

## V. POLEMIKA

ZYGFRYD RYMASZEWSKI (Łódź)

### Jeszcze raz w sprawie rozwoju miejskiego prawa prywatnego w Polsce

(W związku z odpowiedzią Krystyny Bukowskiej)

Odpowiedź p. doc. K. Bukowskiej, choć pisana z talentem, nie zdołała rozproszyć większości merytorycznych zastrzeżeń wysuniętych w mej recenzji, a co więcej — budzi nowe wątpliwości<sup>1</sup>. Z tego względu uważamy za konieczne ustosunkować się do odpowiedzi autorki. Za wyjaśnione przyjmujemy następujące punkty sporne: I — termin *a quo* pracy, IV — rolę *Processus iuris* z 1544 r. jako źródła dla badań autorki oraz V — dobór literatury. Pozostałe punkty odpowiedzi już nas nie przekonywają tym bardziej, że sporo naszych uwag pominięto milczeniem. Dla porządku pozostajemy przy dotychczasowej kolejności zagadnień.

I. Tytuł. Zwracając uwagę na znaczenie poglądów stron procesowych i sądów I instancji pozostawaliśmy w zgodzie z celem, jaki przyświecał autorce. Jest nim zbadanie wpływów rzymskich w polskim prawie miejskim w oparciu o orzecznictwo krakowskich sądów miejskich (wyższych). Dla takich badań ważne jest to wszystko, co rzuca światło na problem recepcji. Jeśli badane źródła nic nie mówią o poglądach stron i o stanowisku sądów I instancji, to na to nic nie poradzimy, ale wyjaśnienie tego winien czytelnik otrzymać w rozprawie.

II. Konstrukcja. Wyjaśnienie, że konstrukcja pracy opiera się na rzymskiej triadzie niewiele tłumaczy. Porządek wynikający z triady rzymskiej nie usprawiedliwia przecież omówienia kupna renty w rozdziale o zastawie, a prawa bliższości w rozdziale o sprzedaży. Uwaga o tym, że źródła milczą o zamianie i darowiźnie powinna się znaleźć w rozprawie, a tam ani słowa na ten temat. Co do dzierżawy, nie wydaje się możliwe, byśmy przeoczyli, że także o niej jest mowa w rozdziale III. Czy jednak w części poświęconej *superficies solo cedit* można było istotnie zmieścić choćby większość kwestii dotyczących dzierżawy? W rozdziale VI, do którego także autorka odsyła (odp., s. 207) czytamy wyłącznie o najmie lokali i nie ma wskazówki, że zawarte w nim ustalenia dotyczą także arendy.

V. Metoda. Zarzut opracowania pewnych zagadnień z pominięciem źródeł praktyki musimy nadal podtrzymać, bowiem — sprawdziliśmy to ponownie — cały szereg obowiązków pozbywcy (rozprawa s. 59, między ods. 24 i 25) pozostaje bez powo-

---

<sup>1</sup> Z. Rymaszewski, *Z zagadnień rozwoju miejskiego prawa prywatnego w Polsce* (Na marginesie książki K. Bukowskiej, *Orzecznictwo krakowskich sądów wyższych w sporach o nieruchomości miejskie w XVI-XVIII w.*), CPH t. XXI, z. 2, 1969, s. 201-221. K. Bukowska, *Jeszcze w sprawie rozwoju miejskiego prawa prywatnego w Polsce*, CPH t. XXII, z. 1, 1970, s. 205-211.

łania wyroków sądowych. To samo dotyczy zrzeczenia się praw do spadku (rec., s. 208).

