule (quo itinere... usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto; uti... aquam... duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto), ale jureprudenca wymaga go przy iter, a wobec podobieństwa stylizacyi formuł obowiązywał on zapewne ogólnie. Kiedy zachodzi »korzystanie« z służebności, ocenia się według tych prawideł, jakie podałem, mówiąc o utracie służebności non utendo; podnieść w szczególności należy, że sukcesor może powołać się na »uti« poprzednika. Poza tem widocznem jest, że interdykta powyższe wzorują się na possessoryjnych, na których podobieństwo powstały za republiki; pokrewieństwo występuje szczególnie jasno wtedy, gdy sprawa o wodę toczy się inter rivaes, którzy prowadzą wodę przez jeden i ten sam rivus, albowiem inter-

dykt dotyczący daje się jako duplex, podobnie do »uti possidetis«. Podobny jest i cel, bo chodzi o ochronę raz ustalonego faktycznego stanu gospodarowania przed samowolną zmianą; restytucja obejmuje wszystko, coby miał skarżący, gdyby nie napotkany opór, a więc i przywrócenie prawa, jeżeli je skutkiem oporu non utendo utracił. Przy służebnościach wodnych daje pretor pod tymi samymi warunkami także interdykt celem naprawy i czyszczenia; przy drogowych formuła dotycząca wymaga oprócz »uti itinere« wykazania prawa do naprawy (quominus iter, ut tibi ius est, reficias, vim fieri veto). Różnica wynika stąd, że przy prawach drogowych ius reficiendi może być umownie wykluczone, formuła zostawia więc pozwanemu pole do zarzutu; kompilacja wyciąga stąd błędny wniosek (np. D. 43, 19, 3, 13), że chcąc dokonać naprawy drogi trzeba wykazać także prawo do drogi. Dowód jest tedy przy interdykcie o naprawę trudniejszy, niż przy skardze konfessoryjnej; dziwaczność ta nie idzie jednak na karb klasyków, a »historyczna« próba wytłumaczenia, że interdykt powstał w czasie, kiedy naprawy nie można jeszcze było wymusić zapomocą vindicatio servitutis, nie wytrzymuje krytyki. Poza tymi interdyktami niema osobnych środków prawnych do ochrony faktycznego używania służebności. Można w tym celu korzystać z środków prawa sąsiedzkiego (operis novi nuntiatio, interd. quod vi aut clam); poza tem przyjmuje nowsza nauka, że źródła dają utiliter interdykt uti possidetis, skoro służebność polega na pewnym stałym urządzeniu (serv. habendi np. balkonu) w cudzej sferze, a zatem posiadanie tego urządzenia przedstawia się jako część stanu posiadania gruntu panującego, ale zdanie to wydaje mi się ogromnie wątpliwe nawet z stanowiska kompilacji. Prawo klasyczne nie operuje pojęciem posiadania przy służebnościach, choć podobieństwo zjawisk dostrzega; nie myśli o tem, by w formule interdyktu »uti« czy »ducere« zastąpić terminem »possidere«, jak nie myśli o przekształceniu początku używania na tradycję względnie początek »posiadania«, ani o przekształceniu dawności na longa possessio. W kompilacji jest na porządku dziennym i traditio służebności i longa possessio i Publiciana i określenie interdyktów jako veluti possessoria; nie wyciągnięto stąd jednak dalszych konsekwencji, w szczególności niema śladu, by pojęcie posiadania i ochronę possessoryjną rozszerzono na służebności zakazowe. Dopiero praktyka wieków średnich (wyżej s. 123) poszła dalej, a wykształcenie teorii w tym kierunku jest dziełem nauki romanistycznej 19. wieku. W myśl tej teorii do nabycia posiadania służebności gruntowej wymaga się faktu, któryby pozwolił późniejsze zachowanie się otoczenia uważać za faktyczne spełnianie obowiązków,

tworzących pewną konkretną służebność na rzecz pewnego konkretnego gruntu. Oznaczenie szczegółów należy do prawa pozytywnego, które może np. wskazać dokładnie osoby zdolne do nabycia posiadania fundi nomine, zażądać po stronie nabywcy pewnego nastroju woli, wymagać większej lub mniejszej wyrazistości faktu nabycia, więc zastąpić usum iuris oświadczeniem przedstawiciela gruntu służebnego, i t. p. Podobnie przedstawia się rzecz co do utraty posiadania; zauważę tylko, że prawo, które uznaje zgaśnięcie służebności non utendo, musi w tym razie z zgaśnięciem prawa połączyć utratę posiadania (inaczej utrata prawa byłaby zarazem początkiem zasiedzenia), może jednak utratę posiadania przyjąć już wcześniej, bo i w Rzymie non uti przez rok wyklucza interdykt, choć nie ma wpływu na istnienie prawa.

238. Najważniejszą służebnością osobistą jest użytkowanie (ususfructus). Ma ono pierwotnie zapewnić komuś z rodziny dotychczasowy sposób życia po śmierci głowy rodziny, dać mu prawo do pewnych dochodów, nie dając prawa do majątku. Zastosowaną do tego celu formą prawną jest ius in re aliena, które wyklucza po stronie uprawnionego własność; tem tłumaczy się znane zjawisko, że prywatną własność gruntu prowincjonalnego oznaczano jako »possessio et ususfructus«. Treść określają juryści zwrotem: »ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia«. Ostatnie słowa wyrażają klasyczną myśl, że użytkowanie nie daje prawa do istoty rzeczy (np. do gruntu, jeżeli przedmiotem ususfructus jest dom); nie sądzą tedy, by pochodziły od kompilatorów, choć w kompilacji mają znaczenie inne (duplex interpretatio), bo wyrażają zasadę, że użytkownicy nie wolno pogorszyć rzeczy. Jest to jedna z zmian wywołanych tem, że rozwój historyczny wytworzył przypadki, odbiegające od pierwotnego typu (ustanowienie użytkowania inter vivos, przedewszystkiem ususfructus paternus na bona adventicia); ze względu na nie formule klasycznej, która nie określała dokładnie ani gospodarczej funkcji, ani gospodarczej treści uprawnienia, inne zaczęto podsuwać znaczenie. Funkcja alimentacyjnej nie da się pomyśleć przy osobie prawniczej: to też pierwotnie użytkowanie osoby prawniczej było niemożliwością, ale już za Gaia »placuit dandam... municipibus actionem de usufructu«, a wiecystemu rozdziałowi prawa do owoców i prawa do substancji, któreby przez to stało się bezwartościowe, zapobiega kompilacja, oznaczając czas trwania takiego użytkowania na sto lat. Ważniejsza jest jeszcze zmiana co do swobody gospodarowania. Pierwotnie mógł użytkowca korzystać z rzeczy w tej tylko postaci (species), jaką miała w czasie powstania jego prawa, i tylko w ramach tego gospodarczego

przeznaczenia, jakie jej nadał spadkodawca. Już jednak klasycy zastępują to правило elastyczną formułą »boni viri arbitratu uti frui«, a kompilacya pozwala użytkowcy zmieniać speciem i gospodarcze przeznaczenie, byleby zmiana nie była pogorszeniem t. zn. nie zmniejszała wartości rzeczy (wolno mu np. »deicere vineas vel oliveta« celem odbudowy górniczej »si in hoc plus redditus sit«; przy aedificium inchoatum dawna zasada nie pozwala użytkowcy wykończyć budowy i w konsekwencji wyklucza użytkowanie, podczas gdy kompilacya nie porzuca wprawdzie otwarcie zasady, ale dąży widocznie do usunięcia przeszkód, bo podsuwa myśl odrębnego pozwolenia przy ustanowieniu użytkowania); stąd wynika również, że w prawie klasycznym użytkowanie gaśnie mutatione rei (ususfructus aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: Iulian-Ulpian D. 7, 4, 5, 2), kompilatorowie zaś nie cofają się bynajmniej przed wyjątkami od reguły (D. 7, 4, 10 pr.). Próbowano w nowszych czasach sprowadzić te różnice do zasadniczej zmiany pojmowania: kompilacya ma pojmować użytkowanie jako własność czasową i skutkiem tego ograniczoną, podczas gdy klasycy widzieli w niem nie prawo ograniczone nad rzeczą, lecz prawo do owoców. Zapewne, stosunek użytkowania do własności można rozmaicie określić, a takie rozmaite określenia dawali niezawodnie i klasycy; stąd pochodzą zapewne odmienne poglądy co do tego, czy użytkowca ma legitymację przy *ao aquae pluviae arc.* (wyżej s. 75) i czy może imieniem gruntu vindicare servitutem (wyżej s. 138). a krytyka zasady, że użytkowca nabywa owoce dopiero perceptione (wyżej s. 49), z tego również płynąć może źródła. Że atoli kompilatorowie nie myśleli o »własności czasowej« (co do wartości tego pojęcia p. I. 395 i wyżej s. 3 n.), dowodzi już to, iż przejmują bez zastrzeżeń określenie *ususfructus* jako *pars domini*, a mówiąc *ex professo* o *vindicatio servitutis* (D. 7, 6, 1 pr. i 7, 4, 5, 1) odmawiają użytkowcy prawa do występowania w roli przedstawiciela gruntu; nie też dziwnego, że inni uczeni przeczą wogóle zasadniczej zmianie pojęcia, inni znów przyjmują ewolucję w kierunku wprost przeciwnym. Zd. m. z źródeł wydobyć można tylko tyle, że kompilacya pragnie dać użytkowcy większą swobodę gospodarowania. Ta myśl występuje zupełnie wyraźnie; ponieważ jednak wprowadzono ją drogą interpolacji, a i interpolacji nie przeprowadzono konsekwentnie, łatwo pojąć, że kazuistyczne rozstrzygnięcia co do zmiany kultury, melioracji i t. p. niebardzo z sobą harmonizują. Nie widzę w tem śladów ewolucji pojęcia.

239. Chcąc poznać właściwości rzymskiego *ususfructus* omówić

należy jego podmiot, przedmiot, wreszcie rozmiar praw i obowiązków użytkowcy.

a) Podmiotem może być każdy, kto ma zdolność prawną. Jeżeli użytkowanie na jednej rzeczy służy kilku osobom, stosunek układa się tak, jak przy własności, albowiem treść użytkowania jest zawsze jednakowa, niezależnie od podmiotu, a z drugiej strony użytkowanie jako prawo do wszelkich pożytków jest prawem wyłącznym. Powstaje tedy spółność i wzajemne ograniczenie praw konkurencyjnych, które się wyraża w formie ułamka. Inaczej mówiąc, użytkowanie jest prawem podzielnym: z jednej strony przez konkurencję tworzą się partes, z drugiej strony można odrazu przy ustanowieniu wyznaczyć konkurentom ułamki, a stąd wynika, że może istnieć użytkowanie tylko na ułamku np. jeżeli je ustanowi jeden współwłaściciel albo właściciel wyłączny tylko na części. W wszystkich tych przypadkach już prawo klasyczne daje interesowanym *aonem communi dividundo*, która pełni taką samą funkcję, jak przy współwłasności; technika podziału musi jednak stosować się do natury praw konkurujących, których nie można odrywać od podmiotu, a zatem officium sędziego pójdzie w tym kierunku, aby konkurentów odgraniczyć terytoryalnie lub czasowo albo też jednemu z nich czy osobie trzeciej oddać użytkowanie w dzierżawę. Głębsza różnica w stosunku do współwłasności występuje dopiero z zgaśnięciem jednego z konkurujących praw np. przez śmierć, wtedy bowiem nasuwa się pytanie, czy korzyść stąd odnieść ma właściciel czy konkurent, pytanie, na które niema miejsca przy współwłasności. Juryści rzymscy stosują się do woli, wyrażonej w akcie ustanowienia: przyjmują przyrost między użytkowcami, jeżeli każdemu przeznaczono użytkowanie *in solidum* albo też, powołując ich *coniunctim*, wyznaczono właścicielowi drugie miejsce, w innych zaś przypadkach przyrost taki wykluczają. Przy powołaniu łącznym uzasadniają rozstrzygnięcie wcale sztucznie: biorą jako punkt wyjścia udaremnienie jednego zapisu np. przez odrzucenie, stwierdzają, że wówczas drugi konkurent byłby powołany do całości, a z tym przypadkiem zestawiają późniejsze zgaśnięcie jednego z praw konkurujących, usprawiedliwiając zestawienie stworzoną *ad hoc* formułą: »*ususfructus cottidie constituitur*« tak, że utrata nabytego już prawa przemienia się w udaremnienie nabycia. Ta forma myślenia nie narusza w niczem podanej poprzednio konstrukcji spółności.

b) Przedmiotem może być każda rzecz zmysłowa, z której użytkowca może mieć korzyść *salva substantia*. Użytkowanie gruntu obejmuje także jego przynależności w czasie powstania użytkowania i rozciąga się na wszystko, co się z nim połączy nierozdzielnie (t.

zw. przyrost, np. *alluvio* w przeciwstawieniu do *insula in flumine nata*). Przy rzeczach zużywalnych użytkowanie nie jest możliwe; ponieważ jednak trafiały się zapisy użytkowania całego majątku, intencja alimentacyjna zasługiwała i w tym razie na poparcie, w majątku zaś rzeczy zużywalne (pieniądz) stanowiły nieraz składnik główny, przeto uchwała senatu z pierwszych czasów cesarstwa przyznała takim zapisom co do wszystkich rzeczy zmysłowych moc obowiązującą, wskazując zarazem, że przy rzeczach zużywalnych legataryusz dostać ma kapitał na własność, złożyć jednak musi kaucję stypulacyjną, iż zwróci dziedzicowi *tantundem eiusdem qualitatis* w chwili, w której prawidłowe użytkowanie byłoby zgasło (śmierć i *capitis deminutio*). »*Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit)*« (Gaius D. 7, 5, 2, 1); stworzono jednak odrębny stosunek obligacyjny, który nosi, zapewne dzięki kompilatorom, nazwę »*quasi ususfructus*«, a jest obok użytkowania drugą formą do urzeczywistnienia tej samej myśli gospodarczej. Jurysprudencja udoskonaliła tę formę i rozszerzyła zakres jej stosowania. Udoskonaliła dając skargę o zwrot (*condictio*), choćby nie złożono kaucyi, a kompilacja pozwala nadto skarżyć dodatkowo o kaucję (*condicere cautionem*), jeżeli jej nie uzyskano przy wydawaniu kapitału. Rozszerzenie obejmuje już w 1. wieku cesarstwa wierzytelności procentowe, w kompilacji zaś wszystkie wierzytelności bez różnicy; technika polega tu na tem, że dziedzic odstępuje legataryuszowi wierzytelność lub też zręka się pretensyi, skoro sam legataryusz jest dłużnikiem, ale na podstawie otrzymanej kaucyi może *finito usufructu* żądać, by mu zwrócono już to wierzytelność, już też dłużny przedmiot — ten ostatni *in specie*, jeżeli był rzeczą niezamienną, poza tem zaś *tantundem eiusdem qualitatis*. Prawo Justyniańskie poszło jeszcze dalej. Przedewszystkiem traktuje *quasi usumfructum* nie jako szczególny przypadek zapisu, przewiduje tedy ustanowienie go *inter vivos*. Pozwala następnie jako zużywalne traktować także rzeczy, których użycie nie niszczy, choć pogarsza (*vestimenta*); z tem zaś łączy przepis, że *finito usufructu* zamiast zwrotu rzeczy nastąpić może zapłata pewnej sumy pieniężnej na podstawie oszacowania, nie określając zresztą bliżej, kiedy to ma się stać i na czyje żądanie. Z stanowiska kompilacji należałoby zatem przyjąć, że *ususfructus omnium bonorum* rozciąga się na wszystkie aktywa, przy ustanowieniu *inter vivos* nawet na przysługujące ustanawiającemu użytkowanie; Justynian atoli wprowadza zasadę, że owo użytkowanie odnosi tylko do czystego majątku tj. nadwyżki aktywów ponad passywa, choć nie daje

wskazówki, jak wobec użytkowcy ma nastąpić *deducere* długów »*ex omnibus rebus*«. Prawa nowoczesne starają się ominąć trudność tą drogą, że takiego użytkowcę czynią zarazem — w większym lub mniejszym rozmiarze — administratorem majątku.

c) Treść praw użytkowcy określają słowa *uti et frui*. Pierwsze jest zawsze częścią składową *frui* (*fructus sine usu esse non potest*); niekiedy może jednak wyczerpywać całą treść uprawnienia, jeżeli z rzeczy ani owoców ani dochodów uzyskać nie można (np. przy klasycznym użytkowaniu na *vestimenta*). *Frui* to przedewszystkiem prawo do pobierania owoców naturalnych. Określiłem ich pojęcie (I. 333) i chwilę, w której stają się własnością użytkowcy (wyżej s. 48), a która rozstrzyga także o rozdziale owoców *finito usufructu*; że skarb nie jest owocem, rozumie się samo przez się. Oprócz tego ma użytkowca prawo do innych dochodów (t. zw. dziś *fructus civiles*): tu należą dochody z polowania i t. p., według kompilacji nawet to, co uzyskał przez *missionem in possessionem* po bezskutecznem zażądaniu od sąsiada kaucyi *damni infecti*, w pierwszym zaś rzędzie odpłata za odstąpienie używania. Temu zdają się wprowadzić stać w drodze zasady, że użytkowanie nie może być przeniesione na inną osobę i że *non utendo* gaśnie; z niemi jednak łatwo dano sobie radę. Drugiej odebrano ostrze, przyjmując, że w razie sprzedaży »*qui pretio fruitur... fruitur*«, w razie zaś darowizny lub najmu ktoś inny używa *nomine* użytkowcy, co wystarczy do utrzymania prawa. Niepozbywalność użytkowania uznaje wprowadzić i kompilacja, która wprowadza tę tylko nowość, że z pozbyciem wiąże skutek ujemny tj. utratę prawa, podczas gdy w prawie klasycznym akt jest zupełnie bez skutku; już atoli za klasyków uznawano możliwość odstąpienia wykonania tak, że prawo zostaje u użytkowcy, ale kto inny używa rzeczy i pobiera owoce. Konstrukcja ta była usprawiedliwiona, bo choć i przy przeniesieniu prawa czas trwania prawa nabywcy musi w myśl prawideł sukcesyi stosować się do granic prawa auctora, to przecież obowiązki, które w Rzymie wynikają z złożonej przez użytkowcę kaucyi, zarówno jak sam obowiązek do złożenia właścicielowi kaucyi, ani *ipso iure* nie przechodzą na nabywcę, ani nawet nie mogą być na niego przeniesione, o ile właściciel na to się nie zgodzi, w tych zaś warunkach trudno nabywcę uważać za nowego użytkowcę w miejsce dawnego. Konstrukcja traci jednak rację bytu, skoro się obowiązki użytkowcy pojmie jako ciążące na nim z woli ustawy, bez pośrednictwa kaucyi; można wówczas bez trudności przenieść je na nabywcę, a tem samem dać mu stanowisko nowego użytkowcy. Prawo rzymskie zbliża się do owego pojmowania już za klasyków: nie też

dziwnego, że emtor ususfructus uzyskuje dzięki pretorowi ekscepcję wobec skargi użytkowcy i skargi właściciela, prawdopodobnie także actionem utilem, i że w przypadku »si legatum mihi usumfructum rogatus sum tibi restituere«, pretor po restytucji traktuje jako uprawnionego tylko tego, komu użytkowca w myśl rozporządzenia spadkodawcy prawo swe odstąpił. W prawie Justyniańskim i w prawach dzisiejszych nie widzę przeszkody, któraby wykluczała przeniesienie użytkowania; choćby jednak nabywcy przyznać nie można prawa rzeczowego, można odstąpić mu wykonanie drogą obligacyjną, w szczególności zapomocą kontraktu najmu z obowiązkiem opłaty czynszu. Na tej podstawie pobiera często rzymski użytkowca »fructus civiles« już w czasach klasycznych; jeżeli puszczone w dzierżawę użytkowanie zgaśnie przed upływem terminu kontraktowego, wówczas kontrakt ani nie zobowiązuje właściciela, ani nie daje mu prawa do czynszu, a także w stosunku między kontrahentami stosują się zwyczajne prawa najmu-dzierżawy, w myśl których n. p. w razie śmierci użytkowcy dziedzicom jego należy się od dzierżawcy pełny czynsz za rok ostatni, jeżeli dzierżawca zebrał z tego roku pełne plony (rozstrzygnięcie tych kwestii musi wypaść inaczej, jeżeli prawo pozytywne — jak to czynią nieraz prawa nowoczesne — uznaje moc wiążącą kontraktu, zawartego przez użytkowcę, także wobec właściciela, albo też czynszu nie uważa jedynie za ekwiwalent owoców). Z szczególnych przypadków wspomnę tylko o użytkowaniu na niewolniku. Tu należy do użytkowcy to, co niewolnik nabędzie ex opera sua vel ex re fructuarii, reszta nabytków przypada właścicielowi. Zarobek niewolnika to fructus, nabycie ex re fructuarii należy do uti, albowiem niewolnik służy użytkowcy za narzędzie; in concreto atoli oznaczenie granic sfery właściciela i użytkowcy nie było łatwe i nasuwało jurystom liczne wątpliwości. Co do ususfructus gregis p. wyżej s. 49.

d) Tam, gdzie się kończą prawa użytkowcy, zaczynają się prawa właściciela. Ma on wprawdzie tylko t. zw. dziś nudam proprietatem, ale tem prawem może dowolnie rozporządzać, więc pozbyć, obciążyć hipoteką, ustanowić służebność, która nie dotyka praw użytkowcy np. altius non tollendi. Nie może skutecznie dokonać aktu, któryby uszczuplał użytkowanie np. wyzwolić niewolnika, zrzec się służebności gruntowej lub ustanowić taką, któraby użytkowcę ograniczała; nawet zgoda użytkowcy nie wystarczy w czasach klasycznych do nadania aktowi skuteczności według ius civile, albowiem w formie aktu nie da się pomieścić. W sferze faktu właściciel jest posiadaczem, użytkowca tylko dzierżycielem; utiliter jednak dostaje użytkowca interdykta,

w szczególności unde vi »si uti frui prohibitus esse dicetur«, i uti possidetis z formułą »uti utimini fruimini«, które służą mu także przeciw właścicielowi. Zapewne już po epoce klasycznej dorobiono do tego iuris possessionem; w kompilacji użytkowca występuje także jako posiadacz, któremu interdykta possessoryjne służą już jako directa, bez zmiany brzmienia, choć posiada prawo, nie rzecz. To też właściciel rozporządza faktycznie rzeczą tylko w nader szczupłych granicach (fundum vel aedes per saltuarium vel insularium custodire potest i t. p.); główna treść nudae proprietatis leży w tem, że właściciel może wystąpić przeciw użytkowcy, gdyby ten obowiązków swych nie wypełniał. Jeżeli użytkowca pozytywnie rzecz niszczy lub zmienia, wogóle jeżeli pozytywnem działaniem przekracza granice swego prawa, właściciel ma skargi z własności; skargi te wymagają jednak dowodu własności, a niedopisują zupełnie, gdy użytkowca grzeszy brakiem staranności np. zaniedbuje koniecznych napraw. Brakom tym zapobiegł pretor w podobny sposób, jak przy cautio damni infecti. Przy zapisie użytkowania edykt nakłada na użytkowcę obowiązek złożenia kaucyi, a obowiązek ten, rozszerzony później na inne przypadki, wymusza się w ten sposób, że przed złożeniem kaucyi nie daje się użytkowcy skargi, gdyby zaś dostał już był rzecz bez kaucyi, pozwala się właścicielowi windykować tę rzecz z pełnym skutkiem lub też — innowacya Justyniańska — dochodzić kaucyi drogą skargi. Myśl ta wyzwala się później z początkowej techniki. Już edykt zdaje się potem przyrzekać właścicielowi bez kaucyi taką skargę przeciw użytkowcy, jak gdyby kaucya była złożona, a w prawie Justyniańskim mamy niewątpliwie zupełnie przypadki, w których odpada obowiązek kaucyi, mimo tego zaś stanowisko prawne użytkowcy żadnej nie doznaje zmiany. Kaucję zastępuje tedy obligacya ex lege, ciążąca na użytkowcy jako takim z woli ustawy, tworząca istotną część składową jego prawnego stanowiska; że już klasycy tak rzecz pojmowali, za tem przemawia zd. m. fakt, iż użytkowca może według źródeł zwolnić się od obowiązku naprawy przez ustąpienie z użytkowania, a zasada ta wydaje mi się klasyczną, choć ustępy dotyczące (D. h. t. 48 pr., 64, 65 pr.) noszą wyraźne ślady ręki kompilatorów. Zasada ta nie godzi się z techniką kaucyi, harmonizuje natomiast doskonale z konstrukcją obligacyi, związanej z użytkowaniem, przy której skarga przybiera charakter actionis in rem scriptae. Treść kaucyi względnie obligacyi obejmuje w prawie klasycznym trzy punkta: usum fructum boni viri arbitrato, dolum malum abesse afuturumque esse, wreszcie id, quod exstabit, finito usufructu restitutum iri. Użytkowca odpowiada tedy za wszelką zawinioną szkodę, także za nie-

dbalstwo np. za utratę służebności gruntowej *non utendo*; juryści użytkowali »arbitratu boni viri« w tym także celu, by koszta utrzymania rzeczy i związane z nią ciężary rozłożyć odpowiednio między interesowanych. Tak powstają reguły, że użytkowca ponosi drobne naprawy, większe właściciel, że użytkowca płaci *stipendium* czy *tributum rei* i inne daniny prawa publicznego np. *ad collationem viae*, *ob transitum exercitus* i t. p., że na niego spadają także pewne ciężary prywatno-prawne, mianowicie czynsz ziemny (*solarium*) i renty na cele alimentacyjne (I. 316). Widoczna w tem dążność, by *fructus* zredukować do tego, co tworzy czysty dochód dla właściciela; konsekwentnie wypadałoby nałożyć użytkowcy odsetki od długów hipotecznych, ale krok ten zrobiło dopiero prawo dzisiejsze, co tłumaczy się właściwościami rzymskiej hipoteki. Dodać należy, że źródła zalecają przy rozpoczęciu użytkowania »in testatum redigere qualis res sit«; zapobiega to sporom, gdy przyjdzie do zwrotu rzeczy.

