

III. ARTYKUŁY RECENZYJNE

TOMASZ GIARO (Warszawa)

Własność w Rzymie republikańskim

Kilka uwag o książce György Diósdiego *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest 1970

I. Uwagi wstępne. II. Podmiot własności archaicznej. III. Początki własności rzeczy ruchomych i gruntów. IV. Istota własności prymitywnej. V. Sposoby nabycia własności w dawnym prawie. VI. Archaiczne środki ochrony własności. VII. Formowanie się własności a ograniczone prawa rzeczowe i posiadanie. VIII. Powstanie pojęcia własności, rozwój nabycia i ochrony tego prawa w okresie przedklasycznym. IX. Problem własności bonitarnej i *actio Publiciana*. X. Uwagi końcowe.

I

Książka ta zasługuje na uwagę przede wszystkim dlatego, że dotyczy własności, instytucji prawa rzymskiego, która po pewnych przeobrażeniach stała się fundamentem współczesnych systemów prawnych, należących do rodziny kontynentalnej¹. Początkowo skromne założenie, sprowadzające się do podsumowania dyskusji nad tworzeniem się prawa własności zostało w trakcie pracy zmodyfikowane: autor zastosował metodę wybierania spośród dawniejszych koncepcji jego zdaniem najtrafniejszej lub — w wypadku gdy doktryna nie powiedziała na dany temat ostatniego słowa — przedstawiania poglądu oryginalnego. W ten sposób otrzymaliśmy zarówno przegląd ważniejszej literatury, jak i jej ocenę przez Diósdiego. Należy podkreślić, że nawet w stosunku do powszechnie zaakceptowanych teorii jest to często ocena negatywna. Ośmieliłem się więc również i ja przedstawić w odmiennym świetle kilka zagadnień z zakresu najdawniejszej historii własności rzymskiej².

¹ Stosunek pierwotności genetycznej, łączący antyczne *dominium* z analogicznymi instytucjami tych systemów, dotyczy wyłącznie prawniczej konstrukcji, a nie jej treści społecznej. Ta ostatnia przechodziła przeciw radykalne zmiany w ciągu samej tylko historii Rzymu. Por. M. Kaser, *The Concept of Roman Ownership*, „Tydskrif vir Hedendaagse Romeins — Hollandse Reg”, 27 (1964), s. 5 i n.

² Artykuł mój nie pretenduje ani do wyczerpującego przedstawienia przedmiotu, ani do dokładnego zreferowania treści pracy Diósdiego. Cel ten spełniają odpowied-

Rozprawa dzieli się na dwie części, poświęcone najstarszym okresom prawa rzymskiego: archaicznemu i przedklasycznemu, rozgraniczonym cezura wojen punickich w końcu III w. pne. Na niej zwykli kończyć uczeni swe rozważania na temat własności rzymskiej, by podjąć je dopiero w stosunku do bogato udokumentowanego prawa klasycznego. Ostatnio daje się jednak zauważyć pewna zmiana w podejściu doktryny do tematu³. Wyrazem jej jest także monografia Diósdiego, który właśnie dwa ostatnie stulecia Republiki uważa za decydujące dla powstania klasycznego pojęcia własności.

Zanim przystąpię do analizy pierwszej części pracy, chciałbym zwrócić uwagę na podstawowe dla niej zagadnienia metodologiczne, a mianowicie na problem ustalenia zakresu czasowego i przedmiotowego rozważań nad prawem najdawniejszym. Po pierwsze — przy obecnym stanie nauki dopiero Ustawa XII Tablic (450 r. pne.) daje hipotezom na temat prawa najdawniejszego jakieś oparcie⁴. Jest ono jednak tak wątpliwe, że często trudno ustalić treść norm prawnych, które ta ustawa zawierała. Tym trudniej wyrokować o prawie obowiązującym przed jej wydaniem także dlatego, iż nie wiemy, jak wiele zmian wprowadzili *decemviri legibus scribundis* do kodyfikowanych przez siebie reguł prawa zwyczajowego⁵.

Zagadnienie drugie wydaje się bardziej skomplikowane. Założenie metodologiczne, przyjmujące za cechę charakterystyczną prawa sankcjonowanie go przymusem państwowym nie może moim zdaniem wytyczać granic przedmiotowych rozważań. W okresie archaicznym najważniejsze typy reguł społecznych (religijne, moralne, obyczajowe) nie były zróżnicowane, a w związku z tym i normy stanowiące załączki późniejszych instytucji prawnych występowały w nierozzerwalnej symbiozie z innymi. Jest to wynikiem faktu, że państwo nie zdobyło sobie jeszcze wówczas dominującej pozycji wśród innych związków społecznych. Jeśli chcemy w tej trudnej sytuacji wyodrębnić pra-prawo spośród pozostałych reguł, musimy użyć szerszego kryterium: wymuszania zachowania zgodnego z normą przez siłę zewnętrzną w stosunku do jej adresata. Posiłkowo zastosujemy inny, zwięźający probierz — tak ważne w cywilistyce sprzę-

nio: monografia M. Kaser'a, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Weimar 1956) i recenzje. O. Robinson w Iura 21 (1970), s. 290 i n. R. Villersa w RHD (1971), s. 627 i n. oraz G. Grosso w SDHI 37 (1971), s. 363 i n.

³ Prawem przedklasycznym zajmuje się A. Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968.

⁴ Por. E. Gintowt, *Rzymskie prawo prywatne w epoce postępowania legisakcyjnego*, Warszawa 1960, s. 8.

⁵ W stwierdzeniu powyższym nie chodzi o wyznaczenie „daty narodzin” prawa rzymskiego (mimo że Ustawę XII Tablic zwano kolebką prawa — *cunabula iuris*). Jest ono tylko wynikiem braku jakichkolwiek prawdopodobnych informacji o prawie poprzedzającego ją okresu.

żenie obowiązków jednego podmiotu stosunku prawnego z uprawnieniami drugiego.

Dyrektywy metodologiczne, jakimi kieruje się Diódsdi w celu rozgraniczenia różnych systemów norm społecznych, nie są sprecyzowane. Konsekwencje tego zilustruje rozdział trzeci jego książki (s. 43 - 49), zatytułowany „Własność rodzinna i indywidualna”.

II

Według przeważającego w nauce poglądu ⁶ najwcześniejszą formę własności prywatnej stanowiła własność rodzinna. Subtelności dotyczące jej koegzystencji z własnością indywidualną pozostawiam na stronie, jako że zamierzam zakwestionować istnienie samej własności rodzinnej jako instytucji prawnej. Wydaje się ona pojęciem nie dość jasnym, mimo że literatura poświęciła jej tak wiele uwagi. Na tle wywodów Diódsdiego należałoby ją zdefiniować jako sytuację charakteryzującą się pozostawianiem majątku we władaniu jednej i tej samej rodziny jako całości, chociaż jej naczelnik (*pater familias*) mógł zawsze dysponować *inter vivos* administrowanym przez siebie mieniem. Gdy uprawnienie to rozszerzyło się na sferę aktów *mortis causa* ⁷ oraz gdy dopuszczono sądowy podział spadku (*actio familiae erciscundae*) instytucja ta uległa przemianie w indywidualną własność ojca. Stało się to w okresie decemwiratu. Stwierdziwszy słusznie, że Ustawa XII Tablic stoi już na stanowisku dyskrecjonalnej władzy oraz nieograniczonej własności *pater familias*, Diódsdi jest zmuszony szukać dowodów własności rodzinnej gdzie indziej. Znajduje je w tekstach późnoklasycznych (Paul. D. 28, 2, 11; Gai. 2, 157 i 3, 154 a i b).