Zarzut wnioskowania na podstawie jednego lub kilku dowodów źródłowych został poparty 10 przykładami. W odpowiedzi doc. Bukowska pisze, że chodzi tu o szczegóły, „i to w sytuacjach, gdy zarówno całokształt orzecznictwa dotyczącego danej instytucji, jak i stan wiedzy prawniczej uprawdopodobniają stosowanie w tym przypadku prawa rzymskiego” (odp., s. 209). Otóż:

1) wystarczyłby jeden wyraz „prawdopodobnie” a nasze zarzuty stałyby się bezprzedmiotowe;

2) mamy tu do czynienia z czymś w rodzaju *petitio principii*: o szczegółach wnioskujemy na podstawie całokształtu orzecznictwa, który odtwarzamy na podstawie tych właśnie szczegółów;

3) różnimy się najwyraźniej w ocenie roli szczegółów. Właśnie tymi szczegółami jest rozprawa silnie nasycona, i to w naszym przekonaniu jest jedną z jej zalet;

4) różnimy się też w ocenie, co jest szczegółem, a co nim nie jest. Nie sądzimy, by do szczegółów można było zaliczyć np. *laesio enormis*, brak ochrony posesoryjnej u nabywcy, zasięg kręgu retrahentów itd.

Wrażenie recenzenta, że wyeksponowano w rozprawie literaturę kosztem źródeł praktyki, stara się doc. Bukowska osłabić przez przyznanie dziełom dawnych prawników charakteru dokumentów praktyki. Nie mamy nic przeciwko wykorzystywaniu opinii dawnych prawników dla odtwarzania praktyki. Można przecież zająć się wpływami rzymskimi wyłącznie na podstawie ich dzieł, jedynie tytuł pracy musiałby ulec zmianie. Pytanie, w jakim celu mieliby dawni pisarze fałszować stan faktyczny pozostawiamy bez odpowiedzi. To raczej od autorki należało jej oczekiwać i kto wie, czy taka odpowiedź nie rzuciłaby wiele światła na problem recepcji. Bo dowody fałszowania daje przecież autorka w swoim dziele<sup>2</sup>.

VII. Własność a posiadanie. Sprawę odróżniania przez sądy krakowskie posiadania od własności uważamy za wyjaśnioną (odp., s. 210). Domyśliśmy się, że terminu „umowa realna” użyła doc. Bukowska w znaczeniu umowy rodzącej skutki rzeczowe, a nie w sensie rzymskiego kontraktu realnego. Uwagi na temat opinii Tucholczyka o podzielonym posiadaniu pozostały bez echa, co tłumaczymy jako ich akceptację (rec., s. 210). Wówczas jednak uzyskujemy dodatkowy punkt, w którym ten mocno teoretyzujący (chyba w duchu prawa rzymskiego) pisarz pozostaje daleko od prawa rzymskiego.

VIII. Tradycja, wzdanie wwiązanie. W recenzji wykazaliśmy, że w świetle powołanych przez autorkę źródeł wzdanie było w badanym okresie zawsze przeniesieniem prawa. Nie ma zatem podstaw do wniosku o odejściu od translatywnej funkcji dzierżenia. Nie ma tym samym podstaw do szeregu dalszych wniosków (np. o *constitutum possessorium*).

W odpowiedzi uwagi recenzenta zostały skwitowane krótkim stwierdzeniem o wieloznaczności terminologii. Ale to przecież podstawowy obowiązek badacza liczyć się z tym chaosem terminologicznym! Nie rozumiemy dobrze fragmentu odpowiedzi, dotyczącego wpływów rzymskich na skutki wzdania i wwiązania. Według doc. Bukowskiej prawo rzymskie nie znało obu tych instytucji, a tak jedna jak druga nadawały się do tego, by przypisać im skutki prawne alienacji, związane w prawie tym z tradycją. Czy wypowiedź należy rozumieć w tym sensie, że owe skutki prawne umowy alienacyjnej prawo saskie zawdzięcza prawu rzymskiemu? Przynajmniej co do przedawnienia trzeba na to odpowiedzieć przecząco, i to w oparciu o opinię autorki (rozprawa, s. 28).

Nie twierdziliśmy, jak to sugeruje odpowiedź (s. 210), że autorka nie dostrzega

<sup>2</sup> W odniesieniu do kręgu podmiotów prