

ZYGFRYD RYMASZEWSKI (Łódź)

Z zagadnień rozwoju miejskiego prawa prywatnego w Polsce

(Na marginesie książki K. Bukowskiej pt. *Orzecznictwo krakowskich sądów wyższych w sporach o nieruchomości miejskie w XVI - XVIII w.*)

Zaniedbana do niedawna problematyka prawa miejskiego dawnej Polski zaczyna obecnie coraz częściej skupiać uwagę badaczy. Składa się na to z pewnością wiele przyczyn, wśród których niemałą rolę odgrywa lepsze zrozumienie miejsca miast w życiu gospodarczym i kulturalnym państwa. Ostatnio ukazała się praca, która ze względu na swą tematykę spotka się niewątpliwie ze szczególnym zainteresowaniem historyków prawa, i to nie tylko polskich.

Rozprawa habilitacyjna doc. dr Krystyny Bukowskiej jest poświęcona wpływom prawa rzymskiego na prawo miejskie w Polsce wieków XVI - XVIII, ściślej na niektóre działy tego prawa¹. Autorka śledzi drogi recepcji na przykładzie przeobrażeń, jakim ulegała własność nieruchomości. Pole obserwacji jest rozległe. Penetracją zostało objęte nie tylko prawo rzeczowe, lecz również prawo majątkowe małżeńskie, spadkowe, a także zobowiązania. Jednym słowem — miejskie prawo prywatne.

Wobec znikomej liczby opracowań monograficznych z tego zakresu w literaturze polskiej², a także braków w nauce niemieckiej³, podjęcie

¹ K. Bukowska, *Orzecznictwo krakowskich sądów wyższych w sporach o nieruchomości miejskie (XVI - XVIII w.)*, Studium z historii prawa rzymskiego w Polsce, Warszawa 1967, s. 125.

² Wystarczy spojrzeć na zestawienia literatury w II tomie *Historii państwa i prawa Polski*, Zdecydowanie przeważają publikacje poświęcone procesowi miejskiemu (w tym na 22 pozycje 14 dotyczy procesów o czary). Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. II, wyd. 2, Warszawa 1966, s. 299 i 411-412. Zestawienia literatury dokonała K. Bukowska, jej pióra jest także opracowanie miejskiego prawa prywatnego i procesu miejskiego.

³ Autorka wskazuje na słabe zainteresowanie uczonych niemieckich głosem do Zwierciadła saskiego, o. c., s. 12 - 13. Jest to o tyle ważne, że wspomniana glosa jest jednym z podstawowych punktów wyjściowych w jej rozprawie. Na marginesie dodajmy, że poza uwzględnionymi w pracach autorami głosem zajmowali się

w jednej pracy tak szerokiego kręgu zagadnień było dowodem niemałej odwagi. Już jednak wcześniejsze publikacje świadczyły o tym, że autorka opanowała złożone problemy recepcji⁴. Imponuje doskonale rozeznanie w prawie rzymskim, rzymsko-kanonicznym i średniowiecznej doktrynie tego prawa. W równie wysokim stopniu opanowała autorka prawo sasko-magdeburskie oraz ówczesną literaturę prawniczą w zakresie tego prawa, i to nie tylko polskich autorów. Wiele tu trafnych, odkrywczych spostrzeżeń, wiele sprostowań dotychczasowych sądów, które przy głębszym wniknięciu okazały się błędne lub zbyt powierzchowne (por. np. rozstrzygnięcie spornej kwestii istnienia zasady *superficies solo cedit* w prawie niemieckim, s. 34 - 35).

Wyczerpujące omówienie rozprawy jest szczególnie trudne, gdyż wymaga orientacji we wspomnianych wyżej dziedzinach, przede wszystkim zaś w całym niemal miejskim prawie prywatnym, słabo dotąd u nas zbadanym. W tych warunkach ograniczę się do przedstawienia swych wątpliwości i spostrzeżeń.

I

Tytuł. Nie został on zbyt szczęśliwie dobrany, niezupełnie odpowiada treści pracy; informuje, że przedmiotem badań są orzeczenia krakowskich sądów wyższych, apelacyjnych. Czytelnik oczekuje więc wyjaśnień, co było przyczyną apelacji — naruszenia prawa procesowego czy materialnego. W obu wypadkach chciałby wiedzieć, które z uchybień są najczęstsze, a więc co budziło szczególne kontrowersje. Można przypuszczać, że właśnie ujęcia dawnych norm, nowa ich interpretacja (może właśnie w kategoriach prawa rzymskiego) były przyczyną odwołań od wyroków sądów I instancji. Tej problematyki w pracy nie ma. Nie orzecznictwo jest przedmiotem zainteresowań K. Bukowskiej, lecz własność nieruchoma w tym orzecznictwie, a to dwie różne kwestie.

Tytuł ponadto sugeruje, że autorkę interesuje to, co strony procesowe różniło w pojmowaniu własności, zastawu, najmu, kupna-sprzedaży itd. i wreszcie, co rozumie się samo przez się, rozstrzygnięcia tych wątpliwości przez sądy apelacyjne. W rzeczywistości jest nieco inaczej. Naj-

także H. Bindewald, *Studien zur Entstehung der Sachsenspiegelglosse*, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters, t. 15, 1959, oraz K. Schilling, *Das objektive Recht in der Sachsenspiegelglosse*, Berlin 1931.

⁴ K. Bukowska, *Z historii nauki prawa rzymskiego we Włoszech i we Francji (mos italicus i mos gallicus)*, CPH, t. XII, z. 2, 1960, s. 177 - 187; teźże, *O wpływach obcych w dawnym prawie miast polskich. Uwagi w związku z pracą W. Maisla, Poznańskie prawo karne do końca XVI w.*, Poznań 1963, CPH, t. XVII, z. 1, 1965, s. 257 - 268. O znajomości dziejów prawa miejskiego dawnej Polski świadczą opracowane przez autorkę odnośne partie w *Historii państwa i prawa Polski*, t. I i II.

częściej otrzymujemy zarys całej instytucji, np. kupna-sprzedaży, w której chyba nie wszystko było sporne. W każdym razie najczęściej nie wiemy, co było przyczyną apelacji. Z tych względów chyba bardziej właściwy byłby tytuł: „Własność nieruchomości w orzecznictwie krakowskich sądów wyższych”.

Podtytuł — „Studium z historii prawa rzymskiego w Polsce” — też budzi zastrzeżenia. Zbyt często autorka mówi o danej instytucji wszystko, co się da o niej powiedzieć na podstawie analizowanych źródeł, choćby pozostawało to w związku z wpływami rzymskimi (np. terminy dawności, sprzedaż z prawem odkupu, drobiazgowy opis odpowiedzialności sprzedającego, prawa bliższości). Wydaje się jednak, że gdyby nawet praca ograniczała się wyłącznie do tych stron prawa miejskiego, w których da się wykryć wpływy rzymskie, podtytuł taki byłby nieściśły. Omawiana rozprawa to studium z historii prawa miejskiego.

II

O k r e s objęty badaniami to wieki XVI - XVIII. Autorka dość przekonywająco uzasadnia przyjęcie takich ram czasowych, zwłaszcza gdy idzie o dolną granicę⁵. Jednak co do niej pewne wątpliwości pozostają. Wszak poza badaniami zostało niemal półtora stulecia działalności krakowskich sądów wyższych. Czy istotnie aż po w. XVI trzymały się one ściśle *Zwierciadła saskiego* i *Weichbildu* w ich pierwotnym brzmieniu? Czy już wcześniej nie istniały nie tyle polskie, co lokalne zwyczaje, odbiegające od obu pomników? Bo Autorka od tych pomników wychodzi kreśląc rys historyczny poszczególnych instytucji.

Wpływy rzymskie docierały nie tylko poprzez romanizujące glosy, lecz bardziej bezpośrednio, dzięki znajomości prawa rzymskiego przez sędziów. Byłyby więc od glosy wcześniejsze. Ów okres początkowy jest bardzo ważny, a zajęcie się nim pozwoliłoby może uchwycić zachodzące w prawie miejskim zmiany in statu nascendi. W każdym razie byłaby to pewniejsza podstawa wyjściowa dla dalszych badań niż *Zwierciadło saskie* i *Weichbild*. W związku z tym jeszcze jedna uwaga. W rozprawie należało podkreślić, że zaobserwowane przemiany mogą mieć, przynajmniej niekiedy, wcześniejszą od w. XV metrykę. Wprawdzie nie przypominam sobie, by autorka sugerowała co innego, lecz samo milczenie może być dla czytelnika mylące.

⁵ W 1535 r. została wydana przez Jaskiera romanizująca glosa do *Weichbildu*, co według autorki było przełomowym faktem w historii prawa rzymskiego w Polsce. Termin ad quem wyznaczają same źródła, które od połowy XVIII w. są już tylko fragmentaryczne, (s. 20).