Zajmijmy się na początek dwoma pierwszymi tekstami. Mają one zawierać ślady własności rodzinnej, bowiem stanowią, że tzw. *sui* (dziedzice konieczni) nabywają spadek *ipso iure*. Jednak już sam fakt, że nabywają go (*heredes fiunt*), zaprzecza — moim zdaniem — istnieniu majątku rodziny jako takiej, jako całości, która — jak długo funkcjonuje — logicznie wyklucza dziedziczenie. Drżemiące za życia ojca uprawnienia przyszłych dziedziców są tu próbą uzasadnienia konstrukcji nabycia spadku z mocy samego prawa. Odwołanie się jurystów do nich może, ale nie

⁶ Najobszerniejsze jego opracowanie, oparte w dużej mierze na materiale porównawczym, daje C. W. Westrup, *Introduction to Early Roman Law 2. Joint Family and Family Property*, Kopenhaga—London, 1934.

⁷ Dowodzi tego przepis Ustawy XII Tablic (Tab. V, 4). Gdybyśmy nawet interpretowali go w tym sensie, że sporządzenie testamentu dopuszczalne było tylko w wypadku nieposiadania *sui heredes* (osób podlegających władzy ojca w chwili jego śmierci), *pater familias* mógł zawsze pozbawić rodzinę majątku, ustanawiając legaty wg swego uznania (Tab. V, 3 i Gai 2, 224).

musi, odzwierciedlać rzeczywisty proces historyczny. Sceptycyzm mój podziela chyba Diódsdi, skoro określa oba zacytowane źródła jako „do pewnego stopnia wątpliwego charakteru”⁸. Teoria własności rodzinnej opiera się więc głównie na ostatnim z wymienionych tekstów. Jednakże również i on nie brzmi jednoznacznie. Przedstawiona w nim wspólnota gospodarcza synów po śmierci ojca (*ercto non cito*) nie musi obrazować etapu rozpadu własności rodzinnej. Równie dobrze może ona być tylko skutkiem, po pierwsze — trudności prawniczych wynikłych z beztestamentowej śmierci naczelnika domu (brak skargi działowej, zapobiegający rozdrabnianiu gruntów)⁹, po drugie — częściej z pewnością faktycznej niemożności podziału. W sumie było to rozwiązanie techniczno-prawne (lub raczej jego brak) dla szczególnego wypadku posiadania kilku synów przez zmarłego, rozwiązanie, które stanowiło prototyp takich instytucji rozwiniętego prawa rzymskiego, jak współwłasność (*condominium*) i spółka (*societas*).

Wróćmy do definicji własności familijnej i kryterium odróżnienia jej od indywidualnej. Zwolennicy panującej doktryny zbyt mało uwagi poświęcają tu aktom rozporządzającym *inter vivos* (skutecznym za życia *pater familias*). W tej dziedzinie już od najdawniejszych czasów wola jego była nieodwołalna. Jeśli wobec tego chcielibyśmy podtrzymać tezę o istnieniu własności rodzinnej — musielibyśmy jej nadać następującą konstrukcję: prawo, przysługujące rodzinie, wykonuje naczelnik *domus*, ale wobec braku jakichkolwiek remediów przeciwko darowiznom czy posagom na rzecz osób obcych (*extranei*)¹⁰, będąc formalnie tylko zarządcą — praktycznie staje się on właścicielem.

Niemożliwością wydaje mi się, by prymitywne prawo zwyczajowe potrafiło stworzyć skomplikowaną konstrukcję *nudum ius* rodziny, nie mówiąc już o tym, że jej celowość byłaby nadzwyczaj wątpliwa. Panująca doktryna nie dostrzega po prostu dwupłaszczyznowości zagadnienia własności familijnej. Polega ona na tym, że ekonomicznie własność zawsze była (i jest) rodzinna, odkąd zaś powstało prawo, przysługiwało ono niezmiennie naczelnikowi domu. Mieszaniem z kolei prawa z moralnością jest twierdzenie, że chociaż *pater familias* mógł sprzedać majątek, ze względu na fiducyjny charakter jego *potestas* byłoby to czynem niegodnym. Stale obserwowany fakt społeczny działania ojca w interesie rodziny jest także niewątpliwie nakazem moralnym, jednak — o ile zachowanie takie nie było wymuszane na nim przez siłę zewnętrzną i nie tworzyło dla jego domniemanych obowiązków odpowiadających im upraw-

⁸ G. Diódsdi, *Ownership*, s. 44.

⁹ Przy niskim stopniu rozwoju ekstensywnej kultury rolnej groziło ono niewystarczającymi dla utrzymania gospodarstwa plonami. Zresztą przeważającym zajęciem Rzymian przed Ustawą XII Tablic, a tego okresu prawdopodobnie dotyczy omawiany tekst, była hodowla, która wymaga większych terenów.

¹⁰ Środki typu *querela inofficiosae donationis seu dotis* wykształciły się dopiero w okresie Cesarstwa.

nień członków rodziny — do sfery prawa cywilnego zaliczone być nie może. Tak więc, choć dyrektywa, że prawo trzeba rozpatrywać w jak najszerszym kontekście socjalnym zalicza się do podstawowych wskazówek metodologicznych, należy uważać, by stosując ją nie pomieszać różnych systemów norm społecznych, co prawdopodobnie przydarzyło się adherentom teorii własności rodzinnej, a wśród nich Diódsiemu.

Przytoczę inne jeszcze argumenty przeciwko tej teorii. Po pierwsze — niemożliwa jest równoczesna własność (rodzaj współwłasności) wszystkich członków rodziny, przy bardzo wczesnym zróżnicowaniu ich statusu prawnego w kierunku dominacji ojca jako kapłana, sędziego i przynajmniej zarządcy majątku domowego. Po wtóre — podczas mancytacji i windykcji¹¹, aktów prawnych, których początki sięgają okresu poprzedzającego wydanie Ustawy XII Tablic, *pater familias* mówił: *Rem meam esse* (rzecz jest moja). Jeśli teoria własności rodzinnej miałaby być słuszna, słowa jego brzmiałyby raczej: „Rzecz jest nasza” lub „mojej rodziny”. Indywidualne prawo ojca musiało być niezwykle silne, skoro zdołało dojść do głosu w archaicznych formułach. Dowodzą one, zdaniem moim, że własność już w jej zaraniu przypisywano wyłącznie jednostce. Po trzecie — Ustawa XII Tablic (np. Tab. V. 3, 4, 5) używa dla oznaczenia podmiotu praw majątkowych liczby pojedynczej. Te szczegółowe argumenty, a przede wszystkim wcześniej przytoczone zarzuty natury zasadniczej, poddały może w wątpliwość istnienie własności familijnej we wczesnym prawie rzymskim.

III

Na początku książki, jeszcze przed kwestią własności rodzinnej, umieścił autor rozdziały poświęcone powstaniu własności prywatnej. Jeden z nich dotyczy ruchomości (s. 19 - 30), drugi — nieruchomości (s. 31 - 42). W pierwszym rozważany jest problem *familia pecuniaque*, który Diódsi rozwiązuje w następujący sposób. Początkowo słowa *familia* i *pecunia* odnosiły się do pierwszych przedmiotów własności prywatnej: niewolników i bydła, miały więc znaczenie zgodne z etymologią. Gdy ekonomika rzymska od hodowli przeszła do uprawy ziemi — powstała własność nieruchomości, a tym samym zwiększył się zasób dóbr podlegających prywatnemu zawłaszczeniu; dla abstrakcyjnego ich oznaczenia brakowało jednak adekwatnej nazwy, nie istniało bowiem jeszcze pojęcie własności. Rzymianie zaczęli więc na określenie ogółu dóbr (szczególnie przy spadkobranii) używać zamiennie obu znanych im już terminów. To stadium rozwoju ilustruje Ustawa XII Tablic. Stanowisko autora, przyjmujące za punkt wyjścia teorię Mommsena¹²; wydaje się słuszne, a przeciwna kon-

¹¹ Opis mancytacji daje Gai. 1, 119, windykcji — Gai. 4, 16.

¹² Por. T. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* 3, Leipzig 1887, s. 22.

cepcja Iheringa i Bonfantego¹³, którzy przypisywali obu słowom ściśle określony sens (*familia* = własność rodzinna, tzn. ogół *res Mancipi*, a *pecunia* = oddzielna, indywidualna własność ojca, tzn. *res nec Mancipi*) — mniej przekonująca.

Również w kontrowersji na temat pierwotności indywidualnej (Pöhlmann) czy wspólnej, rodowej własności nieruchomości (Mommsen) zdanie Diósdiego uważam za trafne. Rozgranicza on tu płaszczyzny prawa i ekonomiki. Skoro bowiem własność rodu poprzedza prywatną, a więc także podział społeczeństwa na klasy, oraz w dalszej konsekwencji powstanie państwa i prawa, to może stanowić kategorię tylko faktyczną, ekonomiczną. Gdy ograniczymy się do sfery prawa, stwierdzić musimy pierwotność własności prywatnej. Daje w ten sposób autor przykład rozwiązania problemu już dzięki jego prawidłowemu metodologicznie postawieniu. Linia rozwoju rysuje się więc następująco: prywatna własność ruchomości tworzy zróżnicowanie majątkowe — mający więcej niewolników, bydła, klientów zawłaszczają po domu z działką przyzagrodową (*heredium*) ziemię orną rodu — powstaje własność rolna.

IV

Tytuł następnego rozdziału (s. 50 - 61) brzmi: *Określenia własności i jednorodność patria potestas*. Mówi się w nim — w przeciwieństwie do trzech poprzednich — o własności już ukształtowanej, i to w dodatku na obraz i podobieństwo późniejszego, klasycznego *dominium*. Własność jako instytucję prawną ujęto więc tu statycznie, proces tworzenia się jej odsuwając chyba w czasy prehistoryczne. Jedyną cechą istotnie odróżniającą okres archaiczny od następnych miały być brak pojęcia *dominium*. Jego przyczyny są według Diósdiego następujące. Jednorodna z pozoru władza ojcowska określana najczęściej jako *mancipium* ze względu na szeroki zakres podległych jej przedmiotów (*res Mancipi* i wolni członkowie rodziny) miała de facto mieszany, majątkowo-osobisty charakter. Własność natomiast z jednej strony nie obejmowała rodziny właściciela, z drugiej — rozciągała się także na *res nec Mancipi*, a poza tym — jak powszechnie wiadomo — jest ona prawem wyłącznie majątkowym. Obie instytucje różniły się więc tak zakresem, jak i charakterem władztwa. Dokonawszy tej, inspirowanej studiami De Visschera¹⁴ wyjątkowo trafnej analizy Diósdiego stwierdza, że prymitywni prawnicy nie potrafili dostrzec dwudzielności prawnie jednorodnej *patria potestas*,

¹³ Por. R. Ihering, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, Leipzig 1894, s. 81 i n. i P. Bonfante, *Forme primitive de evoluzione della proprietà romana. Res Mancipi e res nec Mancipi*, Scritti giuridici varii 2. Proprietà e servitù, Torino 1918, s. 1 i n.

¹⁴ F. De Visscher, *Mancipium et res Mancipi*, SDHI 2 (1936), s. 263 i n.

by — wzięwszy z tego dyptyku element majątkowy — jedność formalnie przeciwstawionych sobie *res (mancipi — nec mancipi)* złączyć z nim w pojęcie dominium. Takie wyjaśnienie jego braku w okresie archaicznym wydawać by się mogło zadowalające.

Moim zdaniem jednakże, kto chciałby wyciągnąć z rozważań autora ostateczne konsekwencje, zmuszony byłby stwierdzić, że nie tylko pojęcie, lecz także instytucja własności — jeśli rozumiemy przez nią wyodrębnione od innych rodzajów władztwa prawnego, specyficzne prawo majątkowe, dające jednostce skuteczną przeciw wszystkim możność wyłącznego korzystania i rozporządzania rzeczą — nie istniała w prawie archaicznym. Brakowało tam dwóch spośród wyżej wymienionych istotnych jej cech: charakteru wyłącznie majątkowego i tak zwanej negatywnej treści własności¹⁵. Jedyne, co dla tego odległego okresu możemy stwierdzić, to stopniowe wytworzenie się jednolitego stosunku władztwa prawnego, jakiemu podlegały wszystkie rzeczy lub osoby, o których dało się powiedzieć: *Meum esse* (tzn. wolni członkowie rodziny, *res mancipi*, a może nawet ogół rzeczy) i które mogły być przedmiotem mancytacji i windykacji. Tym samym trzonem tej instytucji byłoby węższe zakresem *mancipium*, bowiem jeżeli nawet — jak chce Diódsi — do *res mancipi* stosowały się dwa wymienione akty prawne, to tylko sporadycznie. Próba wyabstrahowania z owego *mancipium* własności nie ma, moim zdaniem, podstaw historycznych. W tym okresie była ona jeszcze „przemieszana” z normami, które dziś zaliczylibyśmy do prawa rodzinnego z jednej, a do rzeczowego z drugiej strony.

Wystrzegając się słusznie przez autora krytykowanych skrajnych twierdzeń, jakoby rodzina rzymska była własnością ojca lub że brakowało jej cech ekonomicznych, musimy dojść do wniosku, iż *meum esse* wyrażało pewien osobisto-majątkowy stosunek, który *pater familias* — jedyny pełnoprawny podmiot w rodzinie archaicznej — łączył zarówno z podległymi jego władzy osobami, jak z rzeczami. Dowodzi tego jednokowy reżim prawny i osób *in potestate, manu, mancipioque*¹⁶ i rzeczy. Tworzyły go: mancyptacja, windykacja, *actio furti, in iure cessio* i *usus*¹⁷. *Patria potestas* w dawnym Rzymie była — w odróżnieniu od czystego modelu władzy rodzicielskiej — prawem o zabarwieniu majątkowym, nie gasnącym z chwilą osiągnięcia przez dziecko pełnoletności. Z drugiej strony belgijska teoria *mancipium* — władzy (De Visscher, Wilms, Cornil), jako religijnie uzasadnionej, suwerennej mocy rozkazywania w stosunku do podległych jej obiektów również zawiera ziarno prawdy. Wszystko to

¹⁵ „Wszystkie prawa rzeczowe polegają na absolutnym zakazie wpływania na pewną rzecz w pewien sposób” (S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe*, Kraków 1919, s. 1).

¹⁶ Autor słusznie twierdzi, że wyrażen tych — nim uzyskały one klasyczne właściwe sobie znaczenie — używano *promiscue*.

¹⁷ Katalog ten zapożyczyłem od E. Gintowta. Por. jego *Rzymskie prawo*, s. 30 i n.

utrudnia klasyfikację według kanonów systemu pandektowego, w który Diósdí za panującą doktryną usiłuje włączyć już najdawniejsze prawo rzymskie. Gdyby nawet podział na prawo rodzinne i majątkowe odpowiadał jego cechom, pojawiają się dalsze trudności w łonie późniejszych praw rzeczowych i posiadania.

W tej dziedzinie na uwagę zasługuje skrytykowana przez autora teoria Kasera¹⁸, który uważa, że do II w. pne. własność nie była zinstytucjonalizowana, skonstrastowana z innymi rodzajami władztwa jurydycznego nad rzeczami. Stanowiła ona tylko jednolite odbicie ochrony, gwarantowanej przez najdawniejszą windykację — *legis actio sacramento in rem*. Aż do III w. pne. brakowało procesu posesoryjnego i stąd spór sądowy nie mógł być wyłącznie petytoryjny — skarga rzeczowa pełniła obok czysto windykacyjnej także funkcje późniejszych interdyktów *retinendae possessionis* i *actio Publiciana*¹⁹. Dlatego też chronionego przez nią stosunku społecznego nie należy utożsamiać z *dominium ex iure Quiritium* — abstrakcyjnym prawem dyspozycji, niezależnym od aktualnego stanu faktycznego (posiadania). Te dwie rzeczy zaczęto przecież odróżniać w pewnym, dającym się dość ściśle określić momencie historycznym (prawdopodobnie w II w. pne.). Dłaczego już przed tą datą *Meum esse* miałooby oznaczać właśnie tylko prawną, a nie również faktyczną sytuację?

Reasumując: wyodrębnienie własności z szerszej kategorii *mancipium* już dla okresu archaicznego jest nieuzasadnionym antycypowaniem późniejszego rozwoju, polegającym na stosowaniu do prawa prymitywnego gajańskiego podziału na *Personae* i *Res* oraz równie klasycznego rozróżnienia *dominium*-*possessio*. Fakt, że dychotomie te pojawiły się dopiero w prawie klasycznym, a pojęcie własności niewiele wcześniej, zawdzięczamy nie tyle prymitywizmowi prawników republikańskich przy już rozwiniętym systemie prawa, ile przede wszystkim prymitywizmowi samego systemu. Powodem opieszałości rzymskiej jurysprudencji w wytworzeniu pojęcia własności było więc po prostu nieistnienie odpowiadającej mu instytucji. Ostateczne wykształcenie się jej nastąpiło chyba dopiero na przełomie okresów archaicznego i przedklasycznego, tzn. w końcu III w. pne. Było ono wynikiem kilku impulsów.

Przed wszystkim należy do nich, zdaniem moim, zaliczyć zanik *mancipium* w pierwotnym znaczeniu na skutek upadku niewolnictwa patriar-

¹⁸ Por. M. Kaser, *Der Römische Eigentumsbegriff*, Deutsche Landesreferate zum VI Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962 oraz skróciowa angielska wersja, którą cytuję: *The Concept*.

¹⁹ Potrzeba ochrony osoby, której właściciel tradował *res Mancipi* lub która otrzymała rzecz od niewłaściciela, wydaje się bardzo stara, a edyktałna zapowiedź Publicjusza nie świadczy bynajmniej o tym, że ochrona taka przedtem nie istniała. *Legis actio sacramento in rem*, która pełniła tę funkcję, straciła przecież znaczenie praktyczne, wraz z wprowadzeniem postępowania formułkowego, a więc około stu lat przed promulgacją edyktu.

chalnego i wysunięcia się na pierwszy plan zamiast podziału rzeczy na *res Mancipi* i *nec Mancipi* (odpowiadającego potrzebom gospodarstwa rolnego, lecz cokolwiek sztucznego w społeczeństwie kupców, żeglarzy, latyfundystów i bankierów, jaką stała się Późna Republika) — podziału ludzi na wolnych i niewolników. Niemalą rolę odegrało też uznanie *traditio* za legalny akt nabycia, stosowany już tylko do rzeczy, a nie — jak mancypacja i *in iure cessio* — także do osób. Ostatnim wreszcie, lecz nie najmniej znaczącym czynnikiem było wprowadzenie petytoryjnego procesu formułkowego, z którego wykluczono rozpatrywanie kwestii posiadania, tak jak w postępowaniu posesoryjnym niedopuszczalne było powoływanie się na tytuł prawny²⁰.

V

Najdłuższy, piąty rozdział (s. 62 - 84) poświęca Diódsi demistyfikacji zagadnienia mancypacji. W wyniku zestawienia źródeł rzymskich z literaturą dotyczącą innych praw antycznych dochodzi on do słusznego wniosku, że akt ten nie był bynajmniej tajemniczym tworem rzymskiego geniuszu, ale powszechnym w starożytności kontraktem sprzedaży. Oryginalność prawa rzymskiego polegała tylko na jego późniejszym rozwoju. Otóż na skutek wynalezienia przez kapłanów-znawców prawa *mancipatio nummo uno*, powstał pierwszy akt przeniesienia własności niezależny od uprzedniego zobowiązania, tzn. abstrakcyjny. Co do związanej z mancypacją rękojmi za wady prawne (*auctoritas*), nie była ona według Diódsiego ani jedynym, ani nawet głównym efektem transakcji. Było nim natomiast bezpośrednio (tzn. nie po zasiedzeniu) nabycie władztwa nad rzeczą.

Rozdział szósty (s. 85 - 93) dotyczy *usus auctoritas*. Zapoczątkowany przez Mommsena²¹ pogląd upatruje w tej instytucji rękojmię sprzedawcy. Diódsi natomiast ujmuje ją jako prototyp zasiedzenia (*usucapio*). Główną funkcją *usus auctoritas* było bowiem zapewnienie używającemu rzecz nie kwestionowanej prawnie pozycji. Pierwotna łatwość jej uzyskania wynikała z dążenia *patres* do zagarniania jak największej ilości ziemi rodu. Późniejsze, przedklasyczne ograniczenia, jak zakaz zasiedzenia rzeczy skradzionych, ustanowionych przez *lex Atinia* z przełomu III i II w. pne., czy wymagania *iusta causa* i *bona fides*, wprowadzone nieco potem, tłumaczy autor chęcią ustabilizowania przez warstwę panującą stanu własności istniejącego w chwili jej przejścia do obrony zdobytych w walce klasowej pozycji.

²⁰ Gdybym chciał być konsekwentny, musiałbym mówić w dalszym ciągu o okresie archaicznym, brać wyraz „własność w cudzysłów lub opatrywać go przymiotnikiem „prymitywna”. Skomplikowałoby to jednak w dużej mierze następne wywody.

²¹ Por. T. Mommsen, *De auctoritate commentatio*, *Gesammelte Schriften*, Juristische Schriften 3, Berlin 1907, s. 458 i n.

VI

Archaiczne środki ochrony własności przedstawia rozdział siódmy (a. 94 - 106) w sposób bardzo kontrowersyjny. Zakwestionowano w nim znaną teorię Kasera, głoszącą, że i powoda i pozwanego obciążał w legisyakcyjnym procesie windykacyjnym obowiązek dowodu, którego przedmiotem była nie własność, lecz tylko lepsze prawo do posiadania rzeczy. Krytyka Diósdiego sprowadza się do kilku argumentów. Na wstępie stwierdza on, że tak dobitnej formuły, jak *Meum esse* nie sposób rozumieć względnie. Potem neguje symetrię skargi²², stanowiącą podstawę teorii Kasera. Od wyrazu *postulo* prawo pozwanego miało stawać się przedmiotem zakładu i w związku z tym jego właśnie obciążał dowód. Asymetria ta wynikała, według Diósdiego, ze ścisłego powiązania ochrony własności z pościgiem za złodziejem i — co za tym idzie — deliktowego charakteru kontrawindykacji (identycznego roszczenia do rzeczy zgłoszonego przez pozwanego). Autor, przewidując zapewne, w jakim kierunku pójdą zarzuty przeciwko jego koncepcji, w której dziwi przede wszystkim całkowite wyłączenie prawa powoda z pola zainteresowania sędziego, zatroszczył się o podanie gwarancji prawidłowości legitymacji czynnej. Miał ją zapewniać rozgłos procesu w małej społeczności (Rzym w okresie początków *legis actio sacramento in rem* liczył najwyżej 10 - 20 tys. mieszkańców). Czy rozgłos ten mógłby zapobiec nie kończącym się sporom złodziei o rzecz cudzą i — na skutek oczywistej niemożności dostarczenia dowodu przez pozwanego — zwycięstwem na przemian to jednego, to drugiego z nich, w zależności od tego, który wszczął proces?

Koncepcja Diósdiego ma moim zdaniem również inne słabe punkty. Wyrażenie *meum esse* nie implikuje bynajmniej absolutności prawa. Dobitną tę formułę wypowiada równie kategorycznie przeciwnik procesowy, a nie jest wynalazkiem naszych czasów, że prawda często leży pośrodku. Symetria *legis actio sacramento in rem* może być zachowana dzięki odpowiedzi pozwanego na *provocatio ad sacramentum*. Jego słowa *et ego te* odnosiłyby się do całej frazy *quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco* (skoro zażądałeś rzeczy bezprawnie — wzywam cię do złożenia 500 asów zakładu), a nie — tylko do jej ostatniej części. W ten sposób zarzut *iniuria*, a w konsekwencji obowiązek dowodu obciążałyby również powoda.

Do wyjaśnienia charakteru *legis actio sacramento in rem* powinna przyczynić się interpretacja tzw. *iustum sacramentum*. Co do zasady — obydwie *sacramenta* mogą być orzeczone *iniusta*, bowiem równoczesne twierdzenia stron przeciwnych *Meum esse* nie są logicznie sprzeczne (oba mogą być fałszywe). Bezwzględny obowiązek sędziego wskazania jednego

²² Według niego *adversarius similiter dicebat et faciebat* (przeciwnik mówił i czynił podobnie) tylko w pierwszej części postępowania *in iure*. Por. Gai. 4, 16.

z nich jako słusznego jest stąd „na bakier” z logiką. Odpowiada on wszelako potrzebom gospodarczym prymitywnego społeczeństwa agrarnego, gdzie dla podtrzymania egzystencji jego członków każdy kawałek ziemi — dającej tak skąpe plony — musi być uprawiany. Ciągłe wykorzystywanie innych *res Mancipi* jako środków pracy rolniczej również leżało w interesie ogólnospołecznym. Sformułowany tu obowiązek sędziowski zaspokaja jednak nie tylko potrzebę ekonomiczną, lecz także pierwotne poczucie sprawiedliwości, które domaga się wyłonienia w każdym sporze lepiej uprawnionego zwycięzcy, choćby nie umiał on dowieść absolutnych, tzn. skutecznych *erga omnes* podstaw nabycia.

Argumentacja prawnoporównawcza, łącząca ochronę własności z pościgiem za złodziejem, nie trafia mi do przekonania. Dla wypadku kradzieży istniała w prawie rzymskim osobna skarga deliktowa, znana Ustawie XII Tablic *actio furti*, zaś skargi rzeczowe już od swego zarania miały do spełnienia funkcję znacznie szerszą niż tylko odzyskanie skradzionego przedmiotu. Sam autor przyznaje wreszcie, że najwartościowszy obiekt własności antycznej stanowiła ziemia. Tu pościg jest nie do pomyślenia, złodziej jej bowiem nie może unieść ze sobą²³. Wyobraźmy sobie zresztą życiową sytuację: cała wieś, zaalarmowana krzykiem okradzionego, ściga rabusia. Któremu z goniących przysądźmy rzecz po jej odzyskaniu? Decyzję musi poprzedzać jakiś, choćby prowizoryczny dowód własności. Koncepcja Diósdiego nie zgadza się również z inną hipotezą: tzw. posiadacza spokojnego jako ewentualnego pozwanego. Drżałby on wiecznie ze strachu, by czyjekolwiek widzimisię nie postawiło go w obliczu trudnego dowodu. Klasa panująca, będąca zawsze równocześnie klasą posiadaczy, z pewnością nie pozwoliłaby na takie totalne ich zagrożenie.

Nieodparcie nasuwa się następujący wniosek końcowy: w okresie legisakcji obaj procesujący się o rzecz mogli i musieli przedstawiać swe racje w celu wyłonienia spośród nich lepiej uprawnionego. Pozostawienie przedmiotu po zakończeniu sporu w posiadaniu jednej ze stron, co przedstawiłem jako konieczność gospodarczą i psychologiczną, wiązało się na pewno nierozzerwalnie z oficjalnym proklamowaniem jej jako strony uprawnionej, skoro w okresie archaicznym posiadania nie odróżniano od tytułu prawnego. Rzecz jasna, że taki zwycięzca, jeśli może być nazwany właścicielem, to tylko relatywnym, bardziej od swego przeciwnika godnym ochrony. Pozycja jego nie wykluczała bynajmniej istnienia lepiej odeń uprawnionych, łącznie z właścicielem absolutnym (tj. nabywcą pierwotnym lub jego prawnym następcą). Sytuacja tego ostatniego — co starałem się wykazać poprzednio — nie stała się jednak jeszcze instytucją prawną.

²³ Co nie przeszkadza uznaniu nieruchomości za potencjalny przedmiot *furtum* aż do okresu Cesarstwa. Właśnie szerokie pojęcie *furtum* uniemożliwia, moim zda-

VII

Wiadomo powszechnie, że ograniczone prawa rzeczowe łączy z własnością stosunek pierwotności logicznej. Inaczej mówiąc, można je sobie wyobrazić tylko jako wycinki większego obszaru, zajmowanego przez prawo własności. Czy stosunek ten zachowuje walor poza płaszczyzną dogmatyczną, czy potwierdza go historia? Diódsi w rozdziale ósmym (s. 107 - 120) odpowiada przecząco na to ciekawe pytanie. Jeśli chodzi o serwituty, krytykuje on m. in. najbardziej znaną teorię z grupy przyjmujących, że ograniczone prawa rzeczowe powstały na skutek rozczłonkowania prawa własności, a mianowicie teorię własności funkcjonalnie podzielonej Kasera²⁴. Sam autor przychylił się do poglądu mniejszości, że późniejsze *iura in re aliena* ukształtowały się jako prawa niezależne od późniejszego *dominium*, posiadające różnorodną — bo pochodną od rozmaitych potrzeb ekonomicznych — naturę.

Zastaw możemy traktować jako odrębne prawo rzeczowe ograniczone dopiero po uzyskaniu przezeń skutecznej *erga omnes* ochrony pretorskiej. W okresie archaicznym natomiast dla zabezpieczenia wierzytelności manipulowano za pomocą techniki obligacyjnej przywłaszczeniem (kontrakt powierniczy — *fiducia cum creditore contracta*) lub — pozostawiając własność rzeczy zastawcy — przyznawano zastawnikowi posiadanie chronione *actio furti* (*pignus*). Diódsi słusznie stwierdza, że żadna z tych instytucji nie świadczy na korzyść teorii Kasera.

Pierwszą część książki podsumowuje rozdział dziewiąty o charakterze własności archaicznej (s. 121 - 127). Czytelnik, który dotarł do tego miejsca, orientuje się już w konstrukcji pracy. Dlatego też autor poświęca jej teraz kilka słów. Wyjaśnia on m. in., z jakich względów nie omówił takich znanych zagadnień prawa własności, jak tzw. naturalne sposoby nabycia czy *in iure cessio*. Pierwsze zostały pominięte z powodu braku dotyczących ich źródeł, drugie — na skutek minimalnego znaczenia dla rozwoju własności. Słuszne wydaje się zarówno to potraktowanie tematu, jak i jego uzasadnienie. Dlaczego nie omówiono jednak (również w drugiej części książki) tak istotnych kwestii posiadania i interdyktów posesoryjnych? Ani brak źródeł, ani mała waga tych instytucji w systemie prawa rzymskiego nie stały chyba na przeszkodzie, by poświęcić im należne w monografii o własności miejsce.

VIII

Część drugą pracy, dotyczącą prawa przedklasycznego, rozpoczyna rozdział o stworzeniu klasycznego pojęcia własności (s. 131 - 136). Impulsem

niem, konstrukcję procesu, opierającą ciężar dowodu na pozwanym jako podejrzanym o kradzież.

²⁴ Por. m. Kaser, *The Concept*, s. 7 i n.

do tego stało się pojęciowe wydzielenie z późniejszej własności posiadania, używania, pobierania owoców i wykonywania w stosunku do rzeczy czynności będących treścią serwitutów. W ten sposób w tekstach pochodzących z I w p.n.e. pojawia się wreszcie rzymskie *dominium* — prawnicza abstrakcja odseparowana od wszystkiego, co dla laika stanowi esencję własności. Inny klasyczny termin: *proprietas*, miał według Diósdiego pojawić się nieco później — w I stuleciu Cesarstwa.

Zmiany ekonomiczne i społeczne III i II w. p.n.e., a głównie rozwój obrotu handlowego, nie pozostały bez wpływu na system prawa. Spowodowały one pewne przekształcenia istniejących sposobów nabycia własności, spośród których największych zmian doznała *usucapio*. Poza tym, w wyniku intensyfikacji obrotu przekraczającego ramy starego *ius Quiritium*, konieczna stała się decyzja, w którym momencie sprzedaży własność przechodzi na nabywcę. Z trzech możliwych (chwila zawarcia umowy, zapłaty ceny, wręczenia rzeczy) prawo przedklasyczne — prawdopodobnie kierując się precedensem *mancipatio nummo uno* — wybiera ostatni. Powstaje nowy sposób nabycia własności, a zarazem czynność dyspozytywna — *traditio*. Zagadnienia te trafnie przeanalizował autor w rozdziale drugim (s. 137 - 148).

Rozdział trzeci (s. 149 - 165) omawia w dalszym ciągu ochronę własności. Diósi przyjmuje tu za Kaserem istnienie przejściowego między *legis actio sacramento in rem* i *formula petitoria* stadium rozwoju procesu windykacyjnego — *agere in rem per sponsionem*. Procedura ta wraz z postępowaniem posesoryjnym utorowała drogę ostatecznej postaci rzymskiej skargi wydobywczej.

IX

W rozdziale czwartym (s. 166 - 179) autor zajmuje się własnością bonitarną (pretorską). Nie bacząc na konstatacje Bonfantego, z których wynika, że wyrażenie *in bonis esse* miało w źródłach prawniczych wiele różnorodnych zastosowań²⁵, większość doktryny wiąże je ściśle z dysponowaniem *actio Publiciana* i uważa za *terminus technicus* na oznaczenie własności bonitarnej. Większości tej przewodzi Kaser, wymieniający w zakresie publicjańskiej ochrony nabycia syngularnego trzy kategorie podmiotów: tych, którym właściciel tradował swoją *res Mancipi*; tych, których chroni *erga omnes* pretorska *exceptio (replicatio) rei venditae et traditae*; wreszcie uprawnionych do *actio Publiciana*, bez dalszych dystrykcji, czy mają oni jak *bonae fidei possessores* tylko relatywnie lep-

²⁵ Po pierwsze — do uprawnienia tego, komu właściciel tradował *res Mancipi*, po wtóre — do innego posiadania *ex iusta causa*, po trzecie — do tak różnorodnych sytuacji prawnych, jak np. *dominium ex iure Quiritium* czy obligacje. Por. P. Bonfante, *Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione „in bonis habere”*, Scritti, s. 373 i n.

sze prawo do posiadania, czy też — jak dwie pierwsze grupy — bezwzględne. Odrzucając zbyt wąską kategorię pierwszą i zbyt szeroką trzecią, Kaser znajduje, że *in bonis esse* oznaczało ochronę przeciw wszystkim, łącznie z właścicielem kwirytarnym, za pomocą pretorskiej skargi rzeczowej oraz związanych z nią ekscepcji²⁶. Jako przykłady własności bonitarnej wymienia się wypadki, gdy właściciel tradował komuś *res Mancipi*; gdy ktoś kupił jakąkolwiek rzecz od niewłaściciela, który jednak potem nabył własność albo stał się spadkodawcą właściciela (tzw. konwalidacja); gdy ktoś, posiadając rzecz, dał się w procesie zasądzić na jej ustaloną w *litis aestimatio* wartość; gdy ktoś zajął *res derelicta*; gdy pretor przekazał komuś rzecz aktem urzędowym²⁷. Kontrowersje budzi w nauce zagadnienie pierwotnej funkcji *actio Publiciana*. Zdaniem Lenela, które ostatnio podtrzymał Sturm²⁸, przysługiwała ona tylko nieformalnym nabywcom *res Mancipi*, zdaniem Kasera i Wubbego²⁹ — także tym, którzy w dobrej wierze kupili jakąkolwiek rzecz od niewłaściciela (*bonae fidei possessores*). Drugi pogląd zalicza do czynnie legitymowanych również właścicieli *ex iure Quiritium*. *Actio Publiciana* byłaby więc ze względu na trudności dowodowe windykacji (*probatio diabolica*) jej ułatwioną wersją.

Do nauki zgodnie stwierdzającej, że dualizm prawa rzymskiego nie ominął dziedziny własności, Diódsi wnosi wiele nowego. Jego zdaniem instytucja własności bonitarnej nigdy nie istniała, natomiast jej pojęcie jest tworem jurystów epoki justyniańskiej³⁰, którzy nie dość dobrze znali dawniejsze prawo. Autor przytacza na uzasadnienie tak oryginalnej tezy następujące argumenty. *Actio Publiciana* miała szerszy zasięg niż *in bonis esse*, ponieważ Kompilacja zniosła *in bonis*, a skargę pozostawiła. Poza tym źródła nigdy nie łączą jej z tym terminem. Sytuacji określanej za jego pomocą brakuje jednolitej ochrony prawnej, analogicznej do tej, jaką ma własność cywilna w postaci windykacji. Termin ten wreszcie, mogąc oznaczać różne tytuły prawne, nie powinien uchodzić za techniczny. W każdym razie stosował się on również do własności kwirytarnej, wobec czego przeciwstawienie dwu rodzajów własności nie ma sensu. Możliwe jest jedynie wyróżnienie wśród *domini ex iure Quiritium* takich właścicieli, którzy mogą wykonywać swe prawo (*plenum*)

²⁶ Por. M. Kaser, *In bonis esse*, ZSS, 78 (1961), s. 179 i n.

²⁷ Do tej ostatniej kategorii zaliczają się: *ductio servi ex noxali causa iussu praetoris*, *adiudicatio* w sporze *imperio continens*, *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, *iusiurandum in iure delatum*, ścięcie drzewa lub gałęzi na podstawie interdytu *de arboribus caedendis*.

²⁸ Por. F. Sturm, *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*, RIDA 9 (1962), s. 397 i n.

²⁹ Por. M. Kaser, *In bonis*, s. 195 i F. Wubbe, *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, RIDA 8 (1961), s. 430.

³⁰ Parafraza Teofila, grecki przekład „Instytucji” justyniańskich, jest pierwszym źródłem przynoszącym to wyrażenie (Theoph. Paraph. 1, 5, 4: ὁ δεσπότης βοιτάριος).

i takich, którzy nie są do tego upoważnieni (*nudum ius*). Konstrukcja „nagiego” prawa miała na celu odebranie właścicielom, którzy sprzedali i tradowali niewolnika (zachowując jednak tytuł), uprawnienia do tego wszystkiego, co on swą pracą uzyska oraz możliwości wyzwolenia go ze szkodą dla nabywcy. Rozszczepienie *dominium* na *nudum ius* i *in bonis esse* było przejściowe, znikало bowiem po roku (dwu — przy nieruchomościach), kiedy to na skutek zasiedzenia nowonabywcy z powrotem, tym razem w jego osobie, jednoczyły się tytuł prawny i aktualna sytuacja majątkowa. Właśnie uznanie przez pretora tej czasowej sytuacji za bardziej od „nagiego” prawa Kwirytów godną ochrony, zostało w epoce justyniańskiej mylnie nazwane własnością bonitarną.

Jeśli chodzi o funkcję *actio Publiciana*, według Diósdiego skarga przysługiwała od początku również posiadaczom *bonae fidei*, bowiem zawarta w jej formułce fikcja *usucapio* wyklucza badanie prawa poprzednika. *Probatio diabolica*, która miała tak znacznie utrudniać dowód windykacyjny, jest dla autora — idącego tu za Sturmem³¹ — wymysłem glosy: przy *rei vindicatio* należało udowodnić tylko tytuł bezpośredniego poprzednika prawnego, a nie całego ich łańcucha łącznie z nabywcą pierwotnym. Nie istniały więc znaczne różnice między obiema skargami w zakresie ciężaru dowodu. Z wynikającej stąd niecelowości wnioskuje Diódsi o niedopuszczalności ich konkurencji. Miałyby one wyłączać się na podstawie kryterium spełnienia przez powoda wszystkich warunków zasiedzenia, co uniemożliwiałoby mu stosowanie *Publiciany*.

Moim zdaniem własność bonitarna wymaga zbadania jako fenomen powstały na skrzyżowaniu dwóch linii rozwojowych: rzymskiej własności cywilnej i systemu prawa pretorskiego. Tu zaledwie kilka uwag na temat słabych punktów w ciekawej koncepcji autora. Po pierwsze — jeśli dostępne nam źródła nie łączą wyrażen *in bonis esse* i *actio Publiciana*, nie znaczy to, że instytucje oznaczane za ich pomocą nie mogły być w ścisłym związku. W każdym razie kompilacja justyniańska, która specjalną konstytucją zniosła własność bonitarną³², nie jest najlepszą podstawą do argumentu *a silentio*³³. Po drugie — niesporny fakt, iż *in bonis* nie spełniało funkcji terminu technicznego na oznaczenie własności pretorskiej, niczego sam przez się nie dowodzi. Instytucja prawna jako zespół norm dotyczących określonego stosunku społecznego może doskonale obejść się bez odpowiadającego jej terminu technicznego (przykładem — znaczne opóźnienie w wytworzeniu przez jurysprudence przedklasyczną pojęcia *dominium*). Po trzecie — nie wszystkie, oczywiście, przypadki

³¹ Por. F. Sturm, *Zur ursprünglichen Funktion*, s. 364 i n.

³² *De nudo iure Quiritium tollendo* (C. 7, 25, 1).

³³ Mimo wszystko, nawet tam znajdziemy pewne teksty zawierające ślady związku tej instytucji z *Publicianą*. Są to: Ulp. D. 44, 4, 4, 32; Mod. D. 41, 1, 52 oraz Paul. D. 2, 9, 2, 1; D. 6, 2, 6; D. 9, 4, 26, 6 i D. 9, 4, 28. Brak tu niestety miejsca na ich analizę.

ochrony przez pretora rzeczywistej sytuacji majątkowej nazwać możemy własnością bonitarną: należy ograniczyć ją tylko do tych, w których *contra legem* kreował on właściciela.

Dla zdefiniowania własności bonitarnej trzeba by, moim zdaniem, użyć formuły, że ma ją ten, kto wykonuje prawo własności w swoim imieniu, ponieważ *ius Quiritium* — jako *nudum* — służy komu innemu. Nie jest więc własność pretorska prawem o treści odmiennej od cywilnej³⁴, lecz jej antycypacją³⁵. Stanowi ona negatyw „nagiego” prawa Kwirytów, ponieważ zawsze w stosunku do rzeczy *in commercio* i nie będącej w dodatku *res nullius*, prawo rzymskie przyznawało komuś status właściciela. Utrata go przez jedną osobę (*nudum ius*) musiała więc powodować nabycie przez inną (*in bonis*). Dlatego wątpię, czy Diósdemu udało się wykazać nieistnienie instytucji własności bonitarnej. Jego bezkompromisowy atak na tradycyjną teorię przyczyni się jednak z pewnością do uściślenia tego nie dość ostrego pojęcia.

Pogląd autora na pierwotną funkcję *actio Publiciana* jest słuszny i trafnie uzasadniony, natomiast w materii konkurencji tej skargi z *rei vindicatio* bardziej prawidłowe wydaje się stanowisko Kasera³⁶, który dopuszcza możliwość stosowania *Publiciany* przez właściciela kwirytarnego. Kwestię dowodu przy skardze wydobywczej należy podzielić na dwie hipotezy. W pierwszej — przed upływem roku (dwóch) od uzyskania rzeczy — powód musi udowodnić prawo swego poprzednika, w drugiej — gdy okres zasiedzenia już minął — wystarczy wykazanie nieprzerwanego posiadania oraz jego podstawy (*causa*). Widać od razu, że w pierwszym przypadku *Publiciana* wymagająca tylko dowodu *traditio* i *causa* jest o wiele dogodniejsza (nawet gdyby przy windykacji wystarczał mniej surowy niż „diabelski” dowód), szczególnie, jeśli w okresie między kupnem rzeczy a jej utratą powód powziął wątpliwości co do prawa zbywcy.

Sytuację uprawnionego do *Publiciany* posiadacza w dobrej wierze należy określić, w przeciwieństwie do chronionej *erga omnes* własności bonitarnej, jako tylko relatywną³⁷. Nie będąc właścicielem, *bonae fidei*

³⁴ Z zastrzeżeniem, że gdy przedmiot jej stanowi niewolnik, nie wszystkie uprawnienia właściciela cywilnego przechodzą na pretorskiego — pozostaje mu więcej niż *nudum ius*, bo możliwość uczynienia przez *iteratio* wyzwolenca obywatelem i sprawowania opieki nad wyzwoloną kobietą.

³⁵ Problem własności bonitarnej jako substytutu cywilnej, gdy nie występuje w *actio Publiciana* fikcja *usucapio* bądź ze względu na przeszkody podmiotowe (sytuacja peregryna), bądź przedmiotowe (grunty prowincjonalne), należy do wyjątkowo niejasnych i nie opracowanych.

³⁶ Por. M. Kaser, *In bonis*, s. 195, n. 69.

³⁷ Mam na myśli względność ochrony, tzn. jej brak wobec właściciela cywilnego i tego nabywcy od tego samego niewłaściciela, który nabył rzecz wcześniej (por. Ner. D. 19, 1, 31, 2), a może także wobec aktualnego posiadacza przy nabyciu od różnych niewłaścicieli (Ulp. D. 6, 2, 9, 4).

possessor różni się jednak zasadniczo od innych posiadaczy, przysługuje mu bowiem skarga petytoryjna, a uprawnienie do niej może on przez *traditio ex iusta causa* przelewać na inne osoby *inter vivos*. Podlega ono również dziedziczeniu zwanemu *successio temporis* (*successio in usuca-pionem*). Wszystko to upoważnia do tchnącego „duchem kaserowskim” wniosku: *actio Publiciana* stanowiła kontynuację względnej własności rzymskiej czasów panowania legisakcji. Legitymowani byli do niej bowiem, oprócz właścicieli bonitarnych i kwirytarnych (absolutnych), także posiadacze w dobrej wierze (właściciele relatywni). W świecie rozwinętego obrotu i precyzyjnych pojęć prawnych Późnej Republiki funkcje petytoryjne *legis actio sacramento in rem* przejęły dwie różne skargi (*rei vindicatio* i *actio Publiciana*).

X

W zakończeniu (s. 180 - 185) podnosi autor, że okres przedklasyczny odegrał największą rolę w procesie kształtowania się rzymskiej własności. Prawnicy klasyczni z reguły ograniczali się do uściślenia istniejących pojęć, pozostawiając w zasadzie bez zmian zastany system prawa³⁸. Także i *dominium* w postaci wytworzonej już w okresie przedklasycznym przeniesione zostało za pośrednictwem pism autorów klasycznych do kompilacji justyniańskiej. Właśnie w uwagach natury ogólnej dochodzi do głosu błyskotliwa zdolność Diósdiego do syntezy. Bez niej zresztą nie udałoby się podsumowanie stanu nauki o własności rzymskiej, jakim w dużej mierze jest jego książka. Na pochwałę zasługuje również zawarta w niej ocena dotychczasowej doktryny, a szczególnie zastosowana w tym celu metoda. Pod hasłem *de omnibus dubitandum* odrzuca autor nawet najbardziej zakorzenione teorie, o ile tylko nie odpowiadają one rygorystycznie stosowanym przez niego kryterium logicznej spójności i zgodności ze źródłami³⁹.

Umiejętne wiązanie norm prawnych ze stanowiącymi ich bazę stosunkami gospodarczymi jest następnym i nie ostatnim atutem Diósdiego. Konstrukcja jego pracy imponuje jasnością i doskonałym wyeksponowaniem zasadniczych problemów, a poszczególne tezy, choć dyskusyjne,

³⁸ A był on daleki od ideału, np. w zakresie form przeniesienia własności. Kontrast między zupełnie nieformalną tradycją i sztywnymi *actus legitimi* spowodował tu rozejście się tytułu prawnego i rzeczywistej sytuacji majątkowej. Por. odmienną ocenę S. Riccobono, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano — Duplex dominium*, Scritti Ferrini, Milano 1946, s. 34 i n.

³⁹ Co do tych ostatnich, w przypadkach kontrowersji lub niejasności preferuje on nie skażone interpolacjami *Institutiones Gaiusa*. Dzieło to daje nam poza tym jedyną relację na temat tak ważnych dla prawa własności urządzeń, jak *ercto non cito*, rytuał *mancipatio*, *legis actio sacramento in rem*, *agere in rem per spon-sionem* czy *duplex dominium*.

nigdy nie są bezpodstawne. Te z nich, które nie wzbudziły moich wątpliwości, zostały tylko krótko zreferowane. Szeroko natomiast omówiłem zagadnienia sporne. Niech więc krytyczny ton tej recenzji będzie jeszcze jednym dowodem dużej wartości rozprawy, której nie można potraktować zdawkowo.