240. Co do nabycia, utraty i ochrony obowiązują naogół takie prawidła, jak przy służebnościach gruntowych — objaw jednorodności natury tych praw, który już juryści klasyczni należycie oceniali. W szczególności:

a) *Iure civili* powstaje *ususfructus* najczęściej przez zapis, *inter vivos* przez *in iure cessio* lub zastrzeżenie (*deducere*) przy *in iure cessio* lub *manypacji*, wreszcie przez przysądzenie przy dziale *iudicio legitimo*. Po czasach klasycznych pojawiają się przypadki powstania z woli prawa; najważniejszy to *ususfructus paternus* na bona *adventicia* dziecka pod władzą (I. 274), gdzie ojciec jest zarazem administratorem i jako taki może w pewnych granicach rozporządzać substancją. Prawo pretorskie odgrywa podobną rolę, jak przy służebnościach gruntowych; zastosowanie tradycji (*inducere in fundum fructuendi causa*) i oparta na tej podstawie *actio utilis* dadzą się tu źródłowo stwierdzić już u klasyków, choć dopiero kompilacya uznaje je zupełnie ogólnie. Zasiadzenie użytkownika nie jest zapewne pochodzenia klasycznego; stanowczo do kompilatorów należy dana użytkowcy *Publiciana*.

b) Użytkowanie gaśnie przede wszystkim przez zrzeczenie się, do którego w prawie klasycznym trzeba aktu formalnego, według kompilacyi wystarczy nawet jednostronne nieformalne oświadczenie. Gaśnie również przez zgnięcie rzeczy; jeśli rzecz dostała się *in potestatem hostium*, *ius postliminii* utrzymuje dawny stan prawny nie tylko co do gruntu, lecz także co do ruchomości, które służyć mogą do użytku w wojnie. Przyczyną zgaśnięcia jest następnie zjednoczenie z własnością, zwane tu *consolidatio*; przy niem występuje w pra-

wie klasycznym myśl, że mimo zjednoczenia traktować można użytkowanie jako nadal istniejące w stosunku do trzecich, co ma dużą praktyczną doniosłość np. przy zastawie na użytkowaniu (tego przypadku źródła nie rozstrzygają). *Non utendo* traci się użytkowanie w dawnym prawie po roku lub dwóch latach według tego, czy przedmiotem jest ruchomość czy nieruchomości, za Justyniana po 10 względnie 20 latach; i tu chodzi o to, by stan obciążenia wystąpił na zewnątrz, wystarczy przeto do przerwy »*si servus fugitivus fructuario aliquid stipulatur*«, choćby był w posiadaniu trzeciego. Szczególnymi przyczynami zgaśnięcia są przy *ususfructus paternus* zgaśnięcie *patriae potestatis*, wogóle zaś *rei mutatio* (wyżej s. 142) oraz śmierć lub *capitis deminutio* użytkowcy. Zgaśnięcie przez odpadnięcie podmiotu uznawali klasycy bez zastrzeżeń, także co do osób prawnych. Prawo Justyniańskie wprowadza modyfikacje: z jednej strony użytkowanie osób prawnych ogranicza do stu lat, z drugiej pozwala ustanowić tę służebność także dla dziedziców użytkowcy. W tym ostatnim przypadku zachodzi ustanowienie większej ilości odrębnych praw tak, że dziedzice będą użytkowcami *iure proprio*, nie *iure hereditario*; *in dubio* atoli trzymać się należy reguły, według której użytkowanie kończy się z śmiercią uprawnionego (tak C. 3, 33, 14 w przypadku, gdy komuś zapisano *nudam proprietatem*, nie oznaczając, kto ma być użytkowcą; w prawie klasycznym nie brakło głosów, które zapis uważały za bezskuteczny, Justynian natomiast postanawia, że użytkowcą ma być dziedzic, a po jego śmierci legataryuszowi dostaje się własność nieograniczona). *Capitis deminutio* — przed Justynianem także *minima* — stoi na równi z śmiercią, i to także w sferze prawa pretorskiego (I. 69); w praktyce zapobiegano tej utracie, niezgodnej z alimentacyjnym celem, zapisując tej samej osobie ponownie użytkowanie (*quotiens capite minutus erit, ei lego*).

c) Główna skarga użytkowcy to *vindicatio ususfructus*, oznaczana w kompilacyi również jako *confessoria*. Wnieść ją może użytkowca *iuris civilis*, utiliter także nabywca *iure praetorio* i — prawdopodobnie już w prawie klasycznym — ten, komu istniejące użytkowanie odstąpiono. Pozwany może być każdy, kto prawa użytkowcy narusza, w pierwszym rzędzie ten, kto ma rzecz w rękach, w którym to przypadku proces klasyczny stosuje prawidła *rei vindicationis* (przy *translatio possessionis* w miejsce interdyktu »*quem fundum*« wchodzi »*quem usumfructum*«). Wobec naruszeń częściowych skarga przybiera charakter *negatoriae*; w prawie Justyn. można ją wnieść także jako *Publicianam*, jeżeli rzekome użytkowanie ustanowił *non dominus*. Ochronę *per interdicta* wspominałem już poprze-

dnio; sprowadzenie jej do myśli, że użytkowca ma posiadanie prawa, nie pochodzi zapewne i tutaj od klasyków, choć jest niewątpliwie rozwinięciem wyobrażeń, które prawu klasycznemu nie były obce. O ile użytkowca może korzystać z innych środków prawnych, przeznaczonych dla właściciela, wyjaśniono przy omawianiu tych środków.

241. Drugą służebnością osobistą prawa rzymskiego jest używanie (*usus*). Powstaje zazwyczaj przez zapis i ma najczęściej za przedmiot dom; daje prawo osobistego używania cudzej rzeczy stosownie do jej dotychczasowego przeznaczenia gospodarczego. Treść ta uległa jednak modyfikacyom. Już u klasyków *usus* z jednej strony sięga poza osobiste korzystanie, bo użytkownik domu może w nim mieszkać z rodziną, z niewolnikami i służbą najemną oraz przyjmować przyjaciół w gościnę, z drugiej wychodzi poza granice *uti*, bo użytkownikowi wolno z gruntu brać i drzewo na codzienną potrzebę i jarzyny i owoc z drzew, co Rzymianie odróżniali może od *frui* (ziemiopłody), co jednak w rzeczywistości stanowi już *fructus* i różni się od praw użytkowcy tylko ilościowo. Kompilacja idzie jeszcze dalej: z jednej strony pozwala nawet wynająć część budynku, w którym użytkownik mieszka, z drugiej przyznaje mu z wszystkich owoców *»quod ad victum sibi suisque sufficiat«* i pozwala mu sprowadzać je w tej ilości z gruntu obciążonego do miasta. Wskutek tych zmian, które uczeni z bujną wyobraźnią próbowali przypisać wpływowi chrześcijaństwa, rozstrzygnięcia źródeł nie harmonizują z sobą: tak np. przy *usus gregis ovilis* odmawiają użytkownikowi prawa do wełny, przy *usus servi* nie pozwalają wynająć niewolnika do roboty i zostawiają użytkownikowi tylko nabytki niewolnika *ex re eius*, zaznaczając zresztą, że może nałożyć niewolnikowi mercedem zamiast roboty, w innych znów ustępach przyznają mu bez zastrzeżeń *frui* w granicach osobistych potrzeb — myśl, która przeważa także w dzisiejszym prawie. Zresztą obowiązują przy *usus* podobne zasady, jak przy użytkowaniu, a ściślej osobista natura pierwszego objawia się tylko w trzech punktach: nie można go ustanowić dla osoby prawniczej, nie można go odstąpić nawet co do wykonania, nie można przy nim mówić o podziale i tworzyć *partes*, bo choć kolizja praw używania na jednej rzeczy nie jest wykluczona i choć do uregulowania jej juryści dają *aonem communi dividundo*, to przecież każde prawo ma inną treść, co nie pozwala operować tu pojęciem jednego wspólnego prawa. W prawie Justyniańskim spotykamy nadto dwie szczególne odmiany używania: *habitatio* i *operae hominis vel animalis*. *Habitatio* opiera się na częstym w Rzymie zapisie, którym budynek przeznaczono komuś na mieszkanie. W prawie klasycznym pojmowano to albo jako użytko-

wanie albo jako używanie, co zależało zapewne nie tylko od indywidualnego zapatrywania jurysty, lecz także od słów spadkodawcy (*domus usumfructum habitandi causa; habitationem*), a rozstrzygało o ważnej sprawie, czy uprawniony może dom wynająć, czy nie. Justynian nie dotyka przypadków, w których zapis mówi o *»usus«*; jeżeli jednak zapisano *»habitationem«* lub *»habitationis usumfructum«*, wówczas obowiązywać mają szczególne normy. Legataryusz taki nie może odstąpić mieszkania bezpłatnie (inaczej użytkowca), może je jednak w całości wynająć (inaczej użytkownik), a prawo jego nie gaśnie ani skutkiem *capitis deminutio*, ani też *non utendo*, co zresztą jest tylko prawidłem interpretacyjnym, znanem może już klasykom. W ten sposób powstaje nowy typ służebności osobistej, którego odrębność starają się utrzymać także nowoczesne ustawodawstwa; może on powstać także *inter vivos*, choć w źródłach mamy jeden tylko przypadek (list wychowanka ad Nicostratum rhetorem u Papiniana D. 39, 5, 27: *»quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti«*), i to taki, w którym nie użyto cywilnej formy, obdarzony dostaje przeto tylko interdikt. Zapis *operae servi* traktuje Julian jako *usus*; widoczne są jednak ślady innego pojmowania, które zdaje się wykluczać prawo rzeczowe i traktuje legataryusza tylko jako wierzyciela t. zn. pozwala mu żądać od dziedzica, by mu usługi zostawił do dyspozycji. Wierzytelność nie gaśnie ani *non utendo*, ani przez *capitis deminutio*; i ci jednak, którzy widzieli tu *usus*, uznawali zapewne tę zasadę jako prawidło interpretacyjne. Justynian przyjmuje prawo rzeczowe, skoro w księdze *Digestów* o służebnościach osobistych tworzy odrębny tytuł *»de operis servorum«*; treść oznacza jednak w ten sposób, że legataryuszowi wolno pracę niewolnika wynająć, co przyjmowali przedtem ci tylko juryści, którzy z zapisu wywcdzili wierzytelność. *Operae servi* i raz w źródłach wspomniane *operae animalis* zbliżają się przez to do *habitationis*; różnica polega w tem, iż tu *»legatarius ad heredem suum legatum transmittit«*, co wzięto również z konstrukcji wierzytelności. Do praw nowoczesnych odmiana ta nie przeszła.

IV. Dzierżawa wieczysta.

242. Za republiki jeszcze, po rozpowszechnieniu się systemu municypalnego, spotykamy w Italii liczne gminy jako właścicielki znacznych obszarów. Zwykłym sposobem wyzyskiwania ich jest dzierżawa; ponieważ krótkoterminowa jest mniej wygodna dla admini-

stracyi, a grozi gospodarką rabunkową, stosuje się często dzierżawę długoterminową, czy in annos centenos pluresve, czy »ea lege, ut quamdiu vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur« (Gaius 3, 145). Dziedziczność odróżnia ją wybitnie od ówczesnej zwykłej dzierżawy, przy której »heres coloni colonus non est«; nadto może taki dzierżawca na długi termin prawo swe sprzedać lub zastawić. Pretor daje mu actionem in rem, zapewne i z tego względu, by gmina nie potrzebowała występować w jego obronie: tak tworzy się nowy typ prawa rzeczowego, ius in agro vectigali. Gmina pozostaje właścicielką, ma zatem obok skarg obligacyjnych także skargi z własności, przedewszystkiem rei vindicationem, prawdopodobnie także negatorium czy prohibitorium (świadcstwa źródłowego brak). I dzierżawca ma jednak ochronę in rem, a ze względu na gospodarczą zawartość swego prawa stanowisko bardzo bliskie własności. Zbliżenie objawia się i w tem, że dzierżawca nabywa owoce separatione, i w tem, że korzysta z skarg właściciela (communi dividundo, vindicatio servitutis i t. p.); uznaje go się też za posiadacza rzeczy i rozciąga nań ochronę possessoryjną (jego Publiciana jest bezwątpienia dopiero tworem kompilacyi). Wszystkie te okoliczności — może w połączeniu z tem, że dzierżawca przy objęciu dzierżawy płaci jednorazowo wkupne — wywołują nawet wątpliwość, czy kontrakt dotyczący jest jeszcze najmem, czy kupnem prawa rzeczowego; za czasów Gaja jest ona już na rzecz dzierżawy rozstrzygnięta. Cesarstwo stosuje taką dzierżawę jako środek techniczny przy tworzeniu fundacyi (I. 315 n.); być może, że posługują się nią także co do swych gruntów kolegia kapłańskie; czy natomiast prywatni mogą oddawać ziemię w dzierżawę wieczystą, wydaje mi się więcej niż wątpliwe, nie tylko dlatego, że źródła o tem milczą, lecz i dla tej przyczyny, że pierwowzoru stosunku szukać zd. m. należy w prawie publicznym, przy rzymskim ager publicus w Italii. Stąd pochodzi vectigal, a ślady pochodzenia zatrzymuje jeszcze i wtedy, gdy przybiera charakter czynszu dzierżawnego; może on być nałożony na rzecz gminy, która albo z dawniejszych czasów zachowała resztę praw zwierzchniczych, albo przy municypalizacyi uzyskała pewien ich ułamek, da się z tego punktu widzenia wytłomaczyć przy kolegiach, byłby radykalną innowacyą na korzyść prywatnych.

243. Wiadomo, że już za republiki przyjęła się teoria o własności populi Romani na gruncie prowincjonalnym. Populus ma przeto prawo do opłaty za pozwolenie używania; nie wynika stąd jednak, by opłata mieć musiała naturę czynszu dzierżawnego, bo równie dobrze uważać ją można za podatek gruntowi prowincyi nałożony,

więc za ciężar publiczno-prawny. W tym ostatnim charakterze występuje vectigal przy agri redditu (I. 35), wskutek czego stosunek posiadacza do gruntu przedstawia się tutaj jako własność (oczywiście prowincjonalna; p. wyżej s. 7), nie jako dzierżawa czy ius in re aliena; podobnie przedstawia się rzecz i tam, gdzie ziemia nie tylko teoretycznie, lecz i praktycznie przeszła na własność populi, a stamtąd na własność prywatnych, np. przy gruntach należących ongi do zwyciężonej civitas, przy gruntach odebranych dawnym panom lub przez pana porzuconych i t. p., których znaczne obszary już republika, później cesarstwo, oddawały na zawsze prywatnym. Taki »ager privatus vectigalisque« jest wprawdzie obciążony podatkiem (nieliczne wyjątki stwierdzają regułę), a w razie dłuższego zalegania z opłatą wraca do państwa, ale stanowi pomimo tego własność prywatną. Do tej samej kategorii zaliczyć należy zd. m. za cesarstwa, w początkach upadku gospodarczego, agros rudes et derelictos, coraz to częstsze tak na ziemi populi, jak i w majątkach fiskalnych czy cesarskich, a okupowane przez chętnych do uprawy na podstawie wezwania czy upoważnienia władzy. Okupant zwie się wprawdzie colonus, a stanowisko jego mogłoby być pojęte jako dzierżawa (wyżej s. 34); traktowane jest jednak w źródłach z 2. wieku jako własność, która ponosi podatki (po upływie lat zwolnienia), a takie pojmowanie objawia się i w tem, że nie brak śladów jeśli nie podwyższania opłat, to przynajmniej chęci podwyższania, podczas gdy dzierżawie wieczystej odpowiada czynsz niezmienny. Nie jest to jednak jedyna forma eksploatacyi ziemi publicznej. Co do gruntów uprawnnych przeważa zapewne drobna dzierżawa krótkoterminowa, z której wytwarza się później kolonat (I. 97 n., 151 n.); bezwątpienia istnieją także przypadki dzierżawy wieczystej (ius perpetuum), lubo zd. m. początkowo tylko sporadycznie, bo czynniki publiczne — fiskus w pierwszym rzędzie — wolą własność prywatną, niż dzierżawę z ustalonym raz na zawsze czynszem. W miarę jednak, jak drobni dzierżawcy uciekają z gruntu, drobna i średnia własność skutkiem przeciążenia wraca do państwa, a skutkiem tych zjawisk rośnie obszar ziemi nieuprawnej, tworzą się nowe formy prawne. Już wcześniej przy gruntach, które choć jeszcze nieuprawne, nadawały się przecież do kultury, stosowano za wzorami hellenistycznymi umowę emfiteutyczną (φτεούσιον = uprawiać), stwierdzoną przedewszystkiem w zakresie patrimonium principis. Choć konstytucye cesarskie, odnoszące się do tego stosunku, nie grzeszą jasnością (I. 163), wynika z nich przecież, że szło tu o dzierżawę pod warunkiem kultury, nie mającą bynajmniej charakteru wieczystego, owszem, opartą na założeniu, że gdy ziemia

dojdzie do pełnej wartości, natenczas oddający w dzierżawę będzie mógł poszukać sobie lepszego dzierżawcy. Via facti stosunek ten zaczyna się przedłużać z tych samych przyczyn, które podkopują drobną i średnią własność; kiedy zaś administracya cesarska zmuszona została oprzeć się na wielkiej własności (I. 152), przychodzi do kompromisu. Polega on na tem, że z jednej strony oddając ziemię w dzierżawę emfiteutyczną przyznaje się dzierżawcy prawo wieczyste z czynszem raz na zawsze obniżonym, z drugiej zaś strony pierwiastki emfiteutyczne przenikają do dziedziny własności prywatnej i dotychczasowej dzierżawy wieczystej (*ius perpetuum*), albowiem nabywcom względnie dzierżawcom zapewnia się względnie pozostawia niezmienną opłatę, ale jednym i drugim nakłada się obowiązek uprawy »ad privatum pariter publicumque compendium«; obowiązek ten spotykamy zresztą już dawniej, w 2. wieku, przy okupacji owych »agri rudes«, a obecnie wprowadza go się przy każdym oddaniu ziemi publicznej na własność czy w dzierżawę wieczystą, przyczem sankcye stanowi dopuszczenie okupacji także co do zaniedbanej ziemi prywatnej (wyżej s. 34). W ten sposób przyjmuje się w praktyce nowa postać kontraktu, a na jej podstawie szerzy się po prowincyach *ius emphyteuticarium*, zbliżone do rozpowszechnionego jeszcze w Italii *ius in agro vectigali*, od którego różni się dogmatycznie tylko obowiązkiem kultury, gospodarczo tem, że obejmuje wielkie obszary i stanowi monopol wielkiego kapitału. Stosowane początkowo tylko na ziemi panującego i fiskusa, przenosi się rychło na posiadłości gmin i kościołów prowincyi, wreszcie także do prywatnych latifundyów. W tym stanie rzeczy wypływa znów wątpliwość, czy kontrakt taki uważać za dzierżawę, czy za pozbycie; rozciaga ją pod koniec 5. wieku cesarz Zeno, stanowiąc (C. 4, 66, 1): »*ius emphyteuticarium tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum*«. Dzierżawca tego typu musiał oczywiście mieć skargę bezwzględną; prawo Justyniańskie równa stosunek z *ius in agro vectigali*, dodając w napisie tytułu D. 6, 3, gdzie mówi o *ager vectigalis*, słowa »*id est emphyteuticarius*«, a przez to rozciąga na emfiteuzę klasyczne prawidła i stara się tylko uzupełnić je dokładniejszym uregulowaniem tych kwestyi, które się łączą z obowiązkiem uprawy, więc prawu klasycznemu były obce. Justyniańska emfiteuza tworzy w średnich wiekach główną podstawę do konstrukcyi własności podzielonej (wyżej s. 4).

244. Justyniańska dzierżawa wieczysta jest prawem na rzeczy cudzej. Jest jednak dziedziczna i pozbywalna, a treść prawa jest tak szeroka (*paene domini loco*), że własność niemal zupełnie uchyla. Do-

dogmatycznie możnaby uważać ją za własność związaną z pewnymi obowiązkami obligacyjnymi (czynsz), która pod pewnymi warunkami wraca *ipso iure* do poprzedniego właściciela, ale prawo rzymskie tak rzeczy nie pojmuje i obowiązki emfiteuty uważa za obowiązki wobec właściciela, nie za obowiązki właściciela. Główny obowiązek to płacenie czynszu (*canon*, *pensio*, *vectigal*); przy emfiteuzie prywatnej emfiteuta ponosi nadto ciężary publiczne. Czynsz jest niski, ale należy się także w latach nieurodzaju (inaczej przy zwykłej dzierżawie); obowiązek przechodzi na każdego nabywcę jako obligacya związana z prawem, co tłumaczy się początkowym charakterem ciężaru publicznego; czy nabywca odpowiada także za zaległości, nie da się na podstawie źródeł rozstrzygnąć. Co do praw dzierżawcy przypomnieć należy, że owoce nabywa *separatione* i że może ustanawiać służebności, które zresztą gasną wraz z jego uprawnieniem; może on nadto rzecz obciążyć zastawem oraz oddać w emfiteuzę. W gospodarowaniu ma w zasadzie swobodne ręce; właściciel jako taki wystąpić może tylko przeciw pogańszaniu rzeczy, do czego w prawie Justyn. obok skargi obligacyjnej służy mu niewątpliwie i *negatoria*, nie może natomiast zmusić dzierżawcy do uprawy, albowiem sankcye tego obowiązku tworzą przepisy o *agri deserti*, a wobec pana istnieć on może tylko na podstawie kontraktu, jeżeli się w nim znajduje takie postanowienie. Skargi emfiteuty są takie same, jak przy *ius in agro vectigali*; w prawie Justyniańskim możnaby go wprawdzie traktować jako posiadacza prawa, nie posiadacza rzeczy, ale źródła nie zmuszają do przyjęcia, że taka zmiana istotnie nastąpiła. Z sposobów powstania emfiteuzy najważniejszym jest kontrakt z właścicielem (przy ustanowieniu a *non domino* kompilacya daje nabywcy skargę Publicyańską). Kontrakt nie wymaga formy, o ile prawo pozytywne nie wprowadza wyjątku, jaki np. zna prawo Justyniańskie przy emfiteuzie kościelnej; czy oprócz samej umowy potrzeba do powstania prawa rzeczowego tradycyi (w rozumieniu Justyniańskim), jest w nauce sporne. Oprócz tego może dzierżawa wieczysta powstać przez zapis, w prawie Justyniańskim zapewne także przez zasiedzenie. Istniejąca przechodzi *mortis causa* na dziedzica względnie legataryusza; *inter vivos* może być przeniesiona przez umowę, przez orzeczenie sędziego działowego, wreszcie przez rozporządzenie władzy (*cautio damni infecti*). Przy przeniesieniu umownem konieczna jest tradycya; przenoszący winien nadto zawiadomić właściciela o pozbyciu i podać mu umówione warunki, albowiem właściciel może w ciągu dwóch miesięcy zażądać pierwszeństwa t. zn. przejąć dzierżawę na takich samych warunkach i uzyskać w ten sposób własność nieograniczoną,

o ile zaś nabywcę przyjmie w miejsce dotychczasowego dzierżawcy, ma prawo do 2% od ceny kupna względnie wartości emfiteuzy (t. zw. *laudemium* albo *quingagesima*). Są to pozytywne przepisy Justyniana; historyczna ich podstawa sięga jednak do początków emfiteuzy, kiedy dzierżawca miał tylko prawo osobiste, a wprowadzić kogoś innego w swe miejsce mógł tylko za zgodą właściciela. Przyczyny zgaśnięcia, jakie spotykamy przy wszystkich *iura in re aliena*, skutkują tak samo i przy emfiteuzie. Czy emfiteuza gaśnie przez upływ czasu i pod jakimi warunkami (*non utendo? usucapio libertatis?*), na to źródła nie dają odpowiedzi; może natomiast zgasnąć skutkiem t. zw. dziś *«privatio»* z strony właściciela. Zachodzi to w razie trzyletniej zwłoki z zapłatą kanonu lub danin prawa publicznego, dalej w przypadku, gdy emfiteuta nie zastosował się do przepisów obowiązujących przy pozbyciu np. zaniedbał doniesienia lub podał fałszywie warunki umowy, wreszcie — przy emfiteuzie kościelnej — jeżeli grunt dzierżawny pogorszył; zaniedbanie uprawy uzasadnia *privationem* tylko wówczas, jeżeli tak było postanowione w kontrakcie. Konstrukcja *privationis* nie jest w źródłach określona; można ją pojmować albo w ten sposób, że w razie ziszczenia się podanych poprzednio warunków prawo dzierżawcy gaśnie *ipso iure* i skutkiem tego właściciel może byłego dzierżawcę usunąć, albo też w ten sposób, że prawo dzierżawcy gaśnie dopiero wówczas, gdy właściciel oświadczy, iż mu dzierżawę odbiera.

V. Prawo powierzchni.

245. Już za republiki trafiało się często, że na gruncie publicznym osoba prywatna stawiała za pozwoleniem państwa budynek. Stawał on się jako część gruntu rzeczą publiczną; budujący miał tylko prawo korzystania z rzeczy publicznej, za co państwo nakładało na niego opłatę (czynsz ziemny, *solarium*), dając mu ochronę administracyjną; mógł on zapewne także prawo swe przenieść na kogoś innego, a państwo i nabywcę utrzymywało przy używaniu, byleby *solarium* płacił. Podobnie traktowano i przypadki, gdy prywatna osoba z góry umawiała się z państwem o wysokość opłaty za pozwolenie na wystawienie budynku i na korzystanie z niego; umowa taka treścią swą zbliżała się do kontraktu najmu, ale jako akt państwa stała poza granicami prawa prywatnego. Kiedy jednak umowy takie zaczynają z prywatnymi zawierać gminy, u których przyjmuje się osobowość prawniczą, a które w tego rodzaju kontraktach mają środek do prowadzenia polityki budowlanej, stosunek cały przechodzi

w dziedzinę prawa prywatnego, a wchodzi do niej bez reszty, odkąd umowy takie zawierają także prywatni między sobą. Układ o superficies jest umową najmu, o tyle tylko odrębnie traktowaną, że — przynajmniej przy gruntach gminnych — umowne prawa i obowiązki przechodzą na dalszych nabywców prawa powierzchni; *lex locationis* może jednak i tutaj stosunek uregulować inaczej np. dać budującemu tylko prawo dożywotnie, a za to zwolnić go od *solarium «cum plus... respublica nostra postea consecutura sit»* (C. I. L. 10, 1783). Według zasad rzymskich kontrakt najmu stwarza prawa i obowiązki obligacyjne tylko między kontrahentami, z czym nie godzi się przejście ich na nabywcę pod tytułem szczegółowym. *Dominus soli* mógłby tedy odebrać rzecz takiemu nabywcy; prawo pretorskie daje mu jednak ochronę. Zapewnia mu przedewszystkiem wobec skargi właściciela ekscepcję *secundum legem locationis* t. zn. o ile płaci *solarium*, a oprócz tego daje mu interdykt, ukształtowany na wzór *uti possidetis*, w którym zapewnia ochronę faktycznego *frui ex lege locationis nec vi nec clam nec precario*; zakwestyonowano wprowadzić w nowszych czasach klasyczność tego środka, ale wobec tego, że klasyczna superficies jest prawem wieczystem i że juryści poruszają nawet wątpliwość, czy kontrakt dotyczący nie jest kupnem, trudno przypuścić, by taki uprawniony miał tylko ochronę *ope exceptionis*. Czy edykt zna także *actionem in rem*, jest wątpliwe, bo rzekomy cytat w D. 43, 18, 1 pr.: *«si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo»* pochodzi od kompilatorów; mimo tego jednak sądzę, że *actio in rem* przyznana była superficiesariuszowi pod pewnymi warunkami już w prawie klasycznym, albowiem źródła (eod. 1, 4) powołują się na istnienie skargi, by uzasadnić udzielenie ekscepcji *in factum*, co więcej zaś, już prawo klasyczne pozwala superficiesariuszowi korzystać z pewnych skarg właściciela (np. *communi dividundo*) tudzież ustanawiać służebności gruntowe i prawa zastawu. Justynian rozszerza zakres środków prawnych superficiesariusza, bo pozwala mu windykować *servitutes*, dokonać *op. novi nuntiatio* i t. p.; jego dziełem jest także wprowadzenie pojęcia posiadania prawa powierzchni i przemiana interdyktu w środek *possessoryjny*, za czem poszło zapewne zastosowanie do powierzchni interdyktów *recuperandae possessionis*.

246. Wykształcone w ten sposób prawo powierzchni podlega co do powstania i przeniesienia takim samym prawidłom, jak wieczysta dzierżawa; różnica jest tylko ta, że przepisy o zawiadomieniu właściciela w razie pozbycia i t. d. przy superficies nie obowiązują. Przyczyny zgaśnięcia są te same, co przy wszystkich *iura in re aliena*; podnieść atoli należy, że zburzenie lub zawalenie się budynku nie

niszczy przedmiotu prawa, bo superficyaryusz może wystawić budynek nowy i mieć będzie na nim prawo powierzchni. Privatio może być przewidziana w kontrakcie; jeżeli kontrakt o tem milczy, prawo do privatio jest wątpliwe nawet w przypadku dłuższej zwłoki z płaceniem czynszu. Środki prawne superficyaryusza omówilem poprzednio; kompilacya przewiduje także skargę Publicyańską w razie nabywania od nieuprawnionego. Przedmiotem powierzchni może być także część budynku; treść prawa jest w każdym razie jeszcze bliższa własności, niż przy emfiteuzie, bo superficyaryusz nie ma nawet obowiązku do utrzymywania rzeczy w należyтым stanie, a winien tylko płacić solarium i ponosić ciężary publiczne (obowiązki te przechodzą na nabywcę tak samo, jak przy emfiteuzie). Jeżeli tedy już przy emfiteuzie można dogmatycznie bronić tezy, że emfiteuta jest właścicielem, tembardziej można ją podtrzymywać przy powierzchni, gdzie istotnie myśl gospodarcza jest ta, że superficyaryusz ma dostać własność budynku, a myśl ta przyobleka się w kształt iuris in re aliena tylko dlatego, ponieważ według rzymskich pojęć budynek jest dla prawa jedynie częścią zabudowanego gruntu (I. 317 n.). Skoro się to pojęcie odrzuci (jak to czyni np. nowe prawo niemieckie), superficies staje się własnością budynku, złączoną z prawem korzystania z cudzego gruntu pod budynek. I w nowszych jednak prawach spotykamy jeszcze przepisy oparte na rzymskich założeniach, i to nawet wówczas, gdy się w interesie ogółu dąży do tego, by ułatwić powstawanie budynków na cudzym gruncie, jak np. austr. ustawa o prawie budowl. Odbiegają one od wzoru Justyniańskiego tylko o tyle, że przyjmują zgaśnięcie prawa do powierzchni po pewnym przeciągu czasu, po upływie którego właściciel gruntu stać się musi wyłącznym jego panem.

VI. Zastaw.

247. Zastaw Justyniański i dzisiejszy nie w każdym przypadku ma naturę prawa rzeczowego. Jeżeli wierzyciel zastawny ma prawo do wartości rzeczy zastawionej w tem znaczeniu, że może każdemu zabronić wpływania na rzecz w taki sposób, któryby uszczuplał jej wartość (np. przez wycięcie lasu na zastawionym gruncie), tembardziej oczywiście, jeżeli każdemu trzeciemu może rzecz odebrać, rzeczowy charakter jego uprawnienia nie ulega wątpliwości. Jeżeli się jednak — jak już prawo Justyniańskie — przyjmuje zastaw na wierzytelności w tem znaczeniu, że wierzyciel zastawny może prawo swe wykonać przez sprzedaż zastawionej wierzytelności, to w tym systemie zastaw nie jest już prawem rzeczowym, co więcej, nie jest wo-

góle prawem podmiotowym, skoro istotną jego treść stanowi prawo sprzedaży. Prawo to znaczy tylko tyle, że wierzyciel zastawny może cudze uprawnienie oderwać od uprawnionego i przenieść na inną osobę, wbrew zasadzie, że przeniesienia prawa dokonać może tylko sam uprawniony. Dając zastawnikowi ius distrahendi, składa prawo w jego ręce moc wywołania pewnych skutków prawnych, a przez to otwiera mu drogę do uzyskania tytułem odpłaty praw podmiotowych; ius distrahendi nie nakłada jednak na nikogo obowiązków, a obowiązki tworzą istotę prawa podmiotowego. Że ius distrahendi prawem takim nie jest, dowodzi fakt, iż naruszenie go przez kogokolwiek nie da się poprostu pomyśleć, podczas gdy naruszenie takie grozi każdemu prawu podmiotowemu. Skoro prawo przedmiotowe zawiera postanowienie, iż akt zastawnika wystarczy do przeniesienia zastawionego prawa, nikt aktu tego powyższych skutków pozbawić nie jest w stanie. O materyalnem prawie skargi po stronie zastawnika niema mowy, bo brak dla skargi punktu zaczepienia; prawo formalne może oczywiście przepisać, że np. sprzedaż przeprowadza się przez sąd, a celem przeprowadzenia trzeba najpierw uzyskać sądowe uznanie prawa zastawu, więc wnieść do sądu skargę, ale to skarga ustalająca, nie wypływ prawa podmiotowego (I. 226). Prawda, że prawu sprzedaży towarzyszy często prawo podmiotowe. Przy zastawie na rzeczy będzie to prawo rzeczowe w określonym przed chwilą znaczeniu; przy zastawie na wierzytelności możnaby przyjąć prawo względne (in personam), gdyby się zastawnikowi dało stanowisko wierzyciela wobec trzeciego dłużnika (zd. m. wierzycielem pozostaje zastawca tak samo, jak pozostaje właścicielem rzeczy, a zastawnik jako taki ma tylko moc prawną dochodzenia cudzej wierzytelności, która ma taką samą naturę, jak ius distrahendi). Akompaniament prawa podmiotowego nie jest jednak bynajmniej konieczny. W prawie Justyn. dowodzi tego zastaw na militia (I. 150), dziś uznana wcale ogólnie możliwość zastawu na koncesyi przemysłowej; oba przypadki wychodzą poza granice prawa prywatnego. Przedstawianie Justyniańskiego zastawu pod rubryką praw rzeczowych tłómaczy się tylko historycznie, albowiem zastaw ten pochodzi od zastawu na rzeczy, który początkowo był tylko prawem rzeczowym.

248. Gospodarcza funkcyja zastawu polega na zabezpieczeniu wierzytelności. Każde prawo podmiotowe sięga w przyszłość, bo nakłada obowiązki pro futuro; każde może być naruszone, bo normy prawne nie są prawidłami fizyki. Stąd płynie potrzeba zabezpieczenia. Istnieje ona i przy prawach rzeczowych; tu jednak niewiadomo, skąd przyjdzie atak, a zatem najlepszym zabezpieczeniem jest upoważnić

uprawnionego do odparcia ataku przez obronę własną, specjalne zaś środki zabezpieczenia pojawiają się tylko o tyle, o ile słaby punkt można z góry oznaczyć (*cautio usufructuaria*; ta myśl zdaje się przebić także w owych *pactiones et stipulationes*, które na prowincjach tworzą służebności). Nierównie silniej daje się odczuwać potrzeba zabezpieczenia przy wierzytelnościach. Tu dłużnikiem jest pewna oznaczona osoba, wierzyciel zaś najczęściej w zamian za coś, co traci, uzyskuje tylko nadzieję (*credere*) świadczenia w przyszłości, której spełnienie się zawisło nie tylko od dobrej woli dłużnika, ale i od tego, czy będzie w stanie dokonać świadczenia. To też przy wierzytelnościach pojawiają się już wcześniej środki zabezpieczenia w obu powyższych kierunkach. Gwarancję dobrej woli dłużnika daje przede wszystkim odpowiednie ukształtowanie procesu i egzekucji; z instytucji prawa materialnego należy tu dokument jako środek dowodu oraz zadatek, o ile widzi się w nim tylko »argumentum« zawarcia umowy. W tym samym kierunku działają środki nacisku, które nie dając bezpieczeństwa materialnego zwiększają intensywność obowiązku, bo na przypadek niedopełnienia grożą już to rozszerzeniem rozmiaru obowiązku (kara umowna), już to niekorzystną dla dłużnika jego zmianą (kara za zawód), już wreszcie niekorzystnymi skutkami poza dziedziną prawa prywatnego (przysięga promissoryjna), ba nawet poza dziedziną prawa (słowo honoru). Przeciw dłużnikowi niewypłatnemu wszystkie te środki niedopisują. Chcąc w tym kierunku zabezpieczyć wierzyciela należy rozszerzyć powierzenie, na którą działa jego uprawnienie, więc rozciągnąć obowiązek na większą ilość dłużników, czego technikę poznamy w prawie obligacyjnym, lub rozciągnąć z góry prawo wierzyciela na pewne przedmioty majątkowe tj. dać mu zabezpieczenie materialne. Środków do tego wytwarza prawo w rozwoju historycznym znaczną ilość, powołując do życia formy coraz to lepiej dostosowane do potrzeby i obejmując niemi coraz to więcej części składowych majątku. Najcelniejszą taką formą jest zastaw prawa Justyniańskiego i dzisiejszego. I dziś atoli nie jest on formą jedyną; w historii zaś prawa nie tylko ewolucja zastawu prowadzi od prawa rzeczowego do zjawisk, nie mających z prawami rzeczowymi nic wspólnego, ale nadto rzeczowe prawo zastawu, t. zn. najdawniejsza postać zastawu, stopniowo tylko wyodrębnia się od innych środków, z którymi to jedynie ma wspólne, że stwarza stosunek rzeczowy między wierzycielem a rzeczą, przeznaczoną na zabezpieczenie.

249. Czy i w jaki sposób człowiek wolny mógł służyć na zabezpieczenie wierzytelności, tego dotknąłem już mówiąc o *nexi* (I. 262),

a wróć jeszcze do tej kwestyi przy historii obligacyi; tu idzie nie o prawo wierzyciela do osoby dłużnika czy do innej osoby, lecz o zabezpieczenie majątkowe. Do tego służyć może już przeniesienie pewnej rzeczy na własność wierzyciela; nie ma ono wprawdzie jako takie natury zabezpieczenia, może być jednak tak ukształtowane, iż pełnić będzie funkcję zabezpieczenia. Zwykła sprzedaż za gotówkę przybiera taki charakter, jeżeli sprzedawcy zastrzeżono w wiążący sposób prawo odkupu za zwrotem ceny; kiedy stronom chodzi o kredyt, sprzedaż powyższa może być środkiem technicznym zabezpieczenia wierzyciela, choć jest zawsze środkiem niedoskonałym, bo kupno pochłania w sobie interes kredytowy, a udzielający kredytu występuje wobec prawa nie w roli wierzyciela, lecz tylko w charakterze kupującego i odprzedawcy. Inaczej przedstawia się sprawa, jeżeli przeniesienie własności może nastąpić przez akt abstrakcyjny, bez wyrażania gospodarczej przyczyny przeniesienia; wówczas można przerwać związek przeniesienia własności z kupnem i ceną kupna, a nabywca może zatrzymać rolę wierzyciela, który ma prawo do zapłaty długu i po utrzymaniu zapłaty winien własność przenieść na powrót. Te dwa szablony nie wypełniają jednak sfery zastosowania przeniesienia własności jako środka do zabezpieczenia wierzyciela; sprzeczność interesów działa ożywczo na pomysłowość stron i nowe kombinacje powołuje do życia. Właściciel dający rzecz wierzycielowi pragnie jak najdłużej zatrzymać własność, a skoro ją przeniósł, pragnie mieć jak najdłużej prawo do odkupu względnie do żądania zwrotu; wprost przeciwne są intencje wierzyciela, a pewne wyrównanie wprowadza myśl, że rzecz »przepada« na korzyść wierzyciela w razie niezapłacenia długu w pewnym z góry oznaczonym terminie, która da się zastosować i do abstrakcyjnego przeniesienia własności i do sprzedaży z zastrzeżeniem odkupu (sprzedaż za gotówkę pod warunkiem rozwiązującym, jeżeli nabywca zwróci w terminie cenę; także sprzedaż pod odwrotnym warunkiem zawieszającym; w jednym i drugim przypadku technika warunku nadaje się także do tego, aby ominąć potrzebę przenoszenia na powrót własności po wyrównaniu długu). Niezależnie od tego idą środki, umożliwiające temu, kto daje zabezpieczenie, zatrzymanie rzeczy w swych rękach aż do nadejścia krytycznej chwili (np. *precarius*); przez takie modyfikacje przeniesienie własności traci swą pojęciową sztywność. Przystosowuje się w całym szeregu punktów do potrzeby gospodarczej, którą ma zaspokoić; zasadnicza dysharmonia środka i celu tkwi jednak jeszcze w tem, że wierzyciel na podstawie »zabezpieczenia« dostaje nie to, co mu się jako wierzycielowi należy, lecz w zamian za to rzecz inną, której

wartość nie wchodzi w grę ani na korzyść wierzyciela (ze względu na nadwyżkę pretensyi), ani na korzyść dłużnika (ze względu na nadwyżkę wartości). Podobną naturę może mieć także układ co do pożytków rzeczy: wierzycielowi przyznaje się prawo do pożytków w zamian za odsetki (antichresis), i to albo od początku stosunku obligacyjnego, albo też jako skutek nieuiszczenia zapłaty w terminie. Jeżeli jednak prawo do pożytków, ujęte w pewne czasowe granice, stanowić ma ekwiwalent należnego kapitału (p. wyżej s. 49), wówczas występuje już myśl nowa, oznaczająca dalszy postęp na drodze przystosowania formy prawnej do potrzeby gospodarczej, bo uwzględnienie wartości tego, co przeznaczono na zabezpieczenie. Na szerszą skalę można myśl powyższą przeprowadzić, skoro się weźmie w rachubę, że z rzeczy przeznaczonej na zabezpieczenie da się przez sprzedaż wycisnąć wartość zamienna, jaka w niej tkwi. Można by w tym celu nałożyć na wierzyciela obowiązek dokonania takiej sprzedaży z tem, iż cena będzie policzona na karb długu; ponieważ jednak, chcąc zmusić go do sprzedaży, wystarczy przyznać mu prawo do niej, a prawo przeciwnika do odkupu względnie zwrotu utrzymać tak długo, dopóki nie nastąpi sprzedaż, przeto prawo wierzyciela do sprzedaży wysuwa się na pierwszy plan. Pozwala ono związać cały stosunek z wierzytelnością nierównie ściślej, niż przy wspomnianych poprzednio modyfikacjach przeniesienia własności, albowiem można na wierzyciela nałożyć obowiązek do zwrotu nadwyżki, lub też utrzymać wierzytelność co do niepokrytej przez sprzedaż reszty, lub wreszcie uczynić jedno i drugie. Skoro się zaś przyzna wierzycielowi prawo sprzedaży, technika zabezpieczenia może odrzucić zupełnie narzędzie przeniesienia własności, bo wierzyciel może przez sprzedaż rzeczy cudzej dojść do zaspokojenia; z drugiej strony można taki bliższy związek z wierzytelnością przeprowadzić i w przypadkach przeniesienia własności, jeżeli się nacisk położy na wartość rzeczy czy owoców t. zn. w ten lub inny sposób wartość tę ustali i na tej podstawie nałożyć na nabywającego własność wierzyciela obowiązek do zwrotu nadwyżki względnie utrzymać jego wierzytelność co do niepokrytej ową wartością reszty. Już z tego przeglądu technicznych środków zabezpieczenia widocznem jest, jak różnemi drogami iść może rozwój prawa w tym względzie; wspomnieć nadto wypada, że tam, gdzie znana jest egzekucya na majątek, do zabezpieczenia pretensyi służyć może także zakaz alienacyi pewnych przedmiotów z majątku dłużnika, co powiększa jeszcze różnorodność form prawnych, nadających się do zabezpieczenia. Którędy pójdzie ewolucya prawa, jakie formy przyniesie z sobą w poszczególnych stadiach rozwoju,

to zależeć będzie od najrozmaitszych czynników: od natury aktów prawnych, jakie porządek prawny stawia stronom do dyspozycyi (formalne, nieformalne; abstrakcyjne, kauzalne), od pomysłowości społeczeństwa względnie jurystów, przedewszystkiem jednak od układu stosunków gospodarczych. Inne formy zabezpieczenia spotkamy tam, gdzie kredyt jest zjawiskiem stosunkowo rzadkiem; inne — technicznie doskonalsze — pojawią się w społeczeństwach, w których kredyt jest jedną z głównych sprężyn obrotu.

250. Najdawniejszymi formami zabezpieczenia majątkowego są w Rzymie praediatura i fiducia. Pierwsza jest rozwinięta już w 6. wieku ab U. c., sięga zatem początkami zapewne w dawniejsze jeszcze czasy, a wychodzi z użycia dopiero z rozwojem prawa klasycznego. Stosuje się przedewszystkiem do umów osób prywatnych z populus Romanus lub z udziałem gminami, mianowicie do licytacji dzierżawy ziemi publicznej czy dochodów publicznych oraz do licytacyjnego rozdawania robót publicznych; w procesie legisakcyjnym spotykamy wprowadzić praedes litis et vindictiarum między stronami, ale wątpliwem jest, czy temu zjawisku towarzyszy praediatura w podanem niżej znaczeniu, tembardziej zaś wątpliwem jest, czy ją poza procesem stosowano między prywatnymi. Jako dzierżawca czy przedsiębiorca t. zn. w charakterze właściwego kontrahenta występuje t. zw. manceps, który musi dać praedes; na zabezpieczenie państwa względnie gminy tak manceps, jak i praedes, subsignat praedia (stąd pochodzi zwrot »cautio praedibus praediisque« na oznaczenie bezpieczeństwa, jakie daje manceps). Jak wygląda osobista odpowiedzialność mancepsa względnie owych praedes, rozbiórę w prawie obligacyjnem; państwo względnie gmina może jednak zwrócić się także przeciw praedia subsignata i sprzedać je (nabywca zwie się praediator), a wówczas właściciel może pod pewnymi — nieznanymi — warunkami odzyskać dawne stanowisko prawne zapomocą t. zw. usureceptio ex praediatura. Tyle źródła, a wobec tych — szczupłych zresztą — pozytywnych danych późniejsze zestawienia praediatucae z ówczesnym »pignus« nie mogą o charakterze praediatucae rozstrzygać, skoro przy sprzedaży pignoris niema śladu usureceptionis ani analogicznego zjawiska. Zd. m. przypuszczać raczej należy, że skutkiem owej praediatuury — stwierdzonej tylko w sferze prawa publicznego — między nabywcą (praediator) i dawnym właścicielem powstają podobne prawa i obowiązki, jak przy znanej nam dokładniej instytucyi prawa prywatnego t. zw. fiducia cum creditore, przy której istnieje również usureceptio (wyżej s. 24). Fiducia polega na przeniesieniu rzeczy na własność wierzyciela, którego się dokonywa

w formie mancytacji *nummo uno* lub *in iure cessionis*. Nie jest to zatem sprzedaż z prawem odkupu, przy której nie możnaby właściwie mówić o długu, lecz abstrakcyjne przeniesienie własności, które istnienia długu zupełnie nie wyklucza; fiducyarny charakter uzyskuje przez dodany do aktu nieformalny układ (*pactum fiducie*) o przeniesienie własności napowrót po zgaśnięciu długu, który stoi wprawdzie poza aktem głównym, którego istnienie jednak — przynajmniej w późniejszych przypadkach mancytacji z czasów cesarstwa — zaznacza się i w akcie głównym zapomocą zwrotu »*fidi fiducie causa*«. Wierzyciel (*fiduciarius*) jako właściciel mógł każdej chwili uzyskać posiadanie, choćby go nawet nie był otrzymał odrazu (*praedia*); zazwyczaj jednak rzecz aż do czasu płatności zostawała w rękach dawnego właściciela albo jako *precarium* albo na podstawie umowy najmu, którego czynsz pełnił gospodarczo funkcję odsetek od ubezpieczonej wiarytelności. Do przeniesienia własności napowrót potrzebna była znów mancytacja lub *in iure cessio*, a brak formalnego aktu uzupełnia wspomniana przed chwilą *usureptio*. Złamanie *pacti fiducie* np. przez odmowę zwrotu stanowi delikt. Dawny właściciel może w tym przypadku, prawdopodobnie już za legisakcyi, a niewątpliwie za formulek, wystąpić z *actio fiducie*, przy której skazanie pozwanego pociąga za sobą infamię; *actio fiducie* ma najpierw formułę *in factum*, potem *in ius* z klauzulą *ex fide bona*. Zjawisko to starałem się wyjaśnić już poprzednio (I. 58); istnienie formuły *in ius* tłumaczy, dlaczego prawo klasyczne uznaje *fiduciam* za źródło kontraktowej obligacyi do zwrotu, a zarazem daje wierzycielowi *actionem contrariam* o wynagrodzenie ewentualnego uszczerbku np. poniesionych na rzecz nakładów. Historyczny rozwój *fiducie* jest wątpliwy. W prawie klasycznym spotykamy jako osobną klauzulę umowy układ »*ut liceat vendere*«, na podstawie którego wierzyciel w razie uchybienia terminu może *fiduciam* sprzedać, nie narażając się przez to na odpowiedzialność (*actio fiducie*); później przyjmuje się nawet, że układ ten rozumie się sam przez się, choćby w *pactum fiducie* o prawie sprzedaży nie wspomniano. W razie dokonania sprzedaży nadwyżka przypada dawnemu właścicielowi do zwrotu, co do niepokrytej reszty dłużnik pozostaje *in obligatione*; z drugiej atoli strony według zdania przeważnej części uczonych układ może zawierać klauzulę przypadku (t. zw. *lex commissoria*) tj. postanowienie, że w razie uchybienia terminu wierzyciel może uznać rzecz za przepadłą, w którym to przypadku dawny właściciel traci wszelkie prawa, ale i wierzyciel musi zadowolnić się *fiducią*, bo wiarytelność traci. Dogmatycznie tedy sprawa przedstawia się tak, że w braku układu niema prawa sprze-

daży, a obowiązek zwrotu ciąży na *fiducyaryuszu* przynajmniej aż do śmierci tego, kto *fiduciam* dał; te »*naturalia negotii*« może jednak zmienić wola stron, bo *lex commissoria* przeważa szalę na stronę przeniesienia własności w miejsce zapłaty i prowadzi do takiego rezultatu, jak gdyby *fiducia* była sprzedana za cenę równą wysokości długu, natomiast *pactum de vendendo* przekształca *fiducię* na środek zabezpieczenia wierzycielowi tego, co mu się istotnie należy. Czy tak było od początku, nie wiemy; prawdopodobieństwo przemawia zd. m. za tem, że początkowo przepadek rozumiał się sam przez się, bez osobnego postanowienia w tym względzie.

251. *Fiducia* należała do *ius civile*. Dostępna była tylko obywatelom lub obcym posiadającym *ius commercii*, co widoczne już stąd, że łączyła się z *mancipatio* lub *in iure cessio*; z zanikiem tych form znika i *fiducia*, usunięta w zbiorze Justyniańskim z dawniejszych tekstów drogą interpolacyi. Przy tradycyi nie spotykamy *pactum fiducie*. Początkowo *tradere* = *emere*, a przy sprzedaży da się pomyśleć tylko zastrzeżenie odkupu, które się od układu *fiducyarnego* zasadniczo różni; później zaś tradycja ma wprawdzie naturę abstrakcyjną i skutki od gospodarczej *causa* niezależne (wyżej s. 27), nie staje się jednak aktem formalnym, nie odgranicza się formą od tej *causa*, dla której ją dokonano, zlewa się z nią w jedną całość i nie zostawia miejsca na nieformalny dodatek, który z ową *causa* — *vera* czy *putativa* — zostaje w sprzeczności. Nie wynika stąd bynajmniej, by w sferze tradycyi zastosowanie przeniesienia własności do celu zabezpieczenia było wykluczone. Wspomniałem już, że da się tu pomyśleć sprzedaż z prawem odkupu, która teoretycznie jest czemś zupełnie różnem od *fiducii*, bo wyklucza traktowanie ceny jako długu, ale w praktycznych konsekwencyach nie odbiega daleko od układu *fiducyarnego* z *lex commissoria*. Kiedy kontrakt kupna-sprzedaży wiąże już z chwilą *consensus* co do towaru i ceny, a moc wiążąca obejmuje wszelkie układy, stanowiące część składową kontraktu, zastrzeżenie prawa odkupu można ukształtować rozmaicie np. w ten sposób, że się kupującego zobowiąże do odprzedaży za dawną cenę, gdyby sprzedawca zażądał tego *intra certum tempus*, lub w ten sposób, że równocześnie z sprzedażą zawiera się kontrakt odprzedaży pod warunkiem zwrócenia ceny kupna w naznaczonym terminie. Możliwa jest jednak i inna technika tj. dodanie odpowiedniego warunku do kontraktu kupna; ma ona tę dobrą stronę, że da się zastosować i przy kupnie realnem, kiedy *consensus* jako taki jeszcze nie wiąże (*emere* = *tradere*), a nadto otwiera dającemu zabezpieczenie drogę do *actio in rem* na przypadek wyrównania długu. Może w ten spo-

sób działać warunek rozwiązujący »ut, si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta« (reskr. Dyoklecjana w C. 4, 54, 7), a trudność co do powrotu własności po spłacie długu, z którą spotkaliśmy się już przy lex commissoria (I. 393 n.), łatwiej w naszym przypadku ominąć, skoro wierzyciel wręczy rzecz od razu na powrót dającemu z tem, iż ma wrócić na tegoż własność z chwilą zapłaty ceny odkupu t. zn. wyrównania długu (por. przypadek, rozstrzygnięty przez Pomponiusa w D. 19, 5, 12, gdzie sprzedaż gruntu żonie mogła być zabezpieczeniem posagu, jak fiducia u Cicerona pro Caecina 11, a grunt »sprzedany« znajduje się przy rozwiązaniu małżeństwa w rękach męża). O wiele jednak prościej użyć warunku zawieszającego. Sprzedaje się wówczas rzecz wierzycielowi i przenosi na niego własność na przypadek, gdyby mu nie zwrócono na czas ceny t. zn. nie spłacono długu (convenit »ut pecunia feneratoris non soluta creditor iure empti dominium retineat«; to rozstrzygnięcie Papiniana Vat. fr. 9, zarówno jak interpolowany zresztą D. 20, 1, 16, 9, odnosi się do wyrobionego już zastawu, ale układowi takiemu już za republiki nie zd. m. nie stoi w drodze). W razie zapłaty warunek upada, własność pozostaje u dającego zabezpieczenie; celem uzyskania zwrotu ma on skargę windykacyjną także przeciw osobom trzecim, więc pozycję lepszą, niż przy fiducia, a stanowisko jego wzmacnia i ta okoliczność, że nawet pendente condicione może alienować rzecz cum sua causa, jeżeli mu ją precario pozostawiono w rękach. W tem zjawisku, jak sądzę, szukać należy początków drugiej rzymskiej formy zabezpieczenia, mianowicie t. zw. pignus, który jest wysoko rozwinięty już w 6. wieku a. U. c. Spotykamy go już dawno w prawie publicznem, gdzie pignori capere jest w rękach magistratury środkiem wymuszenia posłuszeństwa, a wzięty »zastaw« uleż może zniszczeniu (pignora caedere), podczas gdy o zużytkowaniu go np. drogą sprzedaży celem pokrycia nakładanej zazwyczaj równocześnie grzywny niema w źródłach śladu; wspomniałem także w swoim czasie (I. 480) o legisactio per pignoris capionem, przy której zajęte przedmioty przepadają prawdopodobnie na korzyść wierzyciela, jeżeli właściciel nie wykupi ich w pewnym terminie. Otóż zd. m. przy pewnych umowach obligacyjnych pojawia się już wcześniej pignus prywatny. Polega on na wręczeniu wierzycielowi rei nec mancipi z tem, że w razie niewypelnienia przyrzeczenia przepada iure empti na korzyść wierzyciela, a technika ta, oparta na mechanizmie warunku, da się zastosować i tam, gdzie można było użyć fiducii, t. zn. do res mancipi. Pewność wierzyciela leży wówczas nie tylko w naciśku, jaki obawa utraty rzeczy wywiera na zobowiązanego, ale także

w tem, że pignus daje mu pewną wartość gospodarczą na własność, czemu towarzyszy oczywiście actio in rem co do przepadłej na jego korzyść rzeczy. Że ten pignus miał niejednokrotnie za republiki taki właśnie charakter, tego dowodzą już częste w literaturze niefachowej zestawienia pignoris z stawką zakładową względnie procesową (pignore certare); jeszcze silniej przemawiają za tem wzory umów, zawarte w traktacie Katona Starszego »de re rustica«. W umowie, mocą której emptor oleae pendentis przeznacza na pignus »quae in fundum inlata erunt«, a która towarzyszyć może niewątpliwie i dzierżawie (Labeo D. 20, 6, 14: »cum colono... convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces... soluta aut satisfactum esset«), spotykamy dodatek: »ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto«, więc klauzulę przypadku w razie usunięcia. Przypadek taki trudno pogodzić z rzymskimi zasadami o przeniesieniu własności, dopóki wierzyciel nie uzyskał posiadania; możliwem jest przeto, że układ upoważniał tylko wierzyciela do wzięcia rzeczy w posiadanie, a dopiero nabycie posiadania czyniło go właścicielem (por. D. 18, 1, 81, gdzie dłużnik zeznał akt warunkowej sprzedaży zastawionych wierzycielowi gruntów na korzyść rękyciela, gdyby tenże dług wyrównał; rękyciel staje się właścicielem, skoro płacąc dostanie grunta od spłaconego wierzyciela). W każdym atoli razie, jeżeli klauzulę przypadku stosowano wówczas przy przeznaczeniu rzeczy na pignus bez wręczenia jej wierzycielowi, to musiała ona być często w użyciu przy wręczeniu rzeczy na zabezpieczenie, gdzie przypadek łatwo było pogodzić z prawidłami o przeniesienia własności. Nie wynika stąd zresztą, by klauzula przypadku musiała towarzyszyć oddaniu rzeczy na zabezpieczenie. Gdzie gospodarcza przewaga wierzyciela nie była zbyt wielka, tam przeciwnik nie narażał się na przypadek; zabezpieczenie przez pignus polegało w tym razie tylko na tem, że wierzyciel mógł zatrzymać pignus u siebie aż do zapłaty. Nie nabywał on wprawdzie własności, jak nie nabywał jej pendente condicione nawet przy klauzuli przypadku, miał więc o tyle stanowisko słabsze, niż przy fiducii; właściciel nie mógł mu jednak rzeczy odebrać przed zapłatą, a i alienacya z jego strony była wykluczona, o ile wierzyciel nie zgodził się sam na pozostawienie rzeczy w jego rękach (mancypacya gruntu in absentia wyrobiła się dopiero później — por. I. 352 — kiedy zastaw przekształcił się już w sui generis prawo na rzeczy cudzej, a prawo to przez zmianę własności żadnego nie doznawało uszczerbku; co do zakazu alienacyi p. I. 429). Pozycję wierzyciela poprawia znacznie prawo pretorskie. Zajmuje się ono stosunkiem wynikającym z pignus w dwóch głównie kierun-

kach. Przedewszystkiem daje wierzycielowi, który ma rzecz w rękach, ale nie nabył własności, oprócz skarg karnych, jak *ao furti* (także przeciw właścicielowi), ochronę *possessoryjną*, choć posiadanie *ad usucapionem* zostaje u przeciwnika. Z drugiej strony, by właściciela *soluta pecunia* nie zmuszać do skargi *windykacyjnej*, wprowadza na jego korzyść najpierw *actionem in factum*; dalszy rozwój wytwarza — zapewne jeszcze za republiki — formułę *in ius*, a razem z nią pojęcie kontraktu, przychodzącego do skutku przez wręczenie rzeczy jako *pignus (re)* i rodzącego *obustronne* zobowiązania. Innowacje te nie zmieniają jednak natury prawnej zabezpieczenia, jak nie zmienia jej i ewentualny układ o *antichrezę*, w myśl którego wierzycielowi przypadają owoce za bieżące odsetki (co do nabywania owoców w tym przypadku p. wyżej s. 49). Zmiana taka nastąpiła dopiero przez to, że w prawie pretorskiem wyrabia się na korzyść wierzyciela jako takiego — niezależnie od ewentualnego przypadku rzeczy — odrębna *actio in rem*. Z tą chwilą powstaje prawo zastawu jako *ius in re aliena* i nowy techniczny środek zabezpieczenia; równolegle rozwija się prawo wierzyciela do sprzedaży, które zwolna wysuwa się na plan pierwszy i rzeczowy charakter prawa zastawu przekształca na drugorzędną, przypadkową jego właściwość.

252. Pierwsze z powyższych zjawisk łączy się z wspomnianą już umową, mocą której najemca lub dzierżawca nieruchomości przeznaczał na zabezpieczenie czynszu *invecta et illata* tj. ruchomości względnie inwentarz gospodarczy, wprowadzone przez siebie na wynajęty grunt. Umowa taka nie dawała wierzycielowi posiadania owych *invecta*, upoważniała go jednak do wzięcia ich w posiadanie już to drogą pomocy własnej przez zatrzymanie (*percludere*) ruchomości, gdy najemca *praedii urbani* chciał je usunąć, już też *per praetorem*. Przy najmie pretor nie potrzebował chronić wierzyciela, owszem, w przypadku bezpodstawnego przytrzymania ruchomości dawał dłużnikowi komentowany już przez Labeona interdykt *de migrando* (*si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus... convenit, ut... pignori... essent, sive... merces soluta eoye nomine satisfactum est... quominus... eum... inde abducere liceat, vim fieri veto*); przy dzierżawie natomiast daje wierzycielowi przeciw dzierżawcy interdykt *adipiscendae possessionis*, zwany od twórcy Salwiańskim, znany prawdopodobnie już za Katona Starszego (przy formularzu sprzedaży co do *pabulum hibernum* czytamy: *»pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunt — si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat«*; zwrot ostatni odnosi się zapewne do pomocy pretorskiej). Już ta ochrona jest poważną zmianą, bo zamiast chronić nabyte posiadanie

daje się wierzycielowi prawo do nabycia posiadania; nierównie jednak dalej poszedł jeden z następców, dając wierzycielowi w powyższym przypadku t. zw. *actionem Servianam* jako *vindicationem pignoris* przeciw każdemu posiadaczowi przeznaczonych na zastaw rzeczy. Co dało impuls do tego kroku, czy wpływ wzorów greckich na edykt *praetoris peregrini*, czy raczej stosowana w praktyce klauzula przepadku, na skutek której pretor pomagał wierzycielowi do uzyskania posiadania, aby zrealizować wolę stron, choć wierzyciela nie można traktować jako właściciela przed uzyskaniem posiadania, trudno rozstrzygnąć; w każdym razie po powstaniu tej *actio in rem* mamy w prawie pretorskiem nowe *ius in re aliena*, powstające przez umowę stron bez przeniesienia na wierzyciela czy własności czy posiadania. Poprawia się przez to w porównaniu z dotychczasowym *pignus* pozycja wierzyciela, bo dana mu ochrona jest skuteczniejsza od interdyktów *possessoryjnych*, a nie zawisła zupełnie od klauzuli przepadku. I dłużnikowi jednak przynosi nowa forma zabezpieczenia korzyści. Pozostawia rzecz w jego rękach bez uciekania się do *precarium* czy najmu; otwiera mu drogę do użycia na zabezpieczenie rzeczy, których chwilowo nie ma u siebie (*nuda proprietas*), umożliwia także warunkowe zastawienie rzeczy, które mu się należą, choć jeszcze do niego nie należą, przez co stwarza podstawę do zastawu na wierzytelności, a wobec tego, że da się zastosować również do *ager vectigalis* i do *superficies*, nadaje się nawet do ustanowienia generalnego zastawu na majątku, który już za czasów Gaiusa jest częstym zjawiskiem; umożliwia wreszcie dłużnikowi — bez naruszenia pewności wierzyciela — zużytkowanie na swą korzyść nadwyżki wartości obciążonej rzeczy. Przy *invecta et illata alienacya* grozi wprawdzie według podanego wyżej formularza przepadkiem, ale to wskazuje właśnie, że *actio in rem* jeszcze wierzycielowi jako takiemu nie służy, choć klauzula przepadku stanowiła dla pretora prawdopodobnie pobudkę do rozszerzenia ochrony. Kiedy zaś powstało rzeczowe prawo zastawu i kiedy zakres zastosowania *actionis Servianae* rozciągnięto, dając ją jako *utilem* w każdym przypadku zastawu umownego — stało się to zapewne już z końcem republiki, choć niewątpliwe świadectwa mamy dopiero od Juliana — wówczas właściciel zastawu może obciążoną rzecz pozbyć albo przeznaczyć ją na zabezpieczenie dla drugiego wierzyciela; układ taki pojmowano początkowo jako zastawienie warunkowe na przypadek zgaśnięcia zastawu dawniejszego (*priore dimisso sequentis confirmatur pignus*: Africanus D. 20, 4, 9, 3), ale pod wpływem rozwoju *iuris distrahendi* daje on

drugiemu wierzycielowi już w drugiej połowie 2. wieku po Chr. prawo zastawu odrazu, choć tylko prawo upośledzone.

253. Interdykt Salwiański traci po wytworzeniu actionis Servianae dawne znaczenie. Utrzymuje się w praktyce, może nawet rozszerza na inne przypadki poza najmem, prawdopodobnie dzięki temu, że w formułce nie zawierał warunku, aby rzecz była »in bonis« zastawcy, wymienionego w formułce skargi Serwiańskiej; dawał więc wierzycielowi wobec zastawcy tę procesową korzyść, że zwalniał go od dowodu owego »in bonis esse«, przerzucając na przeciwnika dowód przeciwieństwa. Kompilacja przerabia go na środek prawny przeciw każdemu posiadaczowi rzeczy, zbliża go więc do Serviana, a jego rację bytu stara się usprawiedliwić przez to, że przyznaje mu tylko skutek prowizoryczny, spory zaś np. co do kwestyi pierwszeństwa odsyła ad Servianum iudicium. Wprowadzenie actionis Servianae i rozszerzone jej zastosowanie wpływa jednak przedewszystkiem na terminologię. Nowe prawo zastawu wynika z umowy o zastaw, powstaje zatem tak w przypadku, gdy strony poprzestały na razie na conventio, jak i wówczas, gdy z umową o zastaw łączyło się odrazu oddanie wierzycielowi rzeczy; różnica powyższa dla prawa zastawu jako takiego ma znaczenie drugorzędne i nie zaznacza się w terminologii. Słowo »pignus«, które odnosiło się początkowo przedewszystkiem do przypadków wręczenia rzeczy wierzycielowi, traci to ciasne znaczenie i obejmuje teraz wszelkie odmiany zastawienia, tak te, przy których wierzyciel odrazu dochodzi do posiadania (dziś mówi się tu o zastawie ręcznym), jak i te, przy których rzecz zostaje u zastawcy (p. np. Celsus D. 46, 3, 69: »hominem... qui erat pignori Titio obligatus, noxae dedisti«). Wątpliwości w tym względzie spotykamy w źródłach tylko wtedy, gdy się wierzycielowi przyznaje prawo do owoców rzeczy (D. 20, 1, 11, 1 i 13, 7, 33); tłumaczą się one jednak tem, że juryści rzymscy umowy tego rodzaju, przy których owoce miały być liczone za odsetki lub na odsetki, oceniali z uwzględnieniem całego stosunku, nie w każdym zatem przypadku takiego układu przyjmowali umowę zastawną i dawali wierzycielowi prawo do vindicatio »pignoris«. Inna kwestya, kiedy powstaje i co ma oznaczać termin »hypotheca«, który według kompilacji Justyniańskiej występuje już w pismach Juliana, a który jest podstawą nazwy »hypothecaria actio«, nadawanej według kompilacji skardze wierzyciela zastawnego już przez klasyków. Źródła Justyniańskie używają najczęściej słowa »hypotheca« w znaczeniu ogólnem, a więc na oznaczenie zastawu jako takiego, bez względu na to, czy rzecz oddano odrazu wierzycielowi, czy nie; termin »hypotheca« odpowiada tedy terminowi »pignus«

w szerokiem słowa tego znaczenia, a wskutek tego terminów tych używa się promiscue np. oznaczając stosunek prawny w jednym i tym samym ustępie raz jako pignus, drugi raz mianem »hypotheca«, lub też używając przy formułowaniu ogólnych zasad zwrotu »pignus hypothecae« albo nawet posługując się tym zwrotem »zastaw czyli hipoteka« dla określenia konkretnego przypadku. Można tedy powiedzieć, że zachodzi tylko różnica słowa (D. 20, 1, 5, 1: »inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt«); niekiedy jednak spotykamy znaczenia odmienne. Według D. 13, 7, 9, 2 »proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem«; pignus to zastaw ręczny, hypotheca to inne przypadki zastawu tak, że dopiero »pignus et hypotheca« oznaczają zastaw wogóle, a czasem przy tym kontraście podkreśla się jeszcze, że pignus właściwie odnosi się do ruchomości lub przedewszystkiem do ruchomości. Ta ostatnia terminologia, wysunięta na pierwszy plan przez glossę, przeszła do praw nowoczesnych, gdzie »zastaw« znaczy »zastaw ręczny« i po największej części »zastaw ruchomy«; co do prawa Justyniańskiego chodzi o to, kiedy i w jakim znaczeniu termin grecki »hypotheca« wszedł do prawa rzymskiego. Pytanie to, żywo omawiane w ostatnich czasach, ma dla historyi prawa znaczenie drugorzędne; ograniczę się przeto do krótkiego zaznaczenia swego stanowiska. Zd. m. wykluczyć należy przypuszczenie, że hipotekę wprowadzili do kompilacji dopiero kompilatorowie, bo trudno uwierzyć, by swą innowację ograniczyli do pewnych ustępów, w innych zaś pozostawili bez zmiany dawną terminologię, nieznającą jeszcze ani hipoteki wogóle, ani hipoteki jako przeciwieństwa do pignus, i by w ten sposób postępowali w tej właśnie części, która przedewszystkiem przedstawieniu zastawu jest poświęcona; przeciw temu przypuszczeniu przemawiają nadto i świadectwa źródłowe, bo w scholiach z Sinai (I. 167), więc przed Justynianem, spotykamy cytat: »ὁ Μαρκε(ianus) ἐν τῇ ἐπο[γραφῇ]« t. zn. złączenie terminu, pochodzącego od »hypotheca«, z tytułem dzieła, które się przypisuje klasycznemu juryście. Nie wyklucza to oczywiście wtrętu kompilatorów Justyniańskich w jednym lub drugim miejscu np. na miejsce fiducii (p. C. 6, 37, 3 »pignori vel hypothecae« i Sent. Paula 3, 6, 16 »pignori vel fiduciae«), nie pozwala jednak posądzać ich o uzupełnianie czy zastępywanie w autentycznych tekstach terminologii rzymskiej terminologią języka greckiego. Czy zaś terminologia ta weszła do tych tekstów przy przerabianiu ich w 4. i 5. wieku po Chr. dla potrzeb praktyki Wschodu, czy przeciwnie pochodzi od samych klasyków, nie da się zd. m. w obecnym stanie źródeł rozstrzygnąć. Na Wschodzie słowo

»ὑποθήκη« miało już w 1. wieku po Chr. i ogólne znaczenie zastawu i specjalne znaczenie tej odmiany zastawu, która pozostawia przedmiot na razie w rękach zastawcy, w przeciwstawieniu do zastawu ręcznego, który miał osobną grecką nazwę; widoczna jest również już wcześniej dążność do ograniczenia tej nazwy, która oznacza zastaw ręczny, na ruchomości. Juryści klasyczni stykali się z wschodnią »ὑποθήκη« w praktyce i traktowali ją jako rzymski pignus sensu largo (np. D. 20, 1, 34, 1); różnica leżąca w tem, że przepadek stanowił przy hellenistycznej hipotece, jak się zdaje, naturale, w klasycznym prawie rzymskim tylko accidentale, nie przedstawiała im się jako istotna. Da się tedy pomyśleć, że przyjęli »hypothecam« do swej terminologii jako równoznacznik zastawu sensu largo i że go używali np. wówczas, gdy mieli przed sobą przypadek z Wschodu; stąd mogła hypotheca przejść do formularzy używanych w praktyce, stąd mogła powstać nazwa »ao hypothecaria«, co do której podkreślić należy, że pochodzi językowo od łacińskiej »hypotheca«, nie od greckiego pierwotnego wzoru. I odróżnienie jednak pignoris sensu stricto od hipoteki może być klasyczne; stwierdziwszy je w terminologii greckiej mógł jurysta rzymski zastosować je w łacinie i nadać w tym celu słowu »pignus« znaczenie ciaśniejsze, jakie miało w czasach dawniejszych. Uwaga, że zrównanie pignoris z hipoteką da się pomyśleć dopiero w 4. wieku po Chr., kiedy uchylono przepadek, nie dowodzi niczego wobec faktu, że już prawo klasyczne konkretne przypadki greckiej hipoteki ocenia jako pignus, nie troszcząc się bynajmniej o to, czy co do każdego szczegółu stosunku prawnego zachodzi zgodność. Zarzuty zaś, jakie podniesiono ze względów lingwistycznych przeciw poszczególnym tekstom, by dowieść ich bizantyńskiego pochodzenia, są wprawdzie często przekonywujące, ale nie można przyznać, by co do każdego tekstu były uzasadnione, jeżeli się nie ma podejrzenia z góry; co więcej, nawet bizantynizm tekstu da się pogodzić z autentycznością terminu »hypotheca« czy »hypothecaria«.

254. Równolegle z skargą in rem rozwija się prawo wierzyciela do sprzedaży zastawu (ius distrahendi). Układ, w myśl którego zastawnik może w razie niezapłaty w terminie sprzedać rzecz, przenieść na nabywcę własność per traditionem i zaspokoić się z ceny kupna, pojawia się i przy pierwotnym pignus i przy późniejszym zastawie, powstającym nuda conventione, stanowi jednak przez długi czas tylko accidentale negotii; dopiero pod koniec 2. w. po Chr. zaczyna rozumieć się przy ustanowieniu zastawu sam przez się, przekształca się w naturale negotii. Wierzyciel może teraz, skoro nie otrzyma na czas zapłaty, dokonać sprzedaży mimo braku pacti de vendendo; tylko

wówczas, gdy sprzedaż taką wyraźnie wykluczono, tradycya ex causa emptionis, dokonana przez wierzyciela, nie przenosi na nabywcę własności, co więcej, creditor furti obligatur w myśl podanych wyżej (s. 13) zasad. Jeśli nie było zastrzeżenia, nabywca uzyskuje własność, a wierzyciel naraża się co najwyżej na odpowiedzialność wobec zastawcy, gdyby postępował zbyt raptownie; takie tylko znaczenie ma nałożony mu w źródłach obowiązek trzechkrotnego wezwania zastawcy »ut pignus luat, ne... distrahatur«. Ponieważ sprzedaż daje zaspokojenie, przeto punkt ciężkości przenosi się na prawo sprzedaży, a actio in rem, prowadząca do uzyskania posiadania, staje się właściwie tylko środkiem, który umożliwia wierzycielowi jako sprzedawcy dokonanie tradycyi. Analogiczną zmianę widać i przy fiducia; tu jednak rozwój poszedł o krok dalej. Wierzyciel jako właściciel mógł zawsze dokonać sprzedaży z pełnym skutkiem, a układ de vendendo zabezpieczał go tylko przed actio fiducia; tu przeto wytwarza się zasada, że nawet przeciwna umowa ani nie pozbawia wierzyciela prawa sprzedaży ani też nie uzasadnia w przypadku sprzedaży skargi z fiducii, byleby wierzyciel raz jeden wezwał byłego właściciela o wykupienie fiducii. Kompilatorowie ocenili trafnie wartość tej techniki zabezpieczenia, która wierzycielowi przynosi zaspokojenie, ale zastawcy pozostawia nadwyżkę. Wprowadzają przeto drogą interpolacji także przy »pignus hypothecae« zasady utarte przy fiducii t. zn. pozwalają wierzycielowi dokonać sprzedaży mimo przeciwnego układu, a wymagają tylko w tym przypadku potrójnej bezskutecznej »denuntiatio« i upływu pewnego terminu od ostatniego wezwania. W podobnym duchu przekształca kompilacya także t. zw. impetrationem dominii. Pod koniec 2. wieku po Chr. spotykamy w Rzymie praktykę, że jeśli sprzedaż pignoris nie da się przeprowadzić skutkiem braku amatorów, wierzyciel może auctoritate principis uzyskać zastaw na własność; prawdopodobnie stosuje się to i do fiducii w tem znaczeniu, że taka impetratio uwalnia ostatecznie wierzyciela od wszelkiej odpowiedzialności. Chodzi tu niewątpliwie o przepadek rzeczy, usprawiedliwiony wyjątkowymi warunkami; według kompilacji następuje jednak i w tym przypadku aestimatio iusto pretio i na tej podstawie rozrachunek między wierzycielem a zastawcą. Zostaje to bezwątpienia w związku z faktem, że Konstantyn Wielki unieważnił tak przy pignus, jak i przy fiducia, legem commissorium t. zn. układ o przepadek rzeczy na korzyść wierzyciela; Justynian utrzymuje zakaz w mocy interpolując odpowiednio przeciwnie teksty, a pozwala tylko na umowę, że w razie niezapłaty wierzyciel uzyska własność na podstawie oszacowania iusto pretio. Zastaw Justyniański na rzeczy jest tedy pra-

wem rzeczowem, które służy wierzycielowi do zaspokojenia się z wartości zamiennej zastawionego przedmiotu i daje mu prawo do odpowiedniej części z tej wartości. Tym celem odróżnia on się wybitnie od innych iura in re; ten jego charakter tłumaczy również, dlaczego juryści rzymscy dają zastawnikowi także skargi z powodu uszkodzenia rzeczy i prawo do żądania kaucyi damni infecti, odkąd ius distrahendi rozumie się samo przez się. Prawa nowoczesne ten typ zastawu — wraz z zakazem legis commissoriae — przejęły bez zmiany.

255. Zastaw Justyniański, a nawet już klasyczny, jest formą prawną, dostosowaną bardzo dokładnie do gospodarczej potrzeby zabezpieczenia; przynosi dla obrotu kredytowego wielkie ułatwienie, ale stwarza zarazem szereg niebezpieczeństw, którym prawo rzymskie nie umiało należycie zapobiedz. Obciążenie rzeczy nuda conventione jest tajne, nie dochodzi do wiadomości trzecich. Łatwo właścicielowi wobec tego sprzedać rzecz jako nieobciążoną i uzyskać odpłatę pełnej wartości, łatwo mu wprowadzić drugiego wierzyciela w błąd i uzyskać dalszy kredyt dając rzecz w zastaw jako wolną od ciężaru; z drugiej strony może on także drugiemu wierzycielowi zapewnić nieuzasadnione pierwszeństwo, antydatując w porozumieniu z nim umowę zastawną na oczywistą szkodę dawniejszego zastawnika. W tym stanie rzeczy wierzyciel żąda przy udzielaniu kredytu szerszego zabezpieczenia, w szczególności hipoteki t. zw. generalnej na całym obecnym i przyszłym majątku dłużnika, która chwyta wszystko, co do majątku tego wejdzie, wypuszcza jednak z węzła zastawnego to, co do majątku tego przestanie należeć, nie ogranicza tedy swobody dyspozycji dłużnika, choć pozwala wierzycielowi położyć rękę na wszystkich przedmiotach, jakie znajdzie w owym majątku w chwili realizacji prawa zastawu zapomocą skargi hipotecznej. Mnożenie się umownych hipotek generalnych — według kompilacyi są one już za czasów Gaia codziennym zjawiskiem — nie ratuje jednak sprawy; wobec tajności hipoteki żaden wogóle wierzyciel zastawny nie może zastawu uważać za dostateczne zabezpieczenie, na dobitkę zaś prawo cesarskie od 4. wieku, chcąc dać pewnym pretensyom pierwszeństwo idzie również utartą przez praktykę drogą t. zn. wprowadza liczne ustawowe hipoteki generalne i daje im przywileje, którymi przelamuje na ich korzyść zwyczajny porządek pierwszeństwa. Realne zabezpieczenie staje się w tych warunkach zupełnie iluzorycznem, nie daje wierzycielowi żadnej pewności. Praktyka szuka przeto bezpieczeństwa przedewszystkiem w poręczeniu, i to już za czasów klasycznych (p. np. przedłożony Scaevoli do opinii przypadek D. 20, 1, 34, 1, gdzie wierzyciel domaga się ręczyciela, dłużnik zaś błaga go, by

poprzestał na hipotekę, zapewniając, że innych obciążeń niema, i jako znany z uczciwości zyskuje posłuch); ewolucya doprowadza napowrót do punktu wyjścia, bo poręczenie służyło celom zabezpieczenia o wiele wcześniej, zanim części składowych majątku zaczęto do tego używać. Chcąc zastawowi przywrócić wartość należało porzucić zasadę tajności hipoteki, ale czyniąc to poddawało się stosunki prawa prywatnego kontroli publicznej, a prawo rzymskie zbyt wysoko w sferze tej ceni indywidualizm, by na tę drogę wstąpić mogło. Środki zaradcze, stosowane w Rzymie, cechuje połowiczność. Taki charakter ma podciągnięcie już w czasach klasycznych pod crimen stellionatus i zagrożenie karą publiczną przypadku, gdyby właściciel rzecz obciążoną sprzedał dissimulata obligatione lub zastawił nowemu wierzycielowi, nie uprzedziwszy go o ciężarze; połowicznością grzeszy przepis Leona (r. 472), że wbrew zasadzie »prior tempore potior iure« zastaw publiczny (ex instrumentis publice confectis) i t. zw. pignus quasi publicum tj. zastaw oparty na dokumencie, zaopatrzonym podpisami trzech lub więcej mężów »probatae atque integrae opinionis«, mają pierwszeństwo przed zastawem, opartym na dawniejszym akcie prywatnym; znikomą wartość dla praktyki ma również wprowadzona za Sewerów t. zw. exceptio excussionis realis, pozwalająca wierzycielowi dopiero wówczas dochodzić swego prawa na rzeczach, objętych hipoteką generalną, gdy z służącej mu hipoteki szczegółowej nie zdołał uzyskać zaspokojenia, oraz ustalona w tych czasach interpretacya, że hipoteka generalna nie obejmuje rzeczy »quae verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse« np. przedmiotów codziennego użytku. Jawność hipoteki i potrzebne do jej przeprowadzenia księgi publiczne spotykamy w pierwszym okresie cesarstwa w Egipcie, ale prawo państwowe zupełnie tych urządzeń nie przyjmuje; to też prawa nowoczesne pod wpływem instytucyi prawa niemieckiego zrywają w tym punkcie z prawem rzymskiem. Mamy dziś jawność tak co do ruchomości, gdzie zastaw musi przejść istotnie w ręce wierzyciela, jak i co do nieruchomości, przy których do powstania zastawu trzeba wpisu w księgach publicznych; skutkiem tego hipoteki generalne straciły rację bytu, a do powstania zastawu trzeba dokładnego oznaczenia przedmiotów, które mają być obciążone (zasada specyalności). Oprócz tego nastąpiła istotna zmiana w trzecim jeszcze punkcie. Zastaw sprzedawał w Rzymie wierzyciel prywatnie; zastawcę chronił przepis, że sprzedaż winna być przeprowadzona bona fide, że zatem wierzyciel odpowiada za wszelką winę i wszelką stąd wynikłą szkodę. Dziś regułą stanowi interwencya władzy, co zastawcy zapewnia skuteczniejszą ochronę; z drugiej atoli

strony skutkiem tej zmiany może do sprzedaży doprowadzić także wierzyciel dalszy, podczas gdy w Rzymie tylko pierwszy miał bezwzględnie skuteczną *actionem in rem* i tylko jemu służyło *ius distrahendi*.

256. Jako środek zabezpieczenia wierzyciela jest rzymski zastaw prawem ubocznym, akcesoryjnym. Akcesoryjność objawia się w następujących punktach:

a) Zastaw nie może powstać bez wierzytelności czy cywilnej czy uznanej przez *ius honorarium*. Wierzytelność nie musi zresztą zwracać się przeciw zastawcy. Zastaw może ubezpieczać cudzy dług (por. przypadek, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit); o ile zobowiązanemu służy *exceptio*, przyznanie jej zastawcy nie jest bynajmniej koniecznością, lecz zależy od tego, w jakim celu przyznano ekscypcyę (tak np. służy *exceptio* temu, kto dał zastaw za kobietę ręcącą wbrew przepisom *scons. Velleiani*). Jeżeli zastaw ustanowiono dla wierzytelności warunkowej, ustanowienie zastawu jest również warunkowe »cum nihil interim debeatur«; tak samo traktuje się zastaw dla pretensyi przyszłej. Powstanie wierzytelności stanowi w obu tych przypadkach *condicionem iuris* (I. 385); stąd wynika, że prawa warunkowego zastawnika niezawsze ocenia się według tych zasad, jakie obowiązują przy warunkach, ustanowionych przez strony. Przy zastawie np. dla pretensyi przyszłej intencja stron może być taka, by zastawcy nie nakładać wogóle żadnego ograniczenia aż do powstania pretensyi i zastawu. To zdają się przyjmować juryści, gdy powstanie pretensyi i spełnienie *condicionis iuris* zawisło w zupełności od dobrej woli przyszłego dłużnika (*invito creditore ius pignoris solvi potest*). Tak np., jeżeli się ustanowi zastaw mając zamiar zaciągnąć pożyczkę, a przed zaciągnięciem pożyczki sprzeda rzecz, zastaw rzeczy tej nie obciąża »cum in potestate fuerit debitoris... pecuniam non accipere« (Paulus D. 20, 3, 4); stąd wynika również, że drugi zastaw, ustanowiony dla istniejącej już wierzytelności przed zaciągnięciem pierwszej pożyczki, będzie miał pierwszeństwo przed zastawem, ustanowionym z góry dla tej pożyczki (uznaje to wyraźnie interpolowany zresztą ustęp D. 20, 4, 11 pr.). Odmienna wola stron może atoli w podobnym zupełnie przypadku odmiennie ukształtować stosunek; i w Rzymie, jak dziś, nie jest wykluczone, że hipoteka dla przyszłego kredytu mieć będzie pierwszeństwo już od chwili ustanowienia.

b) Zastaw służy tej wierzytelności, dla której go ustanowiono; tak np. przy długu oprocentowanym można go ustanowić dla samego tylko kapitału, nie zabezpieczając nim odsetek. Łatwo zrozumiały wy-

jątek leży w tem, że zastaw ubezpiecza zawsze także wierzytelności zastawnika z samego kontraktu zastawnego np. o zwrot poczynionych na rzecz nakładów (zastawnik ma co do nich i skargę hipoteczną i prawo sprzedaży) oraz jego wierzytelności z tytułu realizacji zastawu np. kosztów sprzedaży. Nierównie dalej sięga t. zw. *pignus Gordianum*. Opiera się ono na przepisie, że zastawnik może zapomocą *exceptio doli* zatrzymać rzecz mimo zapłaty długu zastawnego »nisi ea quoque pecunia a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur« (C. 8, 26, 1, 2; debitor jest zarazem zastawcą). Przepis ten opiera się zapewne na praktyce, w której układy tej treści weszły w zwyczaj. Nie stwarza on zresztą zastawu dla innych pretensyi, lecz daje wierzycielowi tylko możliwość zatrzymania rzeczy per *exceptionem*; prawa nowoczesne idą często dalej i przemieniają tę możliwość pod pewnymi warunkami w prawo zatrzymania, nie różniące się istotą od zastawu.

c) Jeżeli treść ubezpieczonej wierzytelności ulegnie — bez porozumienia się stron — zmianie np. wierzyciel uzyska skutkiem zwłoki dłużnika prawo do t. zw. odsetek zwłoki lub prawo do wynagrodzenia szkody, zrządzonej mu przez udaremnienie wypełnienia, zastaw ubezpiecza nadal wierzytelność mimo zmiany. Z tem łączy się blisko t. zw. *indivisa pignoris causa* w tem znaczeniu, że zastaw odpowiada w całości za każdą część zabezpieczonej pretensyi (Ulp. D. 20, 1, 19: qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur). Jeżeli tedy dług skutkiem śmierci dłużnika rozpadł się na ułamki, »nisi universum offeratur, iure pignus creditor vendere potest«, choćby część dziedziców zapłaciła mu to, co na nich przypada. Podobnie układa się stosunek, jeżeli wierzyciel pozostawił kilku dziedziców.

d) Jeżeli wierzytelność przejdzie na inną osobę, razem z nią przechodzi prawo zastawu, o ile się nie ułożono inaczej t. zn. o ile wierzyciel nie zrzekł się zastawu. Odnosi się to także do przypadków, gdy wierzytelność przechodzi na inną osobę bez współdziału wierzyciela tj. z woli ustawy (t. zw. dziś *cessio legis*), których nie zna wprowadziło prawo klasyczne, które jednak spotykamy już w kompilacji, a często w prawach nowoczesnych; tem bardziej obowiązuje powyższa zasada przy t. zw. *cessio necessaria*, gdzie wierzyciel miał obowiązek dokonać przeniesienia i do spełnienia tego obowiązku mógł być zmuszony (np. przez ręcyciela, który mu zaofiarował zapłatę; Justynian w noweli 4. wprowadził w tym przypadku takie ograniczenie, że ręcyciel nie może dochodzić prawa zastawu przeciw trzeciemu posiadaczowi, t. zn. ma skargę zastawną tylko przeciw dłu-

znikowi głównemu). Szczególny przypadek tego rodzaju zachodzi wówczas, gdy wierzyciel wystąpił z skargą zastawną przeciw posiadaczowi, nie będącemu dłużnikiem osobistym, a pozwany zaofiarował mu zapłatę. Pozwany może wówczas żądać odstąpienia wierzytelności, a razem z wierzytelnością przechodzą na niego prawa zastawu, które ją ubezpieczały; kompilacya zdaje się przyjmować tu nawet przejście pretensyi z woli ustawy (*cessio legis*). Jeżeli pozwany był tylko posiadaczem obciążonej rzeczy, mieć będzie po odstąpieniu wierzytelności także na tej rzeczy prawo zastawu. Jeżeli był właścicielem, może wstąpić w zastaw na innych przedmiotach, nie może mieć prawa zastawu na rzeczy własnej. Prawo rzymskie daje mu mimo tego takie stanowisko, jak gdyby na rzeczy tej miał zastaw. i pozwala mu w roli zastawnika wystąpić wobec późniejszych wierzycieli zastawnych; przypadek nasz zbliża się w ten sposób do jednej z odmian omówionej niżej pod e) sukcesyi hipotecznej.

e) Zastaw nie może istnieć bez wierzytelności, gaśnię zatem z jej zgaśnięciem. Konsekwentne atoli przeprowadzenie zasady byłoby groźne dla wierzyciela; mógłby stracić zabezpieczenie, nie otrzymawszy tego, co mu się należy, np. jeżeli skutkiem skargi nastąpiła konsumpcya (I. 464). Juryści klasyczni zapobiegli temu, kładąc nacisk na materialne zaspokojenie i posługując się w tym celu formułą *actionis*, która wyklucza skazanie tylko w razie *solutionis* lub *satisfactionis*; w ten sposób utrzymywali zastaw, choć wierzytelność zgasła przez *litis contestatio*, uległa przedawnieniu, choć wierzyciel stał się wbrew swej woli dziedzicem dłużnika (był obciążony *fideikomisem* uniwersalnym, nie chciał więc przyjąć spadku, ale pretor zmusił go do tego w interesie *fideikomisariusza*), lub choć dłużnik stał się dziedzicem ręczyciela, który *»pignus in suam obligationem dedit«*, a przez to obligacya ręczyciela jako takiego przestała istnieć. Zasady te przeszły do kompilacyi, a stąd także do niektórych praw nowoczesnych; razem z niemi przeszła i rzymska konstrukcyja, polegająca na tem, że się tu — w pewnych przynajmniej przypadkach — stosuje pojęcie obligacyi naturalnej (I. 496 n.). W rzeczywistości mamy tu nie zastaw dla obligacyi naturalnej, lecz szereg pozytywnych wyjątków od reguły, w których istnieje zastaw bez wierzytelności; nie można ich sprowadzać do jednej myśli przewodniej np. do zasady, że zastaw gaśnię tylko przez zaspokojenie materialne, bo gaśnię według źródeł, jeżeli wierzyciel traci pretensyę tytułem kary za samowolę (I. 455). Drugą, ważniejszą grupę wyjątków od reguły tworzą przypadki t. zw. sukcesyi hipotecznej, wytwarzającej się w rzymskiej nauce i praktyce pod koniec 2. wieku po Chr. Najwcześniej spotykamy ją

przy konwersyi długu, która i w Rzymie częstem niewątpliwie była zjawiskiem. Chcąc dawny dług zastąpić nowym ma dłużnik dwie drogi do wyboru: może w porozumieniu z wierzycielem dokonać nowacyi, która jednym aktem umarza dług dawny i stwarza w jego miejsce nowy, lub też poszukać gdzieindziej kredytu i z uzyskanych w ten sposób funduszków spłacić dawnego wierzyciela. Nowemu wierzycielowi zależeć będzie w każdym razie na tem, by mieć prawnie stanowisko nie gorsze, niż miał wierzyciel dawny. Łatwo temu zadość uczynić, póki na rzeczy ciążyć może tylko jeden zastaw, a drugi powstaje dopiero z chwilą spłaty pierwszego wierzyciela (wyżej s. 169 n.); kiedy jednak może istnieć obok siebie kilka praw zastawu z różnym stopniem pierwszeństwa, sprawa się komplikuje. Z chwilą zgaśnięcia długu, który się chce skonwertować, gaśnię złączone z nim prawo zastawu, a zastaw dla nowego długu może mieć pierwszeństwo dopiero od chwili, kiedy go ustanowiono; gdyby więc z czterech pretensyi skonwertowano pierwszą, nowy wierzyciel przyszedłby na szary koniec, bo na czwarte miejsce. Juryści rzymscy poddają się potrzebie obrotu i woli stron: odstępują od wyluszczonych przed chwilą konsekwencyi i nowemu wierzycielowi, któremu ustanowiono zastaw na tej samej rzeczy, dają pierwszeństwo tej pretensyi, która zgasła przez nowacyę (pierwszy przypadek konwersyi) lub też umorzona została funduszami, pochodzącymi od nowego wierzyciela (drugi przypadek konwersyi, przy którym kompilacya wymaga nadto, by dla nowego wierzyciela wyraźnie dawne pierwszeństwo zastrzeżono). Można by to ująć w formułę, że nowy zastaw dostaje pierwszeństwo dawnego, że więc skutki ustanowienia nowego zastawu cofa się wstecz; według jurystów rzymskich jednak dawny zastaw przechodzi na nową wierzytelność (stąd źródłowy termin *»succedere«*), nie przestaje tedy istnieć mimo zgaśnięcia pretensyi, którą zabezpieczał. Podobnie przedstawia się rzecz przy wykonaniu t. zw. *iuris offerendi*, jeżeli wierzyciel z gorszym stopniem pierwszeństwa spłaci pierwszego zastawnika lub zaofiaruje mu bezskutecznie zapłatę, przez co *in locum eius succedit*. Przypuśćmy, że czwarty wierzyciel spłacił pierwszego i że dla pretensyi z tytułu dokonania spłaty przyznaje mu się prawo zastawu; to prawo zastawu powinno mieć pierwszeństwo dopiero od chwili spłaty, a co najwyżej możnaby przyjąć, że dawne prawo zastawu płaćcego rozszerza się na kwotę wydaną tytułem spłaty, t. zn. przyznać płaćcemu dla nowej pretensyi czwarte miejsce. Według prawa rzymskiego, za którym poszły i prawa nowoczesne, stosunek układa się inaczej. Na płaćcego przechodzi do wysokości spłaty zastaw spłaconej pretensyi, a sukcesya rysuje się tu z szczególną ja-

snością, jeżeli płacący ze względu na dawną swą pretensję nie miał ius distrahendi (układ taki w prawie klasycznym wiązał), spłaconemu zaś wierzycielowi prawo to było przyznane i razem z jego zastawem przechodzi na płacącego (Paulus D. 20, 3, 3); stąd tłumaczy się dziwna na pierwszy rzut oka zasada, że także pierwszy wierzyciel może wykonać ius offerendi wobec wierzyciela następnego i wejść w jego miejsce (może w ten sposób uzyskać ius distrahendi). Jeszcze dalej idzie prawo rzymskie w ostatnim przypadku sukcesji hipotecznej, gdy ktoś (np. ręczytel: D. 20, 5, 2) rzecz obciążoną kupił — nie odliczając oczywiście ciężaru z ceny kupna — i część ceny obrócił na spłacenie wierzyciela zastawnego; wstępuje on wówczas, choć jest właścicielem zastawu, w miejsce spłaconego wierzyciela i może się uzyskanem w ten sposób pierwszeństwem bronić wobec wierzycieli następnych. W tym przypadku »sukcesor« w zastaw nie tylko nabywa zastaw pretensji zgasłej, ale jest nadto właścicielem rzeczy, co do której występuje w roli zastawnika. Skoro się raz przyjęło, że zastaw na niego przeszedł, można na gruncie prawa rzymskiego usprawiedliwić utrzymanie zastawu mimo nabycia własności; wystarczy w tym celu powołać się na formułę skargi i stwierdzić »satisfactum non esse«, jak to czyni w podobnych warunkach Paulus (D. 44, 2, 30, 1). Faktem jest jednak, że w naszym przypadku zastaw traci i naturę akcesoryjną, bo utrzymuje się po zgaśnięciu wierzytelności, i nawet charakter iuris in re aliena; to ostatnie zjawisko powtarza się zawsze, skoro z jakichkolwiek przyczyn prawo zastawu zejdzie się w jednych rękach z prawem własności, mimo tego zaś właścicielowi dla uchronienia go przed stratą dać trzeba ochronę wobec dalszych wierzycieli hipotecznych (p. wyżej lit. d). Obie powyższe myśli — zastaw bez pretensji i zastaw na rzecz właściciela — rozwija dalej prawo nowoczesne. Przedewszystkiem przy zastawie wpisanym do ksiąg publicznych (nowoczesna hipoteka) prawo zastawu raz powstałe trwa w zasadzie aż do wykreślenia, bez względu na los zabezpieczonej wierzytelności; wskutek tego utrzymuje się według wielu praw pozytywnych także na korzyść właściciela nieruchomości, który spłaćciwszy np. dług może przeznaczyć jego hipotekę dla nowej wierzytelności, pod pewnymi warunkami może nawet zrealizować ją dla siebie, zatrzymując na jej podstawie odpowiednią kwotę z ceny, uzyskanej za rzecz przy zastawnej sprzedaży (do sprzedaży takiej doprowadzić dziś mogą i dalsi wierzyciele hipoteczni). Z drugiej strony idea, że zastaw to prawo do pewnej części wartości rzeczy, części zależnej od stopnia pierwszeństwa, występuje niejednokrotnie i w tej formie, że właściciel rzeczy jako taki może zastrzedz takie

prawo dla siebie, obciążając odpowiednim wpisem rzecz własną, choć oczywiście praktyczna wartość takiego prawa właściciela objawia się tylko wobec osób trzecich, mianowicie wobec nabywców obciążonej rzeczy lub wierzycieli hipotecznych, poszukujących z niej zaspokojenia. Tu jesteśmy już poza granicami przepisów rzymskich, choć ciągle jeszcze w sferze rzymskiej myśli prawniczej; jak takie przypadki ująć, czy mówić tu jeszcze o zastawie i jak wówczas pojęcie zastawu zmienić, czy raczej podstawić w miejsce zastawu pojęcie inne, na to winna dać odpowiedź nauka prawa obowiązującego. W Rzymie pomimo omówionych teraz zjawisk ani nie porzucono ze względu na nie pojęcia zastawu, ani nawet nie uznano potrzeby tegoż modyfikacji.

257. Przedmiotem prawa zastawu może być przedewszystkiem konkretna rzecz zmysłowa, która nadaje się na przedmiot prawa prywatnego; można na zastaw przeznaczyć także pieniądze, przy których vindictio pignoris bynajmniej nie jest wykluczona (wyżej s. 39 n.), odpada atoli oczywiście sprzedaż, a przeznaczenie zastawu wypełnia się z reguły w krótkiej drodze (secum pensare), skoro tylko znalazły się w rękach wierzyciela. Zabezpieczenie przez oddanie pewnej ilości rzeczy zamiennych z obowiązkiem zwrotu in genere po wyrównaniu długu (t. zw. dziś pignus irregulare, stosowane często przy kaucjach służbowych) nie tworzy zastawu, lecz przenosi na wierzyciela własność, zbliża się tedy raczej do rzymskiej fiducii, choć jest wytworem nowych dopiero czasów. Większą ilość rzeczy można obciążyć zapomocą jednego aktu; zachodzi to mianowicie przy rzeczach zbiorowych, przy których nadto stosunek zastawny może się ukształtować i w ten sposób, że jednostki, które przestają wchodzić w skład rzeczy zbiorowej, są eo ipso od zastawu wolne (I. 336). Poza tym przypadkiem oraz hipoteką generalną (wyżej s. 174) rzecz raz obciążona podlega prawu zastawu, choć przejdzie w obce ręce, a także podział fizyczny czy idealny w niczem praw zastawnika nie zmienia. Razem z rzeczą podlega zastawowi to, co się z nią jako z rzeczą główną połączyło nierozzerwalnie (przyrost), zatem przez alluvio, avulsio, satio, plantatio, inaedificatio i t. p.; zastaw nie obejmuje jednak ani opuszczonego koryta ani wyspy, tem bardziej zaś skarbu na zastawionym gruncie, co do którego wierzyciel może mieć tylko zwykłe prawa znalazcy. Jeżeli na zastaw dano nudam proprietatem, »ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit« (Paulus D. 13, 7, 18, 1); z tej myśli wynika również zasada, że wierzyciel zastawny dochodzić może służebności gruntowych, związanych z zastawionym gruntem. Z owoców wyłączyć trzeba przedewszystkiem te, które zasta-

wnik nabywa na własność. Wiadomo już, że to zachodzi w razie stosownej umowy stron np. na podstawie układu antychretycznego, oraz w przypadku, gdy wierzyciel ma zastaw w rękach, jest zobowiązany do dobrej gospodarki i w wypełnieniu tego obowiązku owoce zbiera, a wyraźny układ nie postanawia inaczej (p. wyżej s. 49); rozrachunek zależy przede wszystkim od treści umowy, w braku zaś takiej umowy liczy się nabyte owoce najpierw na procent, potem na kapitał, a ewentualną nadwyżkę winien wierzyciel zwrócić zastawcy. Z drugiej strony wyłączyć trzeba także *fructus post litem*, które podpadają pod skargę zastawną już na podstawie prawideł procesu klasycznego (I. 459); chodzi więc tylko o owoce, oddzielone *ante litem*, a nie stające się własnością zastawnika. Owoce te podpadają pod zastaw pod dwoma warunkami. Przede wszystkim muszą być poddane prawu zastawu przy ustanowieniu zastawu. Jeżeli strony zawarły co do tego wyraźny układ, niema wątpliwości; w przypadku, gdy układu nie było, spotykamy u jurystów rzymskich różnice zdań, o których wspominałem już poprzednio (wyżej s. 44), kompilacja jednak przechyliła się na stronę poglądu, że takie rozszerzenie zastawu rozumie się samo przez się, że więc wystarczy *tacita pactio*, a zbyteczna jest *specialis conventio*. Skoro w myśl tych zasad zastaw ma objąć owoce, traktuje się go jako zastaw na rzeczach przyszłych, wymaga się zatem, by owoc w chwili, kiedy zaczyna samodzielny byt, stał się własnością zastawcy. Jeżeli zastawca rzecz sprzedał, a nabywca uzyskał owoce, nie odpowiada za nie wierzycielowi, bo zastawem nie były objęte. Nawet w przypadku, gdy zastawca sprzedał owoce na pniu, a nabywca je zebrał, nie grozi mu skarga hipoteczna o przedmioty *»qui numquam debitoris fuerunt«* (Papin D. 20, 1, 1, 2); tylko co do *fetus pecorum* — jak przy *partus ancillae* — nie jest wykluczone, że dla niektórych uczonych wystarczało, by jako poczęte t. zn. jako część rzeczy należały do zastawcy, choćby odłączenie nastąpiło później w takich warunkach, że stały się własnością osoby trzeciej. Skoro powyższym wymaganiom stało się zadość, zastaw obejmuje owoce; i w tym atoli przypadku prawo zastawnika jest słabsze, niż kiedy indziej, albowiem w razie pozbycia separowanych owoców przez zastawcę zastaw gaśnie (I. 506), co tłumaczy się gospodarczym przeznaczeniem owocu. Jasną jest wreszcie rzeczą, że powyższego prawa zastawu na owocach dochodzić trzeba w prawie klasycznym odrębną skargą. Zmienia to dopiero kompilacja (D. 20, 1, 16, 4). Pozwala ona sędziemu w sporze o rzecz główną objąć orzeczeniem wszystkie *fructus exstantes* jako *causam rei*, przenosi więc na ten przypadek zasady, wprowadzone przy posiadaniu *bona fide* (wyżej s. 47), a przez to rozsze-

rza zastaw na owocach, nie troszcząc się o warunki prawa klasycznego (np. o to, czy owoce były własnością zastawcy); zarazem jednak określa temu orzeczeniu granice, których nie znało prawo klasyczne, bo pozwala wciągnąć owoce — także *fructus post litem* — w kondemnację tylko wówczas, si *res non sufficit*. W prawach nowoczesnych odpadły kwestye, łączące się z rzymską *vindicatio pignoris*, albowiem wierzyciel hipoteczny nie ma dziś prawa do posiadania; porzucono także warunek, by owoce oddzielone stawały się własnością zastawcy, wiązał on się bowiem w prawie rzymskim z formułą skargi Serwiańskiej (p. niżej s. 185), nie z istotnymi właściwościami stosunku zastawnego.

258. Zastaw na rzeczy może być ograniczony. Ograniczenie takie, jakiemu ulega prawo właściciela przy współwłasności, zachodzi wówczas, gdy współwłaściciel zastawi swój udział lub gdy właściciel wyłączny ustanowi zastaw na *pars pro indiviso*. Zastawnik ma wtedy *vindicationem pignoris* tylko co do zastawionej części idealnej i tylko tę część może sprzedąć; tych praw nie dotyka jednak zupełnie przeprowadzenie działu między spółnikami (w razie np. podziału fizycznego każdy kawałek pozostaje obciążony w takim samym ułamku, jak poprzednio), a chcąc w stosunku do zastawnika uchylić spólność *pro indiviso*, trzeba i można — przynajmniej od czasów Juliana — wystąpić przeciw niemu z *actio communi dividundo*, której mogą użyć także między sobą wierzyciele, mający zastaw na odrębnych *partes pro indiviso*. Jeszcze dalej odbiega od zwykłego zastawu na rzeczy zastaw w granicach pewnego *iuris in re aliena*. Kto ma *fundum vectigalem*, może go *pignori dare* tj. obciążyć w granicach własnego prawa; wierzyciel ma wówczas *actionem in rem*, według kompilacji także prawo sprzedania wieczystej dzierżawy, ale traci zastaw z zgaśnięciem prawa zastawcy np. si *vectigali non soluto iure suo dominus usus est*. Zasady powyższe stosuje Paulus do *superficies* (ut *prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium*: D. 20, 4, 15, którego autentyczność zd. m. bezpodstawnie kwestionowano); prawo Justyniańskie przenosi je na *emfiteuzę*. Zastaw użytkownika oznacza początkowo tylko zastawienie owoców jako rzeczy przyszłych pod warunkiem, że staną się własnością zastawcy. Pod koniec jednak 2. w. po Chr. prawo rzymskie daje temu, kto dostał taki zastaw czy od właściciela czy nawet od użytkowcy, ochronę tak wobec skargi negatoryjnej właściciela, jak i wobec skargi użytkowcy. Jest to już krok naprzód, ale mimo tego prawo zastawnika to jeszcze tylko ograniczony zastaw na rzeczy, który pozwala wierzycielowi utrzymać się przy rzeczy i uzyskać zastaw na owocach, przy którym

jednak nawet *actio in rem* jest wątpliwa. Dopiero w kompilacji zastawnik taki ma i *actionem in rem* i *ius distrahendi*, nie stwierdzone wprawdzie żadnym tekstem, ale wynikające stąd, że je dopuszczono przy służebnościach gruntowych; przez to przekształcono prawo zastawu na rzeczy w granicach praw użytkowcy, tworząc z niego zastaw na prawie użytkowania. Podobnie, jak użytkowanie, traktuje zd. m. już prawo klasyczne służebności gruntowe, dopuszczając układu z właścicielem rzeczy »ut quamdiu pecunia soluta non sit... servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat)«, co jest znów zmodyfikowaniem zastawienia rzeczy (wyżej s. 129 n.); Justynian wprowadza i tu prawo sprzedaży (D. 20, 1, 12: »ut... si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat«), nie troszcząc się bynajmniej o to, że służebność, którą przyznano wierzycielowi, jest prawem innym, niż służebność z tą samą nazwą w rękach innego sąsiada, a przez to wprowadza także pojęcie zastawu na służebności gruntowej. Może wreszcie już w epoce klasycznej zastawnik oddać rzecz zastawioną w nadzastaw, który się nazywa także podzastawem: skutek jest taki, że w granicach praw pierwszego wierzyciela »quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est« (Marcianus D. 20, 1, 13, 2), oprócz tego zaś przyznać należy nadzastawnikowi — zawsze w powyższych granicach — prawo sprzedaży rzeczy. Dalszych skutków źródła nie określają dostatecznie jasno, co łączy się zapewne z tem, że przytoczony przed chwilą ustęp D. 20, 1, 13, 2, najobszerniej zajmujący się nadzastawem, w dalszej swej części nie jest klasyczny. Właściciel rzeczy przez zapłatę swego długu uwalnia ją niewątpliwie od wszelkiego ciężaru; do czyich jednak rąk ma tę zapłatę uiścić, na to niema odpowiedzi, a niewiadomo również, czy nadzastawnik może wprost od niego domagać się zapłaty. Wskutek tego w nauce romanistycznej poglądy rozbiegają się w różne strony. Najczęściej przyjmuje się, że *secundus creditor* ma zastaw także na preteńsi pierwszego wierzyciela; co do prawa jednak rzymskiego brak podstawy do konstrukcji, a w prawach dzisiejszych dać ją muszą przepisy pozytywne.

259. Z przeglądu powyższego widocznem jest, jak prawo klasyczne różnorodne przypadki z praktyki życia umiało pomieścić w ramach zastawu jako prawa rzeczowego, które może być pełne, może jednak także dawać zastawnikowi część tylko pewną zwykłych uprawnień, jeżeli taka była wola ustanawiającego zastaw właściciela albo jeżeli sam zastawca miał tylko prawo ograniczone. Zastaw pozostaje mimo tego prawem na rzeczy zmysłowej, a Gaius D. 20, 1, 9, 1 pi-

sząc, że zastawić można wszystko »quod emptionem venditionemque recipit«, tylko rzeczy zmysłowe ma na myśli; dopiero kompilacja, dla której prawo sprzedaży stanowi *essentiale* zastawu, przerabia przypadki powyższe na zastaw na prawie rzeczowym, które zastawnik może drogą sprzedaży przenieść lub ustanowić na rzecz osoby trzeciej. Dzięki temu mógł się w nauce nowoczesnej pojawić pogląd, który zastaw na rzeczy zmysłowej pojmuje jako zastaw na prawie własności; odbiega on daleko od wyobrażeń rzymskich, a i zjawisk, towarzyszących dzisiejszemu zastawowi (np. prawa wierzyciela do wystąpienia przeciw wycinaniu lasu), nie jest zd. m. w stanie wytłómaczyć. Tę zmianę pojmowania stosunku spotykamy także przy *pignus nominis*. Zastawca musi tę rzecz, którą chce obciążyć, mieć *in bonis*; gdyby był tylko posiadaczem *bona fide*, wierzyciel mieć będzie skargę zastawną tylko przeciw zastawcy i tym osobom, przeciw którym zastawca mógłby wnieść skutecznie skargę *Publiciana*, a dokonana przez niego sprzedaż nie da również nabywcy lepszego stanowiska. Zastawienie rzeczy cudzej może atoli stworzyć zastaw, jeżeli właściciel zgodził się na nie; co więcej, jeśli nastąpiło bez jego zgody, nie powstaje wprawdzie zastaw odrazu, skoro jednak później zastawca nabydzie własność, *datur utilis actio creditori* po odpowiedniej zmianie formułki (różnice zdań, jakie występują w źródłach, dotyczą tylko bliższego określenia warunków *konwalescencji*). Tem bardziej uzyskuje zastawienie rzeczy cudzej — zbliżone w tym względzie do zastawienia rzeczy przyszłej — pełną skuteczność, skoro ją obciążono na przypadek, że stanie się własnością zastawcy, a przypadek ten rzeczywiście nastąpił. Na tej zasadzie opiera się zwykła już według Gaiusa *conventio generalis*, mocą której dłużnik obciąża zastawem »omnia bona quae nunc habet et quae postea adquisierit«; obejmuje ona wówczas rzeczy zmysłowe wraz z *agri vectigales* i *superficiarii*, które już do zastawcy należą lub należeć do niego będą, a dopiero w kompilacji odnosi się do rzeczy i innych praw, stanowiących jego majątek. Jedyna wątpliwość, jaka się co do tego przypadku *konwalescencji* nasuwa, odnosi się do pytania, jak uregulować pierwszeństwo kilku praw zastawu, ustanowionych na rzeczy, która w przyszłości dopiero stać się ma własnością zastawcy: czy je uważać za równe, bo powstają w jednej chwili, kiedy zastawca staje się właścicielem, czy oznaczyć pierwszeństwo według czasu ustanowienia. Za tem drugim zdaniem oświadcza się *communis opinio romanistów*. Odpowiada ono teorii warunku zawieszającego i ma uzasadnienie źródłowe (Paulus D. 20, 4, 14: *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est*); wyjątek od zasady zachodzi tylko

wówczas, gdy zastawca uzyskał własność za pieniądze późniejszego zastawnika (np. późniejszy zastawnik na zlecenie zastawcy wypłacił walutę pożyczkową jako cenę kupna temu, od kogo zastawca rzecz kupił), albowiem w tym razie kosztem późniejszego wierzyciela powstają wcześniej ustanowione prawa warunkowe (p. niżej s. 197). Zresztą zastaw taki nie różni się od innego, skoro warunek się spełnił t. zn. zastawca uzyskał własność; najczęstszym zaś w praktyce przypadkiem tego rodzaju jest zastawienie rei debita, które już w czasach klasycznych występuje jako pignus nominis. »Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit«, pretor według Paula D. 13, 7, 18 pr. chroni »et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar«. Wierzyciel dostaje tedy przede wszystkim upoważnienie do ściągnięcia pretensyi, które w procesie formułkowym łatwo mu dać zapomocą stosownej zmiany podmiotów w formułce (I. 415), a które w prawie Justyniańskim wynika wprost z ustanowienia zastawu tak, że wierzyciel dochodzi cudzej pretensyi z mocy własnego prawa; jest to zmiana analogiczna do tej, jakiej uległo ius distrahendi (wyżej s. 26), a uwaga ta wskazuje, iż »ius exigendi« nie daje zastawnikowi odrębnego prawa podmiotowego, nie czyni go wierzycielem trzeciego dłużnika, lecz daje mu podobną moc prawną, jak ius distrahendi (wyżej s. 159). Z drugiej strony pozwala pretor trzeciemu dłużnikowi stawić skuteczny opór skardze zastawcy, a uzupełnieniem tego jest wyrażona już przez Aleksandra Sewera (C. 8, 16, 4) zasada, że gdyby trzeci dłużnik mimo zawiadomienia o zastawie uiścił zapłatę zastawcy, wówczas odpowiada nadal zastawnikowi, jak gdyby zapłata nie nastąpiła. Te środki nie zmieniają atoli natury pignoris nominis. W D. 20, 1, 13, 2 w autentycznym zd. m. cytacie pisze Pomponius: »si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem«. Mamy tu więc zastaw na res debita, wchodzący w życie z chwilą zapłaty do rąk zastawnika, albowiem z tą chwilą res debita staje się własnością zastawcy; stąd wynika również, że w razie zapłaty do rąk zastawcy rzecz zapłacona wchodzi także w węzeł zastawny (bez względu na ewentualną odpowiedzialność trzeciego dłużnika wobec zastawnika). Dopiero w prawie Justyniańskim przyznać należy zastawnikowi prawo do sprzedaży zastawionej wierzytelności; brak wprowadzenia to jasnego i wyraźnego świadectwa źródeł, ale trudno mieć wątpliwości, skoro ius distrahendi uznano za essentialia zastawu, a rozwój cesyi usunął wszelkie przeszkody sprzedaży. Z tą chwilą obok zastawu na res debita z środkami pomocniczymi (ius exigendi) przy-

jąć musimy zastaw na wierzytelności jako takiej. Z tą chwilą zwrot Gaia o możliwości zastawu na wszystkim, quod emptionem venditionemque recipit, nowe przybiera znaczenie (duplex interpretatio), a hipoteka generalna staje się zastawem na wszelkich rzeczach i prawach, które należą lub należeć będą do zastawcy i dopuszczają pozbycia.

260. Zastaw powstaje przede wszystkim przez umowę, do której nie wymaga się żadnych formalności. Że ten, kto chce rzecz obciążyć, musi ją mieć in bonis względnie mieć to prawo na rzeczy, w którego granicach zastaw na rzeczy ma powstać, wspomniałem poprzednio; przy Justyniańskim zastawie na prawach może zastaw ustanowić tylko ten, komu dotyczące prawo przysługuje. Inna osoba może dokonać obciążenia za zgodą właściciela względnie uprawnionego; zastępstwo po obu stronach jest dopuszczalne, w szczególności może zastaw ustanowić nie tylko procurator omnium bonorum, jeżeli jego zakres działania tak daleko sięga (I. 416), lecz — według kompilacji — także ten, komu dano szczegółowe zlecenie. Zakaz alienacji wyklucza i obciążenie zastawem (I. 429). Wola właściciela względnie uprawnionego może stworzyć zastaw także mortis causa, od czasów Sewerów nawet przez zapis, który wprost wywołuje rzeczowe skutki, choć jest instytucją iuris civilis, a zastaw należy do prawa pretorskiego (I. 70). Innowacją czasów cesarstwa jest także t. zw. pignus tacitum, zastaw powstający z woli ustawy, choć dłużnik woli ustanowienia go nie objawił. Początkowe przypadki tego rodzaju łączą się ściśle z praktyką życia: przyjmuje się pignus tacitum tam, gdzie układ o zastaw stanowił regułę i gdzie można go uważać za naturale negotii. Najważniejszy i najdawniejszy przykład tego typu to zastaw ustawowy na rzeczach, wniesionych lub wprowadzonych (invecta illata inducta) przez lokatora na nieruchomości miejską, zabezpieczający czynsz najmu i inne wierzytelności z stosunku najmu (np. gdyby lokator przez winę swą wywołał szkodę). Obejmuje on także invecta sublokatora do wysokości czynszu podnajmu, stosuje się jednak do prawdopodobnej woli dłużnika, bo ciąży tylko na »pignoris nomine« inducta; odznacza się nadto tem, że — jak później hipoteka generalna — chwytła te tylko invecta, które znajdują się u dłużnika w czasie dochodzenia zastawu, które więc wierzyciel zdołał percludere (p. wyżej s. 168). Aż do tej chwili dłużnik może rzeczy alienować jako wolne od ciężaru, niewolników wyzwalać i t. d.; po przytrzymaniu wyzwolenie nie jest już dopuszczalne, choć byli juryści, którzy nie chcieli tego uznać, wychodząc z założenia, że prawo pretorskie nie może wpływać na sferę iuris civilis (I. 70; p. D. 20, 2, 9).

Zastaw ten przeszedł — z różnicami co do szczegółów — do praw nowoczesnych; przy *praedia rustica* pochodzi z czasów klasycznych podobne prawo zastawu najmodawcy na owocach, które dzierżawca lub poddzierżawca zbierze z dzierżawionego gruntu. Inne przypadki mają odmienną podstawę historyczną. Niektórym pretensjom pragnie prawo dać przywilej, zapewnić im zaspokojenie przed innymi wierzytelnościami do tego samego dłużnika. Ongi wystarczało w tym celu przyznać im t. zw. *privilegium exigendi* t. zn. pierwszeństwo w konkursie, nie tworząc na ich rzecz prawa zastawu tak, że wierzyciele zastawni otrzymywali zaspokojenie z zastawu przed wierzycielami uprzywilejowanymi. Kiedy jednak rozwój zastawu wytworzył hipotekę tajną (*nuda conventione*), a w obrocie zaczęły się wskutek tego mnożyć umowne hipoteki generalne, prawo chcąc utrzymać przywilej pewnej pretensji musiało dotrzymać praktyce kroku t. zn. umocnić przywilej ustawowym prawem zastawu, a ewentualnie temu zastawowi przyznać nawet pierwszeństwo. Tak powstał za Marka Aureliusza ustawowy zastaw na budynku dla tego, kto dał pożyczkę na odbudowę, wyposażony nadto przywilejem pierwszeństwa; stąd pochodzą także wprowadzone przeważnie za czasów chrześcijańskich ustawowe hipoteki generalne, na których niebezpieczeństwo dla kredytu zwróciłem już uwagę (s. 174). Pupil ma np. początkowo wobec opiekuna tylko *privilegium exigendi*, w epoce klasycznej już zastaw ustawowy i uprzywilejowany na rzeczach, które opiekun nabył za jego pieniądze, od Konstantyna nadto hipotekę generalną na majątku opiekuna *pro officio administrationis*; pretensja żony o zwrot posagu dochodzi od *privilegium exigendi* do Justyniańskiej uprzywilejowanej hipoteki generalnej na majątku męża, która jest zresztą tylko ustępstwem na rzecz prawnych wyobrażeń Wschodu, widzących w posagu majątek żony; fiskus ma z początku *privilegium exigendi*, w czasach klasycznych generalną hipotekę dla podatków, ale prawdopodobnie dopiero za Justyniana taką hipotekę dla roszczeń kontraktowych np. z tytułu dzierżawy *vectigalium fisci* (umowne hipoteki musiały tu już dawniej być na porządku dziennym, skoro prawo klasyczne uwalnia dzierżawców od *munera municipalia*, aby nie narażać na uszczuplenie *«facultates eorum, quae subsignatae sunt fisco»*: D. 50, 6, 6, 10). Poza powstaniem nie różni się zresztą *pignus tacitum* od zastawu umownego; inaczej przy t. zw. *pignus praetorium* oraz *pignus in causa iudicati captum*, które to przypadki dogmatyka określa jako zastaw powstały przez zarządzenie władzy. Główny przypadek *pignoris praetorii* to *missio in bona* dłużnika (I. 480), znana i kompilacyi przy konkursie: daje ona wierzycielom stanowisko podobne, jak

pignus dawnego stylu (wyżej s. 167), od zastawu zaś różni się raz tem, że *actionem in rem* wprowadza tu dopiero Justynian, drugi raz tem, że przy *bonorum venditio* czy *distractio* dominują pierwiastki publiczno-prawne. Podobną naturę mają i inne *missiones in possessionem* na rzecz wierzyciela np. *missio in possessionem hereditatis* legataryusza, który ma na podstawie edyktu prawo do żądania zabezpieczenia *«ut non prius discedat, quam si solutum.. fuerit aut.. satisdatum»*, lub znana już *missio in poss. damni infecti nomine*, gdzie dłuższa zwłoka sprowadza przepadek, jak przy *lex commissoria*. Późniejsza forma egzekucyi na majątek (I. 484), *pignus in causa iudicati captum*, jeszcze dalej odbiega od zastawu. Całe postępowanie aż do sprzedaży zajętych rzeczy czy wierzytelności — sprzedaż wierzytelności zna tu już prawo klasyczne — prowadzi władza; egzekwent ani nie ma skargi hipotecznej, ani nie dokonywa sprzedaży, owszem, może sam wystąpić w charakterze licytanta, ani nie wchodzi w żaden stosunek prawny z kupującym (jeżeli kupujący nie płaci, władza odbiera rzecz i sprzedaje za gotówkę; gdyby kupującemu trzeci właściciel rzecz zabrał, ma on regres tylko do dłużnika zwolnionego od długu). Można to zajęcie rzeczy zestawić z zastawem ze względu na wynik gospodarczy; to podobieństwo widzą już klasycy. Pierwiastki prywatnych praw podmiotowych ustępują tu jednak na drugi plan wobec urzędowej działalności; dopiero na gruncie praw nowoczesnych można stwierdzić także podobieństwo budowy prawnej, albowiem zastaw dzisiejszy polega przede wszystkim na prawie sprzedaży, a sprzedaż przeprowadza z reguły władza publiczna.

261. Zastawowi towarzyszą — początkowo tylko przy zastawie umownym — obligacyjne prawa i obowiązki między wierzycielem i zastawcą, których rzymskim wyrazem są *actiones pigneraticiae in personam*. Omówimy je przy zobowiązaniach; tu stwierdzić należy, że nie wiążą się one z prawem zastawu jako takim, bo powstają także, jeżeli ktoś cudzą rzecz dał w zastaw, a do powstania prawa zastawu zupełnie nie przyszło. Istotne prawa zastawnika to: przy zastawie na rzeczy i zastawie na prawie rzeczowym prawo do posiadania oraz *ius distrahendi* (wspomniane już s. 174 prawo do wartości zamiennej chronione jest skargą karną *in personam*, której przedstawienie należy do nauki o zobowiązaniach), przy *pignus nominis* *ius exigendi* oraz *ius distrahendi*. Przedstawię tu tylko prawo do posiadania przy zastawie rzeczy; zastosowanie dotyczących zasad do zastawu na *ius in re aliena* nie nastrocza trudności. Posiadanie może zastawnik uzyskać odrazu (zastaw ręczny). Jeżeli go nie uzyskał odrazu lub uzyskane stracił, nie może go zdobywać drogą po-

mocy własnej. O ile był już posiadaczem, ma do ochrony zwykłe środki possessoryjne; przy poszczególnych przypadkach *missionis in possessionem* służą mu odpowiednie interdykta, *ne vis fiat ei, qui in possessionem...* *missus est*; głównym atoli środkiem do uzyskania czy odzyskania posiadania jest pretorska *actio in rem*, zwana dziś skargą hipoteczną (najdawniejszą nazwą rzymską jest prawdopodobnie *vindicatio pignoris*; źródła mówią nadto o *Serviana utilis*, o *hypothecaria*, co do czego p. wyżej s. 170 n., wreszcie o *pigneraticia in rem actio*). Służy ona do *vindicatio pignoris*, a juryści wywodzą stąd, że zastawnik ma i inne środki prawne, przyznane temu, komu służy *vindicatio rei*, mianowicie aonem finium regundorum, *vindicationem servitutis* i środki prawa sąsiedzkiego. Przy zastawie ręcznym wierzyciel może ją wnieść każdego czasu, w innych przypadkach może z niej skorzystać nie tylko po bezskutecznym upływie terminu płatności względnie po utracie raz nabytego posiadania, ale zd. m. od razu po powstaniu zastawu; wątpliwości co do ostatniego punktu wydają mi się bezpodstawne, bo nie widzę ustępu, któryby skargę przed terminem wykluczał (inaczej przy długu warunkowym »cum nihil interim debeatur«), formułka przemawia za dopuszczalnością skargi, a jeśli chodzi o obawę, by nie zmuszać dłużnika do przedwczesnej zapłaty, to prawnicy rzymscy umieli niewątpliwie znaleźć środki ochronne (p. Marcianus D. 20, 6, 5, 1: »si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intellegitur de hypotheca quoque idem pactus esse«), wobec tego zaś wszystkiego wahające się słowa Ulpiana (D. 20, 4, 14 pr.: »et puto dandam pignoris persecutionem«) nie uprawniają do odmiennych wniosków. Jako *vindicatio pignoris* zbliża się skarga hipoteczna procesualnie do *vindicatio rei*; te same zasady obowiązują co do legitymacji biernej, co do kaucji *iudicatum solvi*, nawet co do rozmiaru kondemnacji. W tym ostatnim punkcie zmienia je kompilacja na korzyść dłużnika: stanowi, że »lis... erit aestimanda non pluris quam quanti debet« (D. 20, 1, 21, 3), co więcej, po kondemnacji na wyższą kwotę, jaką przewidywali klasycy, pozwala mu »quod re vera debet dando« uwolnić się od odpowiedzialności — zmiany o tyle niezbyt doniosłe, że wierzyciel może w prawie Justyniańskim żądać egzekucji *in rem ipsam*. Nadto zmienia kompilacja zasady co do owoców (wyżej s. 182 n.); inne różnice w stosunku do *rei vindicatio* pochodzą z czasów klasycznych. Przedewszystkiem od skarżącego wymaga się innego dowodu: musi on wykazać nabycie zastawu, więc także własność zastawcy. Restituere ma inne znaczenie: uważa się je za dokonane, skoro pozwany zaspokoił wierzyciela (kiedy pozwany może żądać odstąpienia pretensji, wspomniano wyżej s. 178). Naj-

ostrzej występują różnice co do zarzutów, jakimi pozwany może się bronić. Już przy kwestji nakładów Africanus daje ekscepcję tylko temu, kto skutkiem odmówienia mu kaucji damni infecti uzyskał posiadanie obciążonego budynku i dokonał naprawy, odmawia jej natomiast kupcowi, który mógł w kontrakcie »diligentius a venditore sibi cavere« t. zn. zastrzedz sobie regres na każdy przypadek. Widać tu wyraźnie niechęć wobec myśli przeniesienia na skargę hipoteczną zasad, przyjętych przy RV, a choć Paulus D. 20, 1, 29, 2 zdaje się każdemu posiadaczowi bona fide przyznawać prawo do zwrotu nakładów — w ustępie widać rękę kompilatorów — to przecież pewnem jest, że co do tej kwestji nie było zgody; rozbieżność zdań łatwo zrozumieć, skoro zważymy, że wierzyciel przez realizację zastawu dostaje w każdym razie tylko to, co mu się należy, a zatem dolus po jego stronie wydaje się wykluczony. Różnica występuje i wówczas, gdy pozwany chce się zasłonić własnem prawem zastawu: wobec skargi windykacyjnej każdy zastaw wystarczy do odparcia skargi, wobec skargi hipotecznej tylko prawo lepsze lub przynajmniej równe np. si eodem die pignus utrique datum est separatim (w tym przypadku *vindicatio pignoris* zostanie bez skutku, dopuszczalna jest jednak zd. m. *vindicatio pro parte* względnie *ao communi dividundo*, albowiem według Marciana D. 20, 1, 16, 8 i tutaj »magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum«). Spotykamy wreszcie przy skardze hipotecznej specjalne ekscepcje prawa zastawnego. Taką jest przedewszystkiem *exco excussionis realis*, znany nam już (wyżej s. 175) połowiczny środek przeciw hipotekom generalnym. Justynian w now. 4. wprowadza nadto t. zw. ekscepcję *excussionis personalis* tj. zasadę, że trzeci posiadacz zastawu może żądać, by wierzyciel dochodził swego prawa najpierw przeciw dłużnikowi i ręczycielom. Myśl ta, z której konsekwencyami spotkaliśmy się już poprzednio (s. 177 n.), nie musiała być obcą i epoce klasycznej, skoro Paulus D. 49, 14, 47 pr. przytacza dekret cesarski, że fiskus jako wierzyciel skarżyć ma przedewszystkiem dłużnika osobistego. Obie powyższe ekscepcje spotykamy także gdzieś w prawach nowoczesnych.

262. Drugie istotne prawo zastawnika to prawo sprzedaży. Przy *pignus praetorium* oraz *ex causa iudicati* sprzedaż podlega przepisom prawa konkursowego względnie egzekucyjnego; tu omawiam przypadki pozostałe. Prawo sprzedaży służy tylko wierzycielowi, który ma najlepsze prawo zastawu. Warunkiem sprzedaży jest niezapłacenie długu mimo upływu terminu; jeżeli dłużnik zapłatę ofiarował, a wierzyciel jej nie przyjął, »improba alienatio proprietatis ius non auferet«, jak przy każdej bezprawnej sprzedaży rzeczy cudzej.

Dalsze warunki zależą przede wszystkim od układu stron; w braku układu wierzyciel winien wezwać dłużnika o zapłatę grożąc mu sprzedażą, ale w prawie klasycznym zaniedbanie wezwania nie pociąga za sobą bezskuteczności alienacji, a dopiero Justynian podnosi ową »denuntiatio« do rzędu warunków, przepisując zarazem, że przy *pactum de non distrahendo* konieczne jest wezwanie trzechkrotne (według glossy »solve, solve, solve«) i że wierzyciel może dokonać sprzedaży dopiero w dwa lata po wezwaniu — przy *pactum de non distrahendo* po ostatnim wezwaniu — względnie w razie sporu po wyroku sądu. Sprzedaży dokonywa wierzyciel prywatnym kontraktem, zazwyczaj *sub hasta* t. zn. drogą prywatnej licytacji, którą poprzednio w stosowny sposób ogłasza. Kontrakt może być także warunkowy np. z zastrzeżeniem lepszego kupca (*in diem addicere*); zastawca tyle tylko może żądać, by wierzyciel postępował *bona fide* t. zn. jak »*diligens pater familias*«, w razie zaś zaniedbania ma prawo pociągnąć go skargą zastawną *in personam* do odpowiedzialności za szkodę np. jeżeli przyjął niższą ofertę, jeżeli przy *addictio in diem* odrzucił lepszego kupca (chyba że »*inops emptor et impediendae tantummodo venditionis causa intervenit*«), jeżeli *per gratiam* pozbył rzecz niżej wartości, o czym często wspominają źródła, i t. p.; ewentualnie może zastawca wystąpić z *actio doli* przeciw nabywcy. Nieważna jest sprzedaż zastawu właścicielowi (*rei suae nulla emptio*): choć kupił za cenę niższą od długu, nie może żądać od wierzyciela wydania, dopóki mu nie zaoferuje pełnej zapłaty (Papin. D. 13, 7, 40 pr.), a oczywiście nie może także zasłaniać się pierwszeństwem sprzedawcy wobec dalszych zastawników (por. wyżej s. 180). Niema wogóle sprzedaży, jeżeli jako kupujący występuje sam wierzyciel choćby *per suppositam imaginarii emptoris personam*; zastawca może go każdej chwili zmusić do zwrotu, skoro mu zaoferuje zapłatę długu. Nabywcą może być zresztą każda inna osoba, także dalszy zastawnik; w tym ostatnim jednak razie rzekome kupno jest często tylko wykonaniem *iuris offerendi et succedendi* (wyżej s. 179), a również co do ręczyciela podkreśla Papinian (D. 20, 5, 2), że po zaskarżeniu go przychodzi często *officio iudicis* do sprzedaży zastawu między powodem i pozwanym, takie zaś »*suscipere*« stanowi w rzeczywistości przeniesienie na kupującego stanowiska zastawnika (wyżej s. 180). Z zawartego ważnie kontraktu powstają zwyczajne skutki prawne. Sprzedawca ma prawo do ceny, a otrzymawszy ją staje się jej właścicielem i może się z niej zaspokoić; jeżeli cena pokrywa tylko część długu, wierzyciel zachowuje prawo do reszty chyba, że nieściągnięcie ceny przypisać trzeba własnej jego winie; jeżeli po pokryciu długu

ostaje nadwyżka, wierzyciel winien ją wydać następnym zastawnikom względnie zastawcy, którzy mają w tym celu przeciw niemu *actionem in personam*. Kupujący ma prawo żądać oddania sprzedanej rzeczy tak, jak żądać go może od sprzedającego właściciela; skoro *ex causa emptionis* uzyska posiadanie, staje się właścicielem, a dalsi wierzyciele tracą swe prawa zastawu. Nabycie jest pochodne, bo zależy od istnienia prawa zastawu, zatem także od tego, by rzecz była przy zastawieniu *in bonis* zastawcy lub stała się później jego własnością. Jeśli zastawca był np. posiadaczem *bona fide*, wierzyciel dokonał sprzedaży, a właściciel skargą *windykacyjną* odebrał rzecz nabywcy (t. zw. *ewikcyja*), *venditor* odpowiada nabywcy *ex empto* za *dolus* np. jeżeli wiedział o braku prawa u zastawcy, odpowiada również, jeżeli takie zobowiązanie wziął wyraźnie na siebie, a w obu tych przypadkach »*apparet debitorem non esse liberatum*«; w innych jednak przypadkach sprzedający wierzyciel wolny jest od odpowiedzialności, a nabywcy odpowiada z tytułu *ewikcyi* dłużnik uwolniony od długu, który nie powinien bogacić się cudzą szkodą. Co do konstrukcji tej odpowiedzialności dłużnika widać zresztą w źródłach różnice: obok poglądu, który daje kupującemu wprost *actionem utilem* przeciw dłużnikowi, a wierzyciela zostawia zupełnie na boku, spotykamy zdanie, może kompilatorów, że kupujący ma *regres* tylko do sprzedawcy, ten zaś winien mu odstąpić *actionem pigneraticiam in personam*, jaka mu służy przeciw zastawcy. Różnica nie ma doniosłości praktycznej, jeżeli zastawcą jest sam dłużnik; w innych przypadkach każdy z powyższych poglądów na inną osobę wkłada ostateczną odpowiedzialność, pierwszy na dłużnika, drugi na zastawcę, co z prawem klasycznym zd. m. nie harmonizuje i umacnia podejrzenie interpolacji. Wszystkie powyższe prawidła nie odnoszą się do sprzedaży, która nie była wykonaniem prawa zastawu, więc nietylko do sprzedaży przez tego, kto nie miał zastawu, ale także do sprzedaży dokonanej przez drugiego wierzyciela, nawet do sprzedaży pierwszego wierzyciela, o ile dokonał jej nie w charakterze wierzyciela, lecz sprzedał rzecz jako swoją. W tych przypadkach stosują się ogólne zasady o sprzedaży rzeczy cudzej, w szczególności w przypadku ostatnim nie gaśnie ani własność zastawcy, ani prawo wierzycieli późniejszych, za *ewikcyę* zaś ponosi sprzedający pełną odpowiedzialność.

263. Stanowisko dzisiejszego zastawnika różni się znacznie od tego, jakie miał w Rzymie. Sprzedaż zastawu przeprowadza władza publiczna; nieliczne wyjątki odnoszą się przeważnie do ruchomości. Sprzedaż stała się tedy aktem publiczno-prawnym: doprowadzić do niej może także *posterior creditor*; każdy wierzyciel może być naby-

wcą; ceny nie płaci się do rąk wierzyciela, ale rozdziela ją władza, a zapłatę długu może zastąpić przejęcie go przez nabywcę; z reguły odpada i kwestya ewikcyi, bo nabywca staje się zazwyczaj właścicielem już przez to samo, że kupno było aktem prawa publicznego. I skarga hipoteczna traci skutkiem tego charakter, jaki miała już pod koniec epoki klasycznej, przestaje być środkiem, który umożliwia wierzycielowi jako sprzedawcy dokonanie tradycyi (wyżej s. 173); staje się przede wszystkim skargą o uznanie, zmierza do stwierdzenia istnienia zastawu, aby stworzyć podstawę do wkroczenia władzy. Inne szczególne stosunku pozostały przeważnie bez zmiany. Zastawnik nie ma i dziś — bez pozwolenia zastawcy — prawa używania zastawu, choć się już bezprawnego używania nie podciąga pod furtum. Stanowisko jego co do owoców i zmiany, jakie w tym względzie przyniosło prawo dzisiejsze, określiłem już poprzednio (s. 182 n.), a tu dodam tylko, że w Rzymie według Paula (D. 20, 2, 8) oddanie przez dłużnika rzeczy owocodajnej w zastaw ręczny pojęte jest jako upoważnienie wierzyciela do pokrywania z owoców odsetek zwykłych, w prawie klasycznym może tylko na przypadek zwłoki, według Justyniana odsetek ustawowych wogóle, choćby co do odsetek żadnej nie zawarto umowy (t. zw. dziś *antichresis tacita*); wspomniano również, pod jaki warunkami zastawnik może rzecz nabyć na własność (s. 173 n.). Poza granicami, do których sięgają prawa zastawnika, rozpoczyna się prawo zastawcy: nie może np. wyzwolić zastawionego niewolnika, nie może zabierać rzeczy wierzycielowi (zabranie rzeczy własnej może w tym przypadku stanowić furtum), może atoli, skoro ma ją w rękach, gospodarować dowolnie, byle bez uszczuplenia wartości, może ją cum sua causa przenieść na inną osobę, a według kompilacyi żądać nawet od wierzyciela, by zastawioną rzecz ruchomą okazał celem umożliwienia sprzedaży, może ją odstąpić na własność także zastawnikowi (co do stanowiska nabywcy p. wyżej s. 180 n.). Jasne jest jednak, że pozbycie ruchomości w trzecie ręce może de facto zabezpieczenie wierzyciela uczynić złudnem: to też kompilacya sprzedaż taką bez zawiadomienia wierzyciela traktuje jako furtum (D. 47, 2, 19, 6 i 66), o ile rzecz była specjalnie obciążona, a z tem łączy się dążność do przyznania w tym przypadku mocy wiążącej umownemu zakazowi alienacyi (I. 429).

264. Prawa zastawników doznają ograniczeń, gdy kilka równych znajdzie się wobec siebie. Pomijam przypadki, gdy prawa zastawu, dotyczące jednej rzeczy, zostały ustanowione przez różne osoby z różnymi prawami, wówczas bowiem o stanowisku zastawnika rozstrzyga prawo zastawcy, a konsekwencje tej zasady nie nasuwają wątpliwo-

ści: jeżeli np. jeden zastawca był właścicielem, drugi posiadaczem bona fide, pierwszy zastawnik ma bezwarunkowo pierwszeństwo, choćby nawet później posiadacz bona fide nabył własność. Z tego samego względu nie wracam do przypadku, gdy kilku wierzycielom zastawiono poszczególne partes pro indiviso; jeżeli natomiast właściciel jednym aktem (simul) obciążył rzecz bez bliższych określeń na korzyść dwóch wierzycieli, wówczas każdy wierzyciel ma zastaw tylko na takiej części idealnej, jaka odpowiada stosunkowi obu pretensyi (pro quantitate debiti). Jeżeli jednak właściciel w jednym dniu zastawił rzecz utriusque separatim t. zn. pierwszeństwo nie da się stwierdzić, według kompilacyi (D. 20, 1, 10 i 16, 8) także, jeżeli ustanowienie zastawów nastąpiło w jednym akcie (simul), ale z zamiarem stworzenia praw in solidum, wówczas wobec trzecich każdy zastawnik ma wprawdzie skargę hipoteczną bez ograniczenia, ale między nimi skarga ta nie doprowadzi do rezultatu, bo żaden z nich wobec drugiego nie może rościć sobie wyłącznego prawa do posiadania, ani wyłącznego ius distrahendi. Dogmatyka romanistyczna uznawała w tym przypadku za rozstrzygającą przewencję (possidentis condicio melior erit); to rozstrzygnięcie jednak nie da się zd. m. utrzymać ani dla prawa klasycznego, ani nawet z stanowiska kompilacyi. Sprawa przedstawia się tak samo, jak gdyby współwłaściciel wystąpił przeciw drugiemu z skargą windykacyjną in solidum; przegra wówczas spór i traci prawo skargi, ale to »causa cadere id est rem perdere« jest tylko następstwem faktu, że żądał zawiele, t. zn. następstwem błędu procesowego (plus petere). Nie wynika stąd bynajmniej, by prawo materialne dawało w tym przypadku posiadaczowi pierwszeństwo. Skarżący współwłaściciel winien vindicare partem lub wystąpić z skargą działową; zastawnik w naszym przypadku wystąpić może z vindicatio pignoris, ale musi ograniczyć ją do stosownego ułamka (pro quantitate debiti) lub użyć skargi communi dividundo (wyżej s. 191), a i prawo sprzedaży służyć będzie każdemu konkurentowi tylko co do ułamka. Ograniczenia te nastąpią zd. m. i wówczas, gdy zastawnik zostawił kilku dziedziców; sprawę wewnętrzną ureguluje ao familiae herciscundae, wobec trzecich zaś obowiązywać będzie indivisa pignoris causa (wyżej s. 177). Jeszcze głębiej sięgają ograniczenia, jeśli prawa zastawu pochodzą wszystkie od właściciela, ale niema między nimi określonej poprzednio równości. Wiemy już, że początkowo drugi zastaw miał charakter warunkowy, a zatem konkurencja była wykluczona, bo drugie prawo zyskiwało skuteczność dopiero po zgaśnięciu pierwszego np. przez zapłatę (p. wyżej s. 179), a wówczas »secundus creditor... non tam potior quam solus invenie-

tur» (Papin. D. 20, 4, 2). W drugiej połowie 2. wieku *secundus creditor* ma od początku prawo zastawu, ale prawo upośledzone. Skarga hipoteczna przeciw trzecim służy mu bez ograniczenia, wobec poprzedniego zastawnika jednak nie odniesie skutku, a owszem lepszy zastawnik może odebrać gorszemu zastaw, chyba że zachodzą warunki *excussionis realis* (wyżej s. 175). Sprzedaż dokonana przez drugiego wierzyciela jest poprostu sprzedażą rzeczy cudzej, dokonana »*nullo iure*«, a wierzyciela można co najwyżej uwolnić od zarzutu doli, jeżeli jej dokonał *ordinis errore ductus*. Ma on tylko prawo żądać wydania nadwyżki od pierwszego wierzyciela po dokonaniu przez tegoż sprzedaży; stąd określa się w praktyce ustanowienie dalszego zastawu jako zastawienie nadwyżki (*obligare hyperocham rei*), a w teorii konstruuje się stosunek w ten sposób, że drugi wierzyciel ma także zastaw na pretensyi zastawcy o nadwyżkę, jaka służy zastawcy wobec pierwszego wierzyciela. Ponieważ uzyskanie nadwyżki jest problematyczne, przeto wartość dalszych zastawów leży głównie w tem, że po zgaśnięciu poprzednich mogą posunąć się naprzód, a wobec tego najważniejszym prawem dalszego wierzyciela jest znane nam już *ius offerendi et succedendi* (wyżej s. 179). Przy wykonaniu tego prawa porządek pierwszeństwa ma rozstrzygające znaczenie: jeżeli trzeci wierzyciel skorzystał z niego wobec pierwszego drugi może je wykonać wobec trzeciego, przyczem wystarczy zaoferować mu spłatę tej wierzytelności, która miała być pierwsze miejsce.

265. Porządek pierwszeństwa wynika z zasady »*prior tempore potior iure*«. Przy zastawie umownym rozstrzyga chwila umowy, co stosuje się także, gdy strony do umowy dodały warunek; co do zastawu dla pretensyi warunkowej lub przyszłej p. wyżej s. 176, co do zastawu na rzeczach przyszłych lub nienależących jeszcze do zastawcy zob. s. 185. Zastaw z rozporządzenia ostatej woli datuje się od chwili, kiedy to rozporządzenie zaczyna skutkować, tj. zazwyczaj od śmierci spadkodawcy. Przy *pignus praetorium* rozstrzyga uzyskanie posiadania, przyczem atoli podnieść należy, że w konkursie wierzyciele stoją na równi bez względu na to, kiedy się do postępowania przyłączyli; *pignus in causa iudicati* ma datę od dokonania zajęcia. Przy *pignus tacitum* dwie chwile wchodzi w rachubę: przedewszystkiem powstanie stosunku, z którego płynie pretensya ubezpieczona (np. stosunku najmu przy *invecta*, stosunku opieki przy hipotece *pupila* i t. d.), następnie dostanie się rzeczy w to położenie, w którym ją chwyta dotyczące prawo zastawu (np. wniesienie *pignoris nomine* przy *invecta*, przejście rzeczy na własność opiekuna przy generalnej

hipotece *pupila*). Chwila pierwsza oznacza najdalszy kres, do którego można pierwszeństwo cofnąć, i rozstrzyga o pierwszeństwie np. wówczas, gdy ktoś sprawuje dwie opieki; rzeczy nabyte później odpowiadają obu *pupilom*, ale na pierwsze miejsce idzie ten, z którym opiekuna wcześniej złączył stosunek opieki. Chwila druga powołuje zastaw do życia i tworzy wyraźną granicę między nim a prawami dawniej powstałymi; jeżeli np. »*colonus... antequam inducat, alii rem... obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit*« (Gaius D. 20, 4, 11, 2), a hipotekę *pupila* wyprzedzają prawa zastawu powstałe przedtem, zanim dana rzecz przeszła na własność opiekuna. Porządek wynikający z tych zasad przesłania jednak jużto przepisy pozytywne, już też wola stron. Pierwsze dają pewnym zastawnikom przywilej przed prawami zastawu wcześniej powstałymi albo ze względu na sposób powstania zastawu uprzywilejowanego, albo ze względu na podmiotowe czy przedmiotowe właściwości zabezpieczonej pretensyi. Sposób powstania zapewnia pierwszeństwo dla *pignus publicum* i *quasi publicum*, o których mówiłem już poprzednio (s. 175). Przywileje dla pewnych wierzytelności rozwinęły się historycznie z *privilegia exigendi*. Mają one przeważnie charakter ściśle pozytywny; szersze znaczenie ma tylko przywilej oparty na *versio in rem*, pochodzący jeszcze z czasów klasycznych. Źródłowe przypadki: »*si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero... si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat... si quis in merces... obligatas crediderit, vel ut salvae fiant vel ut nautum exsolvatur*« (Ulp. D. 20, 4, 5 i 6), dadzą się sprowadzić do myśli, że ten, kto swoim kosztem uratował zastaw (*salvam fecit totius pignoris causam*) lub wartość jego podniósł, może wydobyć z niej zapomocą przywileju ten swój nakład, nie wyrządzając przez to żadnej krzywdy dawniejszym wierzycielom. Na tej myśli opiera się także wspomniany już (s. 188) przywilej ustawowego zastawu tego, kto dał pożyczkę na odbudowę, a w dzisiejszym prawie np. przepis, że późniejszy przewoźnik z zastawem dla swej należytości idzie przed takim samem prawem poprzedniego przewoźnika; tą myślą kierowali się również jurysci, dając pierwszeństwo zastawnikowi, który swym kosztem doprowadził do przejścia rzeczy na własność zastawcy, a przez to powołał do życia hipotekę, przedtem przez tegoż zastawcę pod warunkiem nabycia własności ustanowione (wyżej s. 186). Nie da się natomiast do tej podstawy sprowadzić klasyczny również zastaw uprzywilejowany *pupila* na rzeczy, nabytej przez opiekuna za jego pieniądze. Tu chodzi o przywilej dla *pupila*, nie dla *versio in rem*; w przeci-

wnym razie należałoby dać go każdemu, za czyje pieniądze ktoś drugi rzecz nabył, a o takiej nie dającej się usprawiedliwić generalizacji niema w prawie klasycznym mowy. Przywilej pretensyi daje jej pierwszeństwo przed *pignus publicum* i *quasi publicum* jako takim. W jakim porządku idą po sobie przywileje poszczególnych pretensyi, to kwestya ściśle pozytywna, nad którą się nie zatrzymuję; nadmienię tylko, że *ceteris paribus* i między nimi rozstrzyga *prioritas temporis* (np. dwie hipoteki posagowe; wyjątek zachodzi tylko przy *versio in rem*) względnie sposób powstania zastawu (hipoteka posagowa, która ma warunki *pignoris publici*, wyprzedza wcześniejszą hipotekę posagową, pozbawioną tych warunków). Wola stron może przełamać normalny porządek w drodze umownego ustępstwa pierwszeństwa. W klasycznych przypadkach takiej umowy bierze w niej udział i zastawca; skutkiem tego juryści widzą w niej przedewszystkiem zrzeczenie się lepszego zastawu, z którym łączyć się może ustanowienie dla ustępującego nowego zastawu z datą umowy ustępstwa. Jeżeli zatem dwóch tylko było wierzycieli, następuje zamiana miejsc, co się dziś określa jako rzeczowy skutek ustępstwa; jeżeli ich było więcej, następcy ustępującego posuwają się naprzód, on zaś przychodzi na koniec. Umową zawartą tylko między wierzycielami prawo klasyczne się nie zajmuje; w prawie Justyn. zdaje się ona mieć pełne skutki obligacyjne t. zn. wiązać tylko kontrahentów, ale ich wiązać w ten sposób, że uprzywilejowany żądać może od przeciwnika ustąpienia wszelkich korzyści, jakie temuż przyniosło lepsze miejsce. Prawa nowoczesne i z taką umową łączą często skutek rzeczowy, który atoli nie może uszczuplać praw wierzycieli pośrednich.

266. Zastaw gaśnie przedewszystkiem przez zrzeczenie się, które wiąże tylko w razie przyjęcia go przez właściciela rzeczy obciążonej (co do zastępstwa p. I. 413). Może ono nastąpić także w sposób dorozumiany np. jeżeli zastawnik oświadczy swą zgodę przy sprzedaży dokonanej przez właściciela (gdy właściciel sprzedał rzecz dwom wierzycielom, oba prawa zastawu gasną »*cum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur*«), si subscripserit in tabulis emptionis, si consenserit, cum debitor eandem rem alii creditori obligaret i t. p.; nawet milczenie przy sprzedaży zastawu przez innego wierzyciela może być w ten sposób pojęte, co wobec zwyczaju ogłaszania publicznie sprzedaży ma duże znaczenie dla nabywcy, ale wniosek o woli zrzeczenia się zależy oczywiście zawsze od konkretnych okoliczności (tak np. »*si concesserit decem vendere, ille quinque vendiderit, dicendum est non esse repellendum creditorem*«: Marcianus D. 20, 6, 8, 14). Jak każde prawo rzeczowe, gaśnie zastaw przez zniszczenie rze-

czy, co w prawie dzisiejszem nasuwa ważną praktycznie kwestyę, jaki jest stosunek wierzycieli do przypadającej właścicielowi sumy asekuracyjnej; co do skutków preistoczenia p. wyżej s. 34. Zastaw na prawie gaśnie przez zgaśnięcie zastawionego prawa; zasada ta dopuszcza jednak wyjątków np. jeżeli zastawione użytkowanie zgasło przez zjednoczenie (wyżej s. 148 n.) lub gdy chodzi o *pignus nominis*. Jak działa zejście się w jednych rękach zastawu z własnością, wspomniano już poprzednio (s. 178, 180); dodać trzeba, że zejście się takie nie wpływa w żadnym razie na prawa podzastawnika. Upływ czasu odgrywa według kompilacyi przy zastawie podobną rolę, jak przy służebnościach miejskich: jeżeli osoba trzecia nabyła zastawioną rzecz iusto titulo i w tem przekonaniu, że jest wolna od zastawu, a posiadała ją następnie przez czas dłuższy — od Dyoklecyana 10 lat *inter praesentes*, 20 *inter absentes* — wówczas następuje zasiedzenie wolności t. zn. wierzyciel traci nie tylko skargę, ale także prawo zastawu wraz z prawem sprzedaży, a ten, kto wolność zasiedział, może drogą skargi odebrać rzecz, gdyby się »*fortuito casu*« do wierzyciela dostała. Klasycy znali zapewne tylko przedawnienie skargi zastawnej t. zn. dawali *praescriptionem* względnie *exceptionem longi temporis* trzeciemu posiadaczowi zastawu, odmawiając jej dłużnikowi i jego dziedzicowi (ten ostatni mógł wyjątkowo powołać się na *longum tempus*, jeżeli rzecz sprzedaną przez dłużnika ab *extraneo redemit*); kiedy je przekształcono na zasiedzenie, czy już za Dyoklecyana razem z ustaleniem »*longum tempus*«, czy dopiero za Justyniana, nie da się oznaczyć. Justynian wprowadza nadto zasiedzenie nadzwyczajne (wyżej s. 53), 30- lub 40-letnie, przy którym nie wymaga tytułu; że zresztą zasiedzenie wolności nie mieści się w zasiedzeniu rzeczy, widać już stąd, iż czas zasiedzenia może być w każdym kierunku odmienny. Szczególnymi przyczynami zgaśnięcia zastawu są zgaśnięcie ubezpieczonej wierzytelności (p. co do tego wyżej s. 178 n.) oraz sprzedaż zastawu jako takiego przez pierwszego wierzyciela (wyżej s. 193); w tym drugim przypadku zastawy gasną nie w chwili zawarcia kontraktu sprzedaży, lecz z chwilą przejścia własności na kupującego. Sprzedaż rzeczy obciążonej przez inną osobę, w szczególności przez właściciela, nie wpływa na prawa zastawu; wyjątek zachodzi wówczas, gdy fiskus lub panujący sprzedał rzecz jako wolną od ciężaru, w prawie zaś Justyn. i wtedy, gdy sprzedaż dokonał *bona fide* dziedzic dłużnika cum *beneficio inventarii* na zaspokojenie długów spadkowych lub zapisów. *Beneficium* uwalnia go od odpowiedzialności za długi i zapisy, skoro na cel ten wyczerpie spadek; utrzymując zastaw na pozbytej rzeczy, a zatem skargę zastawnika

148110

przeciw nabywcy, naraża się dziedzica i tego nabywcy mimo wyczerpania spadku. a byłym zastawnikom każe się zwrócić wprost przeciw i legataryuszom, których zaspokoiono z funduszu, uzyskanego przez sprzedaż zastawionej rzeczy. W prawach nowoczesnych ochrona nabywcy bona fide sięga znacznie dalej; jest to następstwem ułatwień, jakie przyznano temu nabywcy przy uzyskaniu własności a non domino (wyżej s. 26).



148110

Prawa nymchle