III

Konstrukcja. Praca składa się z Uwag wstępnych (s. 5 - 20) oraz z dziewięciu rozdziałów, na ogół dość krótkich: rozdział I — Własność a posiadanie (s. 21 - 32), rozdział II — Własność parceli i własność budynku (s. 33 - 44), rozdział III — Ograniczenia prawa właściciela (s. 45 - 54), rozdział IV — Sprzedaż nieruchomości (s. 55 - 66), rozdział V — Zastaw nieruchomości (s. 67 - 74), rozdział VI — Najem (s. 75 - 77), rozdział VII — Sytuacja nieruchomości w małżeńskim prawie majątkowym (s. 78 - 83), rozdział VIII — Dziedziczenie ustawowe (s. 84 - 92), rozdział IX — Rozporządzenia ostatniej woli (s. 93 - 104). Rozprawę zamykają Wnioski (s. 105 - 113). Poza tym mamy wykazy skrótów, źródeł, literatury oraz streszczenie w języku francuskim⁶.

Jak widać własność jest tu ujęta szeroko, może za szeroko. To już nie jest problematyka własności, którą autorka zapowiada we Wstępie (s. 14), tylko — zgodnie z tytułem — problematyka nieruchomości. Jeśli przystaniemy na taki zakres tematyczny, to dlaczego brak w rozprawie omówienia zamiany, darowizny (jest tylko darowizna *mortis causa* i między małżonkami), dzierżawy? Jeśli z punktu widzenia interesujących autorkę zagadnień te formy obrotu są mniej istotne, należałoby to czytelnikowi wyjaśnić. Inaczej może on odnieść wrażenie, że dobór kwestii jest nieco dowolny.

Nie wydaje się uzasadnione przedstawienie kupna renty w rozdziale poświęconym zastawowi. Bardziej chyba odpowiednim miejscem byłyby te partie pracy, w których zostały omówione ciężary realne i służebności (rozd. III), albo — skoro współcześni uważali rentę wykupną za nieruchomość — rozdział IV poświęcony sprzedaży. Z kolei umieszczenie w tym rozdziale (IV) ograniczeń alienacji nieruchomości, wpływających z pokrewieństwa czy też rodzinnych stosunków majątkowych może wywołać błędne mniemanie, że ograniczenia te dotyczyły tylko kupna-sprzedaży⁷. A przecież istnieje w rozprawie odrębny rozdział (III) dla ograniczeń praw właściciela. Z przyczyn czysto konstrukcyjnych trudno było autorce wydzielić rozdział dla praw i obowiązków stron umowy alienacyjnej. Lecz chyba cały szereg praw i obowiązków sprzedającego miał bardziej ogólny charakter (np. zastęp), to znaczy, występowały one również przy innych typach alienacji. I należałoby na to, choćby w przypisie, zwrócić uwagę.

⁶ Ze względu na tematykę badań byłyby chyba bardziej właściwy język niemiecki. Nie ma wątpliwości, że poza Polską książka znajdzie się w kręgu zainteresowań przede wszystkim historyków niemieckich.

⁷ Stwierdza to wprawdzie autorka *expressis verbis* na s. 62, lecz w przytoczonych wyrokach zostały wyłączone spod prawa bliższości darowizna i zamiana, natomiast nic nie wiemy o zastawie, dzierżawie czy kupnie renty. Poza tym

IV

Podstawa źródłowa. Stanowią ją: Zwierciadło saskie — Landrecht wraz z glosą, Weichbild magdeburski, a zwłaszcza glosa doń, Summa Rajmunda, dzieła ówczesnych prawników polskich, zajmujący się prawem miejskim i rękopiśmienne księgi wyroków krakowskich sądów wyższych z wieków XVI — XVIII⁸.

Zarówno charakter źródeł, umożliwiające konfrontację teorii z praktyką, jak i okres objęty badaniami, nadają pracy szczególną rangę. Jest to epoka również w historii naszego prawa ziemskiego prawie nietknięta, stąd też badania — choćby z sąsiedniego podwórka — są w takiej sytuacji bardzo cenne. Tu od razu słowa protestu pod adresem wydawcy. Bo to on chyba w imię opacznie pojętej oszczędności nazbyt często pozbawia publikację tego, co w rozprawach źródłowych w ogóle, a w opartych na materiale rękopiśmiennym w szczególności jest bezwzględnie konieczne — cytatów źródłowych. Co da czytelnikowi numer tomu, rok i folio rękopisu, z którego może skorzystać tylko w Krakowie? Jak ma sprawdzić poprawność interpretacji tekstu? Nie pozostaje nic innego, jak przyjąć, że wykładnia podana przez autorkę jest w każdym wypadku trafna i z wielu możliwych jedynie słuszna.

Nie znajduje uznania w oczach autorki *Processus iuris civilis Cracoviensis* z r. 1544. Pomija to źródło, ponieważ — jak pisze na ostatniej stronie rozprawy — nie znalazło ono odbicia w praktyce sądowej⁹. Czy tak było istotnie? Być może te postanowienia, które rozszerzają kompetencje sądowe rady miejskiej kosztem ławy, pozostały istotnie tylko zamierzeniami. Ale *Processus* poza sprawą kompetencji zawiera też drobiazgowy opis postępowanie cywilnego i — co więcej — sporo przepisów prawa materialnego, o czym zresztą dowiadujemy się od autorki w innej pracy¹⁰.

Już a priori, bez wnikania w treść tego pomnika, można mieć wątpliwość, czy istotnie wszystkie te kwestie normuje on w sposób nowatorski, odmiennie od dotychczasowej praktyki. Zresztą gdyby nawet tak było, również wówczas, a może właśnie dopiero wówczas byłoby to dla autorki źródło bardzo cenne. Można się bowiem domyslać, że nowatorstwo polegałoby na romanizacji dotychczasowych norm, a więc mielibyśmy konkretny dowód narastania pewnych tendencji. W istocie jednak, pomijając

na s. 97 dowiadujemy się o wymogu zgody na rozporządzanie w testamencie nieruchomości nabytymi.

⁸ Z w. XVI — około 8 ksiąg, z w. XVII — około 10 ksiąg i z w. XVIII — około 3 ksiąg. Zatem w XVIII jest liczebnie najsłabiej reprezentowany.

⁹ Orzecznictwo, s. 113, przyp. 17. Podobnie wypowiedziała się autorka już wcześniej, zob. Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, o. c., s. 413.

¹⁰ Ibidem.

kompetencje instancji sądowych, *Processus* reguluje cały szereg kwestii w sposób nie odbiegający od tego, co autorka przedstawia w II tomie *Historii państwa i prawa Polski*, czy też w omawianej tu rozprawie¹¹. Wreszcie źródło to zawiera postanowienia, które K. Bukowska znajduje dopiero w późniejszych aktach¹². *Processus iuris civilis Cracoviensis* z r. 1544 jest źródłem nie mniej cennym niż inne, przez autorkę uwzględnione. Jego pominięcie nie wydaje się uzasadnione.

V

Literatura. Jej wykaz zawiera 121 pozycji. Jest to wiele, gdy się zważy, że miejskie prawo prywatne było u nas traktowane po macoszemu, z drugiej strony trzeba pamiętać jak bardzo obfita jest monograficzna literatura niemiecka. A bez jej obszernego uwzględnienia badania nad prawem miejskim w Polsce, opartym przecież na prawie saskim i magdeburskim, są nie do pomyślenia. A w tym zakresie autorka nazbyt często poprzestaje na informacjach zaczerpniętych z podręczników niemieckich, i to nie zawsze najnowszej daty¹³. W rezultacie istnieje niebezpieczeń-

¹¹ Np. proces gościnny, *Processus*, s. 35 — Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, o. c., s. 412; zasada skargowości, s. 4, 5 — s. 415; pozew ustny, s. 30, 36 — s. 415; pozew pisemny jako przywilej s. 36, 37 — s. 415; i przeciw nieobecnym s. 37 — s. 415, terminy stawienia się w sądzie s. 16, 17 — s. 416; skutki niestawiennictwa s. 17 — s. 417; przebieg rozprawy s. 19 — s. 417 (ale tu pewne zmiany); oprawa s. 19 — s. 417; obowiązek stawienia rękojmi przez pozwanego, który nie ma w mieście nieruchomości s. 52 — s. 418; gwar s. 20, 21 — s. 418; *litis contestatio* s. 6 — s. 418; świadkowie s. 50 — s. 419 — (dopuszczalność wcześniejszego zeznania); termin stawienia świadków s. 8 — s. 419; wyrok s. 22, 23 — s. 423 itd. Z prawa materialnego: zeznanie testamentu do ksiąg miejskich s. 77 — s. 309; ułatwienia na okres zarazy s. 79 — s. 309; powołanie egzekutorów w testamencie s. 79 — s. 310; kupno-sprzedaż, wzdanie, wwiązanie i szereg innych kwestii s. 71 — K. Bukowska, *Orzecznictwo*, s. 55 i n.; zapis wienny, s. 34 — Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, o. c., s. 302, 303. Dodajmy wreszcie, że w tymże źródle spotykamy się z tzw. unieruchomieniem ruchomości: *pecunie in bonis immobilibus in vim reemptionis inscriptae pro bonis immobilibus computari debent*, s. 92. Autorka nigdzie nie zajmuje się kwestią zakresu pojęcia nieruchomości w prawie miejskim. Jedynie przypadkowo zagadnienie to wpływa raz jeden z związku z prawem dzierżawcy do zabrania poczynionych nakładów, w tym także budynków. Budynki, chyba dlatego że drewniane — wywodzi autorka (i chyba ma rację) — były tu traktowane jak ruchomości (s. 34). *Processus iuris civilis* cytuję według wydania T. Rzezińskiego (*Processus iuris civilis Cracoviensis a consulibus civitatis a. D. MDXLIV Sigismundo I regnante conscriptus. E codice manuscripto edidit* — —, Cracoviae 1840).

¹² *Processus* dopuszcza obciążenie nieruchomości sumami pieniężnymi w testamencie, co według Autorki miał wprowadzić dopiero wilkierz krakowski z r. 1550. Zob. Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, o. c., s. 310.

¹³ Brak tu ostatniej syntezy H. Conrada, *Deutsche Rechtsgeschichte*; t. I: *Frühzeit und Mittelalter*, wyd. 2, Karlsruhe 1962, która jest z pewnością najbar-

stwo, że to co otrzymujemy na początku każdego rozdziału — zarys historyczny instytucji, okazać się może informacją niezupełną lub przestarzałą¹⁴.

VI

Metoda. Punktem wyjścia jest najczęściej *Zwierciadło saskie* — *Landrecht*¹⁵. Autorka informuje, jak dana instytucja czy kwestia została w tym pomniku uregulowana, jak wygląda w *Weichbildzie*, następnie wskazuje zmiany wprowadzone przez romanizujące glosy do tych zbiorów prawa. Dochodzą do tego opinie autorów dzieł prawnych. W końcu następuje sprawdzenie, jak dalece uzyskany w ten sposób obraz znajduje odbicie w praktyce sądowej. Takie ujęcie ma wielkie zalety. Czytelnik istotnie śledzi dzięki niemu krok za krokiem zachodzące zmiany w pomnikach prawa czy w myśli prawniczej, a następnie stopień ich recypowania w praktyce, lub nawet wyprzedzanie norm stanowionych przez praktykę (tak w wypadku *laesio enormis*, s. 56). Jednakże w takim uszeregowaniu źródeł mogą tkwić trudne do uniknięcia konsekwencje. Oto dokumenty praktyki, wbrew temu co sugeruje tytuł rozprawy, nie będą impulsem dla rozważań i podstawą dla wniosków, lecz tylko ilustracją, potwierdzeniem sądów, wysnutych ze źródeł innego typu. Tego niebezpieczeństwa nie zawsze udaje się Bukowskiej uniknąć (np. w uwagach na temat własności i posiadania, s. 21 i n., w rozdziale II i w większości rozdziałów następnych). Wartości naukowej pracy bynajmniej to nie zmniejsza, budzi najwyżej wątpliwości, czy jej tytuł jest zasadny¹⁶.

Skoro dokumenty praktyki mają być tylko ilustracją, wówczas można ograniczyć się do przykładowego tylko ich przytoczenia. I to się w pracy nieraz trafia¹⁷. Opinia o relatywnej wartości pojedynczego wyroku sądo-

dziej aktualnym podsumowaniem dorobku nauki niemieckiej. Pozycja ta jest również cenna ze względu na zawartą bibliografię według stanu na sierpień 1961 r.

¹⁴ Por. np. nowe spojrzenie w nauce niemieckiej na *Wartrecht* i *Beispruchsrecht*, H. Conrad, o. c., s. 417.

¹⁵ Odmienne przy kupnie-sprzedaży, gdzie rolę tę spełnia *Summa Rajmunda*, *Orzecznictwo*, s. 55 (dlaczego?).

¹⁶ Zresztą autorka sama stwierdza we wnioskach końcowych, że punktem wyjścia była dla niej romanizująca glosa do *Zwierciadła saskiego* i także glosa do *Weichbildu*, *Orzecznictwo*, (s. 105).

¹⁷ Np. wniosek o stosowaniu wspomnianej już *laesio enormis* jest poparty jednym przekazem źródłowym, *Orzecznictwo*, s. 56, przyp. 5. To samo dotyczy sprzedaży przed rozstrzygnięciem sporu o dom (s. 59, przyp. 23), możliwości sprzedaży bez zgody krewnych, jeżeli właściciel znalazł się w sytuacji przymusowej (s. 62, przyp. 36), skutków uzyskania prawa skupu od dziedzica (s. 66, przyp. 65), zastawu ustawowego z tytułu pretensji wiennych (s. 71, przyp. 25), uprawnienia dłużnika do pozbycia zastawionych dóbr bez zgody wierzyciela (s. 72, przyp. 28). *Ius spolia* — według autorki szeroko stosowane — potwierdzone cytatami źród-

wego jest słuszna — jak sędzę — również do epoki i sfery objętych badaniami autorki¹⁸. Zresztą Bukowska w innych miejscach skrupulatnie odnotowuje chwiejność praktyki¹⁹. Kiedy indziej wystarcza jej stwierdzenie, że pewne kwestie literatury pomija, ale czytelnik nie wie, jakie stanowisko wobec nich zajmowała praktyka²⁰. Wreszcie niektóre zagadnienia zostały rozstrzygnięte z pominięciem orzecznictwa, jak sytuacja emfiteuty wówczas, gdy grunt został przez właściciela opuszczony (s. 38)²¹, ograniczenie odpowiedzialności pozbywcy (s. 59).

Inne niebezpieczeństwo związane z powyższą metodą: Średniowieczne pomniki prawa, a więc także Zwierciadło saskie i Weichbild, łącznie nawet z glosami, nie są kodyfikacjami zupełnymi, wyczerpującymi²². Jeżeli teraz kwestionariusz pytań oprzemy na nich, może ujść naszej uwadze to, co one pominęły, a co mogłoby dać dokumenty praktyki, gdyby je potraktować za punkt wyjścia. Jeszcze jedno zdaje się przemawiać za pewną degradacją praktyki. We wstępie mamy sporo uwag dotyczących glosy do Weichbildu, czy dzieła Jaskiera. Zwłaszcza Jaskierowi poświęca autorka dużo, bardzo skądinąd cennych uwag źródłowych, które nawet wykraczają poza temat pracy (s. 8 i n.). Próżno jednak szukać w rozprawie tego rodzaju uwag na temat orzeczeń sądowych krakowskich sądów wyższych. Nie wiemy, w jakim stanie dotrwały do naszych czasów. Nie wiemy też, czy wszystkie zachowane księgi wyroków z badanego okresu zostały przez autorkę wykorzystane. Czytelnik musiałby sięgnąć do katalogów rękopisów, by odpowiedzieć sobie na to pytanie.

łowymi tylko do r. 1631 (s. 31, przyp. 40). Brak ochrony posesoryjnej u najemcy potwierdzony tylko dwoma przykładami z lat 1553 i 1618 (s. 31, przyp. 62). Podobnie co do przyjęcia przez praktykę poglądu Cerasina na zasięg kręgu retrahentów — dwa przykłady (s. 65, przyp. 59), odmówienie tego prawa kobietom — dwa przykłady (s. 65, przyp. 60, r. 1634 i 1636). Zwycięstwo pewnej zasady od połowy XVII w. udokumentowane trzema przykładami z lat 1641, 1643 i 1649. Czy przy znacznej rozpiętości ram czasowych badań nie należało raczej powoływać źródła z lat granicznych? Wtedy istotnie można stwierdzić, że mamy do czynienia nie z chwilowym odchyleniem, lecz z nową tendencją, która przeszła zwycięsko próbę czasu. Tymczasem orzecznictwa z w. XVIII autorka w ogóle nie przytacza (poza jedynym wypadkiem w uwagach wstępnych, s. 19, przyp. 68 — dowód powoływania wyroków asesorii), może więc spotkać ją zarzut, że źródła z XVIII w., wbrew tytułowi, nie zostały w pracy uwzględnione.

¹⁸ Por. J. Adamus, *Z badań nad dzierżeniem w polskim prawie średniowiecznym*, Pam. Histor.-Prawny, Lwów 1933, t. XII, s. 8. Tamże ostrzeżenie, by nie upatrywać zasady prawnej w pojedynczym wyroku.

¹⁹ Np. co do swobody rozporządzania dobrami nabytymi, s. 64.

²⁰ Np. gdy idzie o zrzeczenie się praw do spadku, s. 91.

²¹ Pogląd, że zwyciężyła w praktyce zasada zawarta w glosie, oparty wyłącznie na opinii autorów dzieł prawniczych.

²² Por. zdanie Dąbrowskiego o pobieżnym tylko potraktowaniu zastawu przez trzy Zwierciadła. (P. Dąbrowski, *Prawo zastawu w Zwierciadłach saskim, szwabskim i niemieckim, Studium z historii prawa niemieckiego*, Archiwum Naukowe, Dz. I, t. VI, z. 2, Lwów 1912, s. 2 - 3).

VII

Własność a posiadanie. Jest to, jak już wiemy, tytuł rozdziału I. Sugeruje on, że przedmiotem badań będzie kwestia, czy prawo miejskie odróżniało własność od posiadania. Tym się autorka również zajmuje, ale główną uwagę skupia na kwestii przechodzenia od germańskiej *Gewere* do rzymskiej *possessio*, formalnościach związanych z nabyciem posiadania (tradycja, wzdanie, wwiązanie) i wreszcie na ochronie posesoryjnej. Jeśli dobrze autorkę rozumiem, wychodzi ona z założenia, że im bardziej *Gewere* upodabniała się do rzymskiej *possessio*, tym samym coraz bardziej uchwytne stawała się różnica między własnością a posiadaniem.

Rozdział ten czyta się trudno, przy czym nie wszystko można położyć na karb — zresztą istotnie skomplikowanej — problematyki. Postępując za szczegółowymi wywodami autorki, podanymi w bardzo skondensowanej postaci, czytelnik nieraz gubi myśl przewodnią, nie zawsze potrafi uchwycić związek wątków ubocznych z tą myślą. Dotyczy to rozważań na temat terminów dawności i kwestii, w których księgach winien być dokonany wpis wzdania. Autorka formułuje słuszne twierdzenie, że w prawach feudalnych nie ma wyraźnych granic między własnością a ograniczonymi prawami rzeczowymi oraz własnością a posiadaniem. Nie znaczy to jednak, że granic nie ma w ogóle, a taki wniosek, jak się wydaje, wysnuwa Bukowska. Na s. 22 czytamy, że krakowskie sądy wyższe „przynajmniej w zakresie terminologii odróżniały je [posiadanie, ZR] od własności”. Tymczasem idąc za rozważaniami autorki, śledząc narastanie wpływów rzymskich, czytelnik nabrał przekonania, że zaanonsowana w tytule rozdziału przeciwstawność stała się już faktem²³. Przypominam, że chodzi tu o źródła z XVI - XVIII w. W tym czasie nie powinno już być wątpliwości, i to nawet wówczas, gdyby terminologia była tu, podobnie jak gdzie indziej, nieustalona, wieloznaczna, a więc bałamutna.

Termin posiadania rezerwuje K. Bukowska dla faktycznego władztwa nad rzeczą, zgodnie z klasycznym prawem rzymskim, natomiast dla *Gewere* proponuje jako polski odpowiednik dzierżenie, idąc w ślady J. Adamusa²⁴. Ściśle biorąc, gdy tylko wyjaśnimy, w jakim znaczeniu danego określenia używamy, wówczas wszystko jest w porządku. Pewna niedogodność polega jednak na tym, że dzierżenie we współczesnej cywilistyce

²³ Również gdy idzie o nasze prawo ziemskie, nie brak poglądów o późnej metryce odróżnienia własności i posiadania. Zob. S. Russocki, *Formy władania ziemią w prawie ziemskim Mazowsza (koniec XIV, połowa XVI wieku)*, Warszawa 1961, s. 65. Odmienne J. Bardach, *Historia państwa i prawa Polski*, t. I, wyd. 2, Warszawa 1964, s. 292. Tamże cenne przypomnienie, że we wczesnych prawach feudalnych instytucje są nieraz wcześniejsze od nazw. Sądzę, że można to odnieść również od czasów późniejszych.

²⁴ J. Adamus, o. c., s. 21.

polskiej jest odpowiednikiem rzymskiej detencji²⁵, z tego względu może należy używać jakiegoś innego terminu. A może po prostu odróżniać posiadanie rzymskie i posiadanie germańskie, lub ogólniej feudalne, podobnie jak to czynimy z własnością?

Germańską salę i późniejsze wzdanie określa autorka jako umowę realną, podobnie zresztą jak K. Koranyi²⁶. Jeśli rozumie przez to, że umowa ta miała charakter rzeczowy, to znaczy rodziła skutki rzeczowe, wówczas zgoda. Jeśli natomiast ujmuje ją w sensie rzymskiego kontraktu realnego, który dochodził do skutku *re*, przez oddanie rzeczy, trudno byłoby na to przystać. Przekazanie rzeczy, czyli przeniesienie posiadania było w średniowieczu funkcją wwiązania, a nie sali czy wzdania²⁷. Przypadki tzw. idealnej *Gewere* nie były na co dzień czymś tak rzadkim, jak to wynika z rozprawy. Przysługiwała ona poza przykładami w niej podanymi (wyzutemu siłą przeciw sprawcy wyzucia, spadkobiercy i temu, kto uzyskał uprawnienie na podstawie wyroku, s. 21) także nabywcy nieruchomości przez okres roku i dnia od momentu dokonanego przed sądem wzdania. Po tym terminie (przedawnienie roszczeń osób trzecich do pozbywanych dóbr) *Gewere* idealna przekształcała się w niewzruszalną, *rechte Gewere*²⁸.

Przedstawiając różne poglądy dawnych autorów na posiadanie stwierdza K. Bukowska, że autor glosy niemieckiej oraz nasz Tucholczyk świadomie odcinają się od wcześniejszej doktryny glosatorów, uzasadniającej teoretycznie wielokrotne posiadanie, np. seniora i wasala lub właściciela i emfiteuty. Co się tyczy jednak Tucholczyka, był on wyznawcą teorii podzielonej własności, o czym czytamy na s. 38. Czy wobec tego istotnie odrzucał podzielone posiadanie a zatem *Gewere*?

VIII

Tradycja, wzdanie, wwiązanie. Chodzi tu o to, czy w prawie niemieckim było możliwe przeniesienie praw bez przeniesienia posiadania. Jest to problem istotny, więc zatrzymamy się przy nim nieco dłużej.

Przede wszystkim, jeżeli Zwierciadło saskiemu był znany zastaw bez dzierżenia, a co do tego nie ma wątpliwości²⁹, tym samym dominujący w nauce niemieckiej pogląd, że w prawie saskim można było przenieść prawo tylko przez przeniesienie posiadania, okazuje się zbyt katego-

²⁵ Por. art. 338 aktualnie obowiązującego kc.

²⁶ K. Koranyi, *Powszechna historia państwa i prawa*, t. II, *Średniowiecze*, cz. 1, Warszawa 1963, s. 179.

²⁷ Ibidem.

²⁸ H. Conrad, o. c., s. 428 - 429.

²⁹ P. Dąbkowski, o. c., s. 30, 39, 40; K. Bukowska, *Orzecznictwo*, s. 67.

ryczny³⁰. Wszelako glosa łacińska wśród sposobów nabycia posiadania wymienia tradycję z tym, że nie bardzo wiadomo, co się kryje pod tym określeniem. Bukowska także nie wyjaśnia, jaki sens nadaje temu terminowi w danym kontekście. Ponieważ zajmuje się wpływami rzymskimi można wnioskować, że rozumie go jako rzymską tradycję (nie tylko przeniesienie posiadania, lecz także umowa rzeczowa, zawierająca postanowienie co do przeniesienia własności³¹). Niekiedy jednak wydaje się, że utożsamia tradycję z przeniesieniem posiadania, skoro przeciwstawia ją wzdaniu (s. 24).

Z rozważań autorki dowiadujemy się jedynie, co rozumiały przez wzdanie (rzadziej przez tradycję) inne źródła czy też pisarze, co tylko pośrednio i niezbyt pewnie może nas naprowadzić na właściwe zrozumienie terminu *traditio* w łacińskiej glosie. Rozumienie tego terminu w analizowanych tekstach też budzi wątpliwość. Jeżeli wzdanie zastąpiło dawniejszą salę, określaną w źródłach także innym mianem — *traditio*³², nic dziwnego, że to ostatnie określenie przeszło niejako w spadek na wzdanie. Stąd jednak nie można wyprowadzać wniosku, że tym samym, wraz z nowym terminem przypisano wzdaniu funkcje, których przedtem nie miało (prócz przeniesienia praw także przeniesienie posiadania). I nie taką wymowę mają powołane w rozprawie teksty (s. 24, ods. 16). Wzdanie jest w nich przeniesieniem prawa, niczym więcej. Dlatego trudno mówić o identyfikacji wzdania z tradycją (s. 24), a problem odejścia od translatywnej funkcji dzierżenia pozostaje przy takim ujęciu nadal dyskusyjny (s. 25).

Wydaje się, że do rozstrzygnięcia tej kwestii można podejść z innej również strony. Postawmy pytanie, co się stało z wwiązaniem? Jeśli wwiązania nie ma, jeśli nie jest ono wymagane, wówczas trzeba istotnie przyjąć tezę o odejściu od translatywnej funkcji dzierżenia. Jednak wwiązanie nie zanikło. U najbardziej teoretyzującego Tucholczyka, tuż za przytoczonym przez autorkę fragmentem o *resignatio* jako *juridica traditio* (co miała służyć za dowód identyfikacji wzdania z tradycją) czytamy: *Resignatio proprii seu hereditatis debet fieri ante quatuor scamna, hoc est coram iudicio bannito, cui subsunt illa bona, ut ibi venditio confirmetur, et resignation illa, ut iuris est, denunciatur; et resignationem accipiens debet necessario ire ad domum cum iudice scabinis ad acceptandam*

³⁰ K. Bukowska powołuje tu tylko H. Planitzę, *Deutsches Privatrecht*, s. 104, ale pogląd ten jest w nauce niemieckiej bodaj powszechny, zob. H. Conrad, o. c., s. 428.

³¹ J. Adamus, o. c., s. 95.

³² K. Koranyi, o. c., s. 178. Trudno się zgodzić z tym oto zdaniem autorki: „Z biegiem czasu formalności towarzyszące wzdaniu wyparł wpis do księgi sądowej, który w praktyce uzyskał znaczenie umowy realnej (a więc dawnej sali)”, s. 23 - 24. Wpis był tylko relacją o dokonaniu aktu wzdania, teraz już przed sądem, z zachowaniem symboliki, choć zmodyfikowanej ze względu na zmianę miejsca, w którym wzdania dokonywano.

*intromissionem hoc pacto exequatur. Iudex domum introibit illius, qui alienavit, vel in aream, si domus non sit, caeteri vero foris stabunt, et istum, cui haereditas abscessa est, per manum accipiat in praesentiaque scabinorum eundem inducat, haec verba dicendo: Quemadmodum tibi haereditas coram Iudicio abscessa, resignata, donatave est, in illam te intromitto, prout ex sententia mihi decretum fuit...*³³. Autorka wspomina o wwiązaniu i w dalszych partiach rozprawy (s. 25, ods. 2, s. 56), ale już bez związku z istotą wzdania czy tradycji.

Byłoby chyba celowe sięgnięcie w tej materii dla celów porównawczych do literatury polskiego prawa ziemskiego. Wzdanie, tradycja, wwiązanie zostały w niej dość szczegółowo zbadane, chociaż daleko tu jeszcze do uzgodnienia poglądów³⁴. Tym bardziej, że według autorki odróżnienie wzdania od tradycji mogło dokonać się w prawie miejskim pod wpływem naszego prawa ziemskiego. Tylko, że wówczas należałoby konsekwentnie także wwiązanie z wzdaniem określonych skutków uznać za wpływ tegoż prawa, a nie glosy. Właśnie w polskim prawie ziemskim utwierdzenie alienacji i początek przedawnienia łączono ze wzdaniem³⁵. Przypisanie tych skutków do wwiązania ma późniejszą metrykę i nie wiadomo jeszcze, w jakim stopniu rozpowszechniło się to *novum* w całym kraju³⁶.

³³ Tucholczyk, *Farrago* (Zamość 1607), s. 243. Zob. u tegoż formularz kupna-sprzedaży nieruchomości na s. 246: *...et iam (po wzdaniu, ZR) ex nunc predictus N. praefato N. dedit realem intromissionem et actualement possessionem per dominum Advocatum et Scabinos...*

³⁴ R. Taubenschlag, *Formularze czynności prawno-prywatnych w Polsce XII i XIII wieku*, w: *Studia nad historią prawa polskiego*, t. XII, z. 3, Lwów 1930, s. 9 i n. utożsamia *traditio* polskich dokumentów z *traditio* rzymską, widzi jednak także kombinację tradycji i wzdania. U P. Dąbkowskiego, *Prawo prywatne polskie*, t. II, Lwów 1911, s. 196 tradycja = wwiązanie plus wzdanie. J. Adamus (o. c., s. 94) wyraźnie oddziela wzdanie - przeniesienie prawa od wwiązania - przeniesienia posiadania. Podobnie S. Russocki, (o. c., s. 193), z tym że nie kładzie tak silnego nacisku na pozaprawny charakter wwiązania, jak to spotykamy u J. Adamusa, J. Matuzewski obejmuje mianem tradycji, jak Dąbkowski, obie instytucje, wzdanie i wwiązanie (*Aqua abrenuntiationis*, *Studium z średniowiecznego prawa prywatnego*, CPH, t. IV, 1952, s. 187). Tamże słuszny chyba sprzeciw co do traktowania wwiązania jako aktu pozaprawnego przez J. Adamusa. Polemizował z nim J. Adamus, ponownie podkreślając rozdzielną funkcję wzdania i wwiązania (ale kwestii prawnego czy pozaprawnego charakteru wwiązania nie poruszył). (*Wzdanie a symbol aquae abrenuntiationis*, CPH, t. VII, z. 1, 1955, s. 419). Pogląd ten znalazł wyraz u J. Bardacha, o. c., s. 301.

³⁵ J. Bardach, o. c., s. 499, 502; B. Lesiński, *Ze studiów nad prawem bliższości w XIV i XV wieku*. CPH, t. VII, z. 1, 1955, s. 104 i n.; S. Russocki, o. c., s. 216.

³⁶ Według J. Adamusa, wymóg wwiązania pojawia się najpierw w statucie mazowieckim II z r. 1540, jako uchwała sejmu warszawskiego z r. 1531. Herbut przejął to mazowieckie postanowienie i określił jako *consuetudo*, w czym Adamus widzi chęć nadania mu charakteru normy ogólnej (ogólnopolskiej). Na partykularny charakter tego przepisu wskazuje umieszczenie go w Excerptach mazo-

Uwag tych nie należy rozumieć w tym sensie, bym odrzucał możliwość przenoszenia praw bez przeniesienia posiadania. Nie stawiałbym jedynie kwestii aut-aut. W pewnych wypadkach wymagano przeniesienia posiadania, w innych radzono sobie bez tego. Warunki sprzyjające po temu tkwiły w samej istocie *Gewere* i średniowiecznej własności, instytucji bardziej elastycznych (choćby przez uznanie wielokrotnego posiadania i wielokrotnej własności) od rzymskich *possessio* i *proprietas* (a może tylko naszych wyobrażeń o tych ostatnich)³⁷. Radzono sobie przecież w średniowieczu nie najgorzej z posiadaniem praw, były też one często przedmiotem obrotu.

Wreszcie co się tyczy symboliki wzdania, autorka przyjmuje świadectwo Groickiego, że praktyka polska zaczęła tę symbolikę odrzucać jako niezrozumiałą, z tym zastrzeżeniem, że dotyczy to Krakowa. W mniejszych bowiem miastach źródła mówią co innego (s. 72). Nie przekonuje to czytelnika. W aktach sądów apelacyjnych może istotnie nie być na ten temat żadnych informacji, ale właśnie w pominiętym *Processus iuris civilis* czytamy przy opisie czynności wzdania: — — *et iudex pileum venditoris in caput emptoris imponat* — —³⁸ Symbolika to tak wymowna, że dziś jeszcze nie wymaga komentarzy.

IX

D a w n o ś ć. Terminu tego w rozprawie nie znajdziemy, choć jest on u nas powszechnie przyjęty. W jego miejsce zostały użyte inne: przedawnienie procesowe i przedawnienie nabywcze. Operowanie pojęciami rzymskimi jest uzasadnione podtytułem rozprawy, czy jednak nie lepiej pisać zasiedzenie zamiast przedawnienie nabywcze (tak jest zresztą na s. 106)?

Rozważania Bukowskiej dotyczą głównie kwestii, czy prawo niemieckie знаło zasiedzenie (znajomość przedawnienia jest bezsporna). W Zwier-

wieckich z 1576 r. „Nieściskość” Herburta miała określony cel: chodziło o wprowadzenie do prawa polskiego ochrony posesoryjnej (skoro wwiązanie jest konieczne, posiadanie uzyskane dzięki niemu winno być chronione), J. A d a m u s, o. c., s. 96 i n. Dziś już wiemy, dzięki badaniom H. G r a j e w s k i e g o, że sprawcą „nieściskości” był Przyłuski, a dzieło Herburta jest zwykłym plagiatem, jeśli to współczesne określenie można odnieść do tamtej epoki (*Prawo zwyczajowe w Leges seu statuta ac privilegia Regni Poloniae omnia Jakuba Przyłuskiego*, Zeszyty Nauk. Uniw. Łódz. Nauki Humanist.-Społ., Seria I, z. 52, 1967, s. 136). W każdym razie, wprowadzając dopiero w XVI w. wymóg wwiązania, prawo polskie staje niezamierzenie na gruncie, że pozostaniemy tu wierni terminologii stosowanej przez autorkę, translatywnej funkcji dzierżenia. Rozwój zatem w naszym prawie ziemskim szedłby w kierunku odwrotnym niż w prawie niemieckim. Co więcej, dzieje się się to niewątpliwie dzięki oddziaływaniu prawa rzymskiego!

³⁷ Zresztą justyniańska *possessio*, przez uznanie posiadania praw, była bliższa średniowiecznemu dzierżeniu od *possessio* klasycznej.

³⁸ *Processus*, s. 75.

ciadle saskim dawność jest ujęta jako kara dla niedbałych³⁹, przedawnienie skargi. O skutkach materialnych upływu dawności — źródło to milczy. Mimo pewnych wahań, dominował u glosatorów i komentatorów pogląd, że jest to przedawnienie, a nie zasiedzenie. Dodać należy, że nauka niemiecka (tu przez autorkę pominięta) stoi dziś na tym samym stanowisku z tym, że chyba bez zastrzeżeń. Według panującej obecnie opinii, zasiedzenie nie było znane prawu niemieckiemu, analogiczną rolę spełniała w nim tzw. *rechte Gewere*⁴⁰.

K. Bukowska znajduje dowody znajomości zasiedzenia w źródłach praktyki. Wszakże powołany przez nią jedyny fragment orzeczenia sądowego nie brzmi jednoznacznie: *Violentus bonorum alienorum possessor contra directum et hereditarium dominum vel maxime cum possessio interruptitur, de iure per prescriptionem dominium rerum possessorum acquirere sibi non potest* (s. 29, ds. 52). Tylko a contrario możemy domyślać się, że inny, nie *violentus bonorum alienorum possessor*, może dobra zasiedzieć.

Wróćmy na chwilę do punktu wyjściowego, to jest do Zwierciadła saskiego. Wnioskowanie o braku zasiedzenia tylko na podstawie argumentum ex silentio jest zawsze ryzykowne, szczególnie w odniesieniu do przepisów średniowiecznych. Jeżeli przepis odrzuca skargę jako przedawnioną, to należy się domyślać, że tym samym uznaje prawo strony przeciwnej. Rozumowanie odmienne jest chyba dla średniowiecza zbyt subtelne⁴¹.

Wydaje się, że klucz do zrozumienia dawności średniowiecznej leży w istocie ówczesnej własności. Była ona pozbawiona jednego z głównych

³⁹ Por. też art. 38 Król. Statutów Kazimierza W.: *Cum praescriptio propter segnicie et pigriciam dominorum sit instituta...*

⁴⁰ H. Conrad, o. c., s. 429. Pojawienie się zasiedzenia w prawach niemieckich jest uważane za przejaw wpływów rzymskich, *ibid.*, s. 430. Zob. też W. Trusen, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland*, Wiesbaden 1962, s. 27 - 28. Jest to zresztą opinia powszechna w całej chyba nauce zachodniej, zob. np. P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé, Les Biens*, Paris 1961, s. 327 (co do Franków); J. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris 1935, s. 291 (co do prawa angielskiego); L. Beauchet, *Histoire de la propriété foncière en Suède*, Paris 1904, s. 336; Kl. von See, *Das jütsche Recht*, Weimar 1960, s. 170. Ta jednomyślność wypływa z przejścia od nauki niemieckiej określonej koncepcji *Gewere*. Jednak *rechte Gewere* dotyczyła tylko dóbr nabytych w drodze alienacji, była niejako korekturą tytułu przeniesienia prawa, powodowała niewzruszalność aktu pozbycia, a tym samym niewzruszalność samego dzierżenia. Czy jednak w warunkach nie uporządkowanych stosunków majątkowych (np. brak rozgraniczenia dóbr) sam upływ czasu, przy milczeniu strony przeciwnej, nie był traktowany jako sposób nabycia praw, jak to się działo w prawie polskim czy ruskim? Zob. M. F. Władimirskij-Budanow, *Obzor istorii russkogo prava*, Kijew 1906, s. 536 - 537.

⁴¹ Analogicznie do Zwierciadła saskiego brzmi powołany wyżej w przypisie 39 art. 38 Król. Statutów Kazimierza W. a przecież zasiedzenie przed tymi statutami jak i po nich potwierdzają dokumenty praktyki, zob. J. Adamus, o. c., s. 66 i n.

atrybutów rzymskiej *proprietas* i własności nowożytnej — swobody rozporządzania. Krępowały ją pod tym względem prawa członków niedziału rodzinnego i prawo bliższości krewnych, sąsiadów czy seniora (w stosunkach lennych). Sprzedaż majątku niedzielnego bez zgody współniedzielników była nieważna w tym sensie, że ci mogli sprzedane dobra po prostu odebrać. Gdy w grę wchodziło prawo bliższości — uprawnionym przysługiwało prawo pierwokupu lub retraktu.

W prawie rzymskim tytuł własności zapewniał trwałe niewzruszalne posiadanie. W średniowieczu było inaczej — tu każda alienacja była wruszalna. Prawo własności nie dawało więc nabywcy gwarancji spokojnego posiadania. Od tego trzeba — moim zdaniem — wyjść w rozważaniach nad dawnością ⁴².

X

Ochrona posiadania. W literaturze można często spotkać opinię, że istnienie lub brak procesu posesoryjnego jest papierkiem lakmusem dla kwestii odróżniania przez dane prawo posiadania i własności ⁴³. Podziela ją również Bukowska (s. 30). Pogląd ten łączy w jedno dwie różne sprawy: istnienie posiadania z jego ochroną. Tymczasem prawo mogło odróżniać posiadanie od własności (czego dowodem jest dawność) bez równoczesnego zapewnienia temu posiadaniu ochrony. Proces posesoryjny nie jest koniecznym następstwem tej dystynkcji. To kwestia porządku, ładu publicznego, przekreślenie uznawanej przez długi czas, potem tylko tolerowanej zasady samopomocy (por. polski zajazd). Dlatego odmiennie niż autorka, nie w warunkach gospodarki naturalnej (kiedy to sam właściciel uprawiał grunt, a ziemia była wyłączona z obrotu) upatrywałbym przyczyny, dla których obywano się bez procesu posesoryjnego. Ten stan rzeczy, który maluje K. Bukowska, to odległa przeszłość, zwłaszcza gdy idzie o obrót nieruchomościami. W Polsce od pierwszych stron najdawniejszych zachowanych ksiąg sądowych obserwujemy znaczne nasilenie tego obrotu.

Co do nadużywania w aktach sądowych pojęcia *violenta possessio*, co autorka tłumaczy nadzieją na postępowanie doraźne, może warto zwrócić uwagę na analogię z prawa ziemskiego. Z ziemskich ksiąg sądowych wynika, że działać *violenter* znaczy to samo, co działać bezprawnie, chociaż niekoniecznie przemocą lub gwałtem ⁴⁴. Nie jest to, przynajmniej w prawie ziemskim, nadużycie pojęcia *violentia*, lecz nadanie mu znaczenia odmiennego niż w łacinie klasycznej.

⁴² To dla czasów wcześniejszych, dla późniejszych mamy już źródła niedwuznaczne w swej wymowie.

⁴³ Kategoryczne sformułowanie opinia ta znalazła u S. Russockiego, o. c., s. 64.

⁴⁴ J. A d a m u s, o. c., s. 36.

Gdy idzie o literaturę niemiecką, może należało zamiast Agricoli powołać Brunsa. Jego wszak zasługą jest wykazanie, że pogląd o istnieniu w prawie niemieckim procesu posesoryjnego (przed recepcją) jest błędny⁴⁵.

XI

Prawo lenne a prawo feudalne. W bardzo ciekawym i odkrywczym rozdziale II, poświęconym zasadzie *superficies solo cedit* (patrz wyżej s. 202) nieco razi pomieszanie stosunków feudalnych z lennymi. Przeciwstawieniem pana lennego będzie nie czynszownik lecz lennik, wasal. I chyba feudała, a nie seniora ma autorka na myśli, gdy pisze o prawie do pobierania czynszów i o zgodzie pana na alienację, wreszcie o prawie czynszownika (s. 37)⁴⁶. Feudał-poddany, senior-lennik, wasal, są to pary pojęć, w których poszczególne człony nie są wzajemnie wymienne, to znaczy nie można przeciwstawiać wasala feudałowi a seniorowi poddanego.

K. Bukowska stwierdza, że postępując dość swobodnie z pojęciami feudalnymi, używano określenia własność podzielona w odniesieniu do każdego użytkownika. Otóż nie wiemy, jakie były praktyczne konsekwencje tego pomieszania a ponadto, czy w stosunku do zastawu też używano tego pojęcia? Bo tekstu Tucholczyka nie interpretowałbym tak szeroko: — — *dominium utlie dicitur, quando quis in veritate non est dominus, sed habet utilitatem rei ac si esset dominus, ut feudatarius, vasallus et similes*. Wydaje się, że Tucholczyk ma na uwadze tylko osoby pozostające w stosunku zależności osobistej od *dominus directus*.

XII

Prawo bliższości. Występujące w epoce feudalnej ograniczenia swobody rozporządzania majątkiem, jak już o tym wyżej wspomnieliśmy, mogły wypływać z różnych źródeł⁴⁷. Mogły być skutkiem prawa sąsiedzkiego, prawa lennego⁴⁸, małżeńskiego prawa majątkowego, umowy,

⁴⁵ C. G. Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen 1848, s. 324 i n. (powołuję za J. Adamusem, o. c., s. 47, przyp. 1).

⁴⁶ Podobnie na s. 75 czytamy o lennym stosunku czynszowym.

⁴⁷ Patrz wyżej, s. 209 i n.

⁴⁸ Nie wydaje się słuszne stosowanie do wszystkich tych różnorodnych ograniczeń jednego miana — ograniczenia stwarzane przez prawo feudalne (s. 109). Wprawdzie są one typowe dla epoki feudalizmu, ale nie są czymś, co występuje tylko w tej epoce. Pisał o tym już A. Lipski, *Practicae observationes*, Obs. XLIX, s. 127 (Gdańsk 1648). Tym bardziej termin to nieodpowiedni, że na Zachodzie istniał *retractus ex iure feodali*, wynikający ze stosunku lennego. Mam zastrzeżenia również do określenia powyższych ograniczeń jako przeżytków feudalnej

niedziału rodzinnego, czy też samego pokrewieństwa z pozbywcą. Ograniczenia te, wypływając z różnych tytułów, były też zaopatrzone w różne sankcje i służyły różnym celom. Z tego względu należy je traktować rozdzielnie nawet wówczas, gdy się na nie patrzy od strony właściciela, krępowanego w swobodzie dysponowania majątkiem. Tymczasem K. Bukowska na dowód, jak dalece odczuwano skrepowanie przez prawo przyzwalania krewnych powołuje przykład reakcji właściciela domu na sprzeciwy szwagra wobec alienacji nieruchomości obciążonej zastawem (s. 61). W innym miejscu czytamy o proteście żony, który z pewnością wynikał z małżeńskiego prawa majątkowego (s. 65).

Nie wiem dlaczego, przedstawiając odnośne postanowienia Zwierciadła saskiego, autorka nie chce wprost nazwać instytucji, o którą chodzi, a jest to instytucja znana i mająca swój, ustalony już w nauce termin — *Beispruchsrecht*, co po polsku bywa tłumaczone jako prawo przyzwalania. Jest to o tyle ważne, że *Beispruchsrecht* prawa saskiego różni się zdecydowanie od naszego prawa bliższości, jak i od uprawnień członków niedziału rodzinnego. Mianowicie Zwierciadło saskie (Landrecht I, 52 § 1) daje najbliższym spadkobiercom⁴⁹, nawet nie pozostającym we wspólnocie majątkowej z pozbywcą, moc odebrania nieruchomości pozbytej bez ich zgody (bez obowiązku zwrotu ceny nabycia). Było to więc coś pośredniego między prawem bliższości krewnych i prawem członków niedziału. Jak wynika z badań autorki, rozwój saskiego prawa przyzwalania szedł w kierunku upodabniania się do prawa bliższości. Nastąpiło z jednej strony złagodzenie sankcji (wykup w miejscu zaboru), z drugiej — rozszerzenie kręgu uprawnionych na spadkobierców w ogóle (s. 62, 65). Podobnie działo się w Niemczech⁵⁰.

Ale po wspomnianych przeobrażeniach prawo przyzwalania najbliższych krewnych, owo rygorystyczne *Beispruchsrecht* stało się prawem bliższości, występującym w postaci zgody na pozbycie i retraktu-wykupu w razie braku tej zgody. Wolno przypuszczać, że podobnie jak w polskim prawie ziemskim, przybierało też formę prawa pierwokupu, choć o tym autorka nie wspomina. Po prostu właściciel oferował nabycie krewnym, a gdy ci z oferty nie skorzystali, nie mogli zatem sprzeciwić się przejściu nieruchomości w obce ręce. Potwierdzeniem tego w źródłach mogłyby być alienacje dokonywane między krewnymi.

struktury własności, skoro powszechnie rozumie się przez to w nauce burżuazyjnej głównie system lenny, a w nauce marksistowskiej taki układ stosunków, w którym właściciel ziemi, feudal korzysta ze swej własności przez eksploatację zależnego chłopca, a więc relację pan — poddany.

⁴⁹ O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. II. *Sachsenrecht*, Leipzig 1905, s. 789; H. Conrad, o. c., s. 41, 161 i 417. Bukowska pisze ogólniej o zgodzie spadkobierców, s. 96.

⁵⁰ O. Gierke, o. c., s. 766 i n.

Tak czy inaczej, prawo bliższości nie powstrzymało, przynajmniej w prawie ziemskim, intensywnego obrotu nieruchomościami. Zresztą w prawie tym obserwujemy, począwszy od XIV w., próbę obejścia tych ograniczeń przez stopniowe przenoszenie na nasz grunt zachodniej instytucji części swobodnej (nie zawsze jako części zadusznej). Jak można wnioskować z rozprawy, część swobodna nie występuje w prawie miejskim (zna ją tylko Summa Rajmunda), rozwój idzie w kierunku uznania swobody dysponowania dobrami nabytymi (s. 64, 96), chociaż ze znacznymi oporami i miernymi rezultatami. Wprawdzie w zakończeniu pracy czytamy, że podział nieruchomości na dziedziczne i nabyte nie zyskał większego znaczenia i że należy w tym widzieć nie ograniczenie, lecz rozszerzenie swobody dysponowania, inaczej jest jednak w wywodach części szczegółowej. Czytamy tu: „Warunek zgodności z przywilejami miejskimi sprowadzał się jednak w praktyce do uzależnienia rozporządzeń ostatniej woli także w zakresie nieruchomości nabytych od zgody spadkobierców, wyrażonej przynajmniej w sposób domniemany (s. 97, por. też s. 64 — sąd odróżnia nieruchomości nabyte od dziedzicznych).

Niejasny jest fragment rozprawy, w którym autorka pisze o zakazie protestowania przeciw alienacji za życia pozbywcy. Powołany przepis Zwierciadła saskiego (Landrecht I, 21) pozostaje w związku z ustanowieniem dożywocia i chyba nie należy mu nadawać charakteru normy ogólnej (choćby za Heuslerem). Pozostawałoby to w sprzeczności z tym, co wiemy o tzw. *rechte Gewere* i o przedawnieniu roszczeń do pozbytej nieruchomości⁵¹. Cenne spostrzeżenie, że zakaz ten próbowano w praktyce udnieść również do prawa skupu jeszcze sprawy nie wyjaśnia, bowiem mogło to dziać się nie *iuxta*, lecz *contra legem*⁵².

Jednym ze sposobów omijania praw krewnych miało być według K. Bukowskiej stosowanie do alienacji dóbr przez rodziców zasad odnoszących się do sprzedaży majątku pupila przez opiekuna. Za dowód ma służyć orzeczenie sądowe treści następującej: — — *nuilum tutorem neque etiam patrem posse pupillorum bona sine legitima causa dividere, iuxta allegationes ex iure scripto citatas, ac nulla liquida debita materna vel avita extitisse vel dotalicii exactionem intervenisse, aut ruinam domus esse probatam*. Można to także rozumieć inaczej: może chodzi tu o sytuację, w której ojciec sprawuje opiekę nad dobrami odziedziczonymi przez jego dzieci? Proponowana przez autorkę wykładnia nie zgadza się z tym, co w innym miejscu czytamy o kierunku rozwoju uprawnień opiekuna, mianowicie, że glosa sprowadza go do roli zastępcy w posiadaniu (s. 23, ods. 11). Wątpliwości nie byłoby, gdyby czytelnik znał tło sprawy w której zapadło cytowane orzeczenie.

⁵¹ K. Bukowska, o. c., s. 63.

⁵² Z pewnością chwytało się wszelkich środków, by ominąć kłopotliwe ograniczenia, ale to nie powinno wprowadzać badacza w błąd.

Na marginesie poruszanych tu kwestii nasuwa się następująca uwaga. Tematem rozprawy jest własność nieruchoma w prawie miejskim XVI-XVIII w. i przeobrażenia, jakim ona w tym czasie ulegała. W średniowieczu obok własności indywidualnej, jednostkowej, występowała równolegle własność zbiorowa, rodzinna. Co do stosunków niemieckich, a więc i praw niemieckich, istnieje na ten temat olbrzymia literatura i — uogólniając — dwa obozy, dwie teorie: teoria własności zbiorowej i teoria własności indywidualnej. I oto mamy w rozprawie bardzo przejrzyste rysy historyczne różnych instytucji — posiadania, dawności, zastawu, najmu itd. — brakuje natomiast podobnego rysu własności. Trzeba wyławiać poszczególne elementy z całej rozprawy, i wówczas pozostają duże luki. Daje się to szczególnie odczuć w partiach poświęconych dziedziczeniu ustawowemu. Zdanie o ogólnej koncepcji własności nieruchomości (s. 84), o prawie spadkowym, które zapewnia stabilność dóbr rodowych, budzą niedosyt. Czytelnik tu dopiero po raz pierwszy słyszy o dobrach rodowych, które zresztą po krytyce teorii rodowej należałoby chyba inaczej określać.

XIII

Prawo spadkowe. Autorka zbytnio zawęży krąg dzieci ślubnych, pozbawionych prawa dziedziczenia. Oprócz potomstwa po osobach pochodzenia pozamałżeńskiego, prawo saskie odmawiało prawa do spadku potomstwu zrodzonemu w związku małżeńskim gwałciciela z ofiarą gwałtu. Ponadto jeśli mężatka utrzymywała stosunki pozamałżeńskie i te stosunki zostały zalegalizowane po śmierci męża, dzieci zrodzone w tym małżeństwie też były nieprawymi (Zwierciadło saskie, Landrecht I, 37). Czy w związku z tym nie należało wspomnieć w rozprawie o tzw. *Articuli reprobati* i ich losach w prawie miejskim u nas?

Co do możliwości oddziaływania prawa ziemskiego na prawo miejskie, może warto było przypomnieć, że w pierwszym zakaz rozporządzania wszelkimi dobrami nieruchomymi w testamencie był dopiero pewnym punktem dojścia po uporczywej walce z zasadą odmienną i nieudanych chyba w ostatecznym rachunku próbach kompromisu (trzecizna)⁵³.

Nie brzmią jednoznacznie fragmenty źródeł, przytoczone na dowód przestrzegania przez praktykę rozróżnienia między rozporządzeniami majątkowymi na szkodę krewnych i rozporządzeniami bez tych następstw: Teut. 23, s. 78 z 1641 r. — *maritus citatae in lecto aegritudinis sedens, sanus mente coram iudicio bannito requisitis solennitatibus iuris circa condenda testamenta observari solitis* — — *sufficiens ultime suae voluntatis testamentum condiderit*. Brzmienie tego przekazu jest zbyt ogól-

⁵³ Zob. K. Kolańczyk, *Studia nad relikami wspólnej własności ziemi w najdawniejszej Polsce. Rozporządzanie własnością ziemską do końca XIV w.* W: *Studia nad historią prawa polskiego*, t. XX, z. 2, 1950 s. 452 i n.

nikowe, by można było orzec, że pod pojęciem zachowania przepisów kryło się postanowienie, by testament nie przynosił szkody krewnym (jakież rozporządzenie na rzecz kogoś spoza krewnych nie przynosi tym ostatnim szkody?).

Zapis sum pieniężnych na nieruchomościach reguluje dokładnie pominięty w rozprawie *Processus iuris* z 1544 r. Na wstępie mamy generalne postanowienie, by suma zapisana nie przewyższała wartości obciążonych dóbr. Dalej jednak następują większe ograniczenia: Gdy są krewni w linii prostej, tak zstępni jak i wstępni, można dokonać zapisu do wysokości $\frac{1}{3}$ wartości dóbr, a gdy są tylko krewni w linii bocznej (*collaterales*) — do wysokości $\frac{3}{4}$ ⁵⁴.

XIV

Wpływy rzymskie. W ocenie wpływów prawa rzymskiego na prawo miejskie w Polsce, zwłaszcza w Krakowie, chociaż to ostatnie zastrzeżenie jest zbędne ze względu na ogólnokrajowy zasięg literatury prawniczej, K. Bukowska jest wstrzemięźliwa. We Wstępie słusznie zaleca daleko idącą ostrożność. Ostrzega, by nie brać za realny wpływ tego, co mogło być tylko popisem erudycji, bierze też w rachubę możliwość przypadkowej zbieżności rozwiązań itd. Jednak w toku wywodów w części szczegółowej, a także we wnioskach końcowych ta ostrożność niekiedy znika, zwłaszcza gdy idzie o możliwość przyjęcia podobnych rozwiązań w wyniku samoistnego rozwoju.

Autorka z reguły przyjmuje wpływy obce (rzymskie) tam, gdzie zauważa zbieżność. Oto kilka przykładów: darowizna z zastrzeżeniem użytkowania; sprzedaż, przy której pozbywca zostawał na nieruchomości jako najemca lub użytkownik (s. 25) — obie instytucje znane np. prawu polskiemu już w XIII w.; zasada *nemo plus iuris* — — (s. 26); zasada *contra agere non valentem non currit praescriptio* (s. 28). Nieuchwytny dla czytelnika jest zasięg oddziaływania prawa rzymskiego na służebności, które w dalszym ciągu są ujmowane na wzór średniowiecznych wolności (s. 50 - 52). *Laesio enormis* (s. 56 — tylko jeden przykład z praktyki sądowej), zastaw ustawowy (s. 71), uprzywilejowanie pretensji skarbu państwa i innych wierzycieli (s. 73), znane już Prawdzie Ruskiej. Czy istotnie prawo rzymskie posłużyło za inspirację przy ustalaniu przyczyn, które uzasadniały pozbawienie jednego z małżonków wiana czy posagu (s. 82)? Czy z prawa rzymskiego trzeba było brać pojęcie dziedziców koniecznych (s. 99), skoro można widzieć w tym pozostałość dawnych, silniejszych praw członków rodziny? W ten sposób można ostatecznie wszystkie zmiany, jakim prawo miejskie podlegało, przypisać wpływom rzymskim. Zdaje

⁵⁴ *Processus*, s. 78 - 79.

sobie sprawę, jak trudno jest w konkretnym przypadku ustalić tło i okoliczności zachodzących przeobrażeń, ale właśnie dlatego podjęta przez autorkę problematyka jest wyjątkowo skomplikowana, a zatem wszelkie wnioski w tym względzie muszą być szczególnie ostrożnie wyważone i mocno uzasadnione.

I jeszcze uwaga natury ogólnej. Być może zadecydowała o tym tematyka rozprawy, która pomija obrót ruchomościami. Lecz już samo pominięcie ma swoją wymowę — K. Bukowska zajęła się własnością nieruchomości właśnie dlatego, że ona to dominowała w życiu gospodarczym Krakowa (i innych miast polskich), a więc również w prawie miejskim. Otóż przy lekturze rozprawy uderza czytelnika znaczne podobieństwo prawa miejskiego do naszego prawa ziemskiego. Te same problemy wysuwały się na czoło i nurtowały oba te systemy prawne, a i kierunki rozwoju były też na ogół bliskie sobie. Jedną z przyczyn było to, że u podstaw prawa miejskiego leżało Zwierciadło saskie — ziemskie prawo niemieckie, które, o dziwo, mogło być stosowane w warunkach gospodarki miejskiej jeszcze w XVIII w., ale to już problem sam w sobie.

Za często kładziemy akcent na polskość pewnych rozwiązań czy całych kierunków rozwoju, a za rzadko pamiętamy, że Zwierciadło saskie, Weichbild i polskie prawo ziemskie należą do tej samej rodziny praw epoki feudalnej. Dlatego też, jeśli nie identyczne, to bardzo podobne znajduje w nich ujęcie cały szereg instytucji (np. własność, dawność, ochrona posesoryjna, obrót nieruchomościami i jego ograniczenia, zobowiązania).

XV

Zakończenie. Przedstawione tu refleksje z lektury nie zastępują szczegółowych recenzji. Nie wątpię, że rozprawa doc. dr Krystyny Bukowskiej skupi uwagę grona specjalistów różnych dziedzin historii prawa i będzie nieraz przedmiotem owocnej dyskusji, a także kontrowersji, które tyle nowego wnoszą w życie nauki. Ogromne bogactwo poruszonej problematyki sprawia, że bez znajomości tej pracy dalsze badania nad prawem miast polskich i w ogóle nad prawem niemieckim w Polsce okażą się niemożliwe. I jeśli monograficzne opracowania dokonają tu i ówdzie korekty w ustaleniach autorki⁵⁵, zasługi pionierskiego trudu odtworzenia i porównania teorii z praktyką nikt już jej nie odbierze. W dziedzinie poznania prawa miast polskich został dokonany wielki krok naprzód, tym bardziej godzien podkreślenia, gdy uprzytomnimy sobie, jak wielkie trudności sprawiają źródła rękopiśmienne. Wysiłek autorki włożony w pokonanie tych trudności zasługuje na najwyższe uznanie.

⁵⁵ Autorka pod adresem owych przyszłych opracowań wysuwa postulat, by oparły się one na aktach sądów I instancji. Proponuję co innego, prace, które dla danej dziedziny wykorzystają materiał sądów wszystkich instancji. Wyniki byłyby pełniejsze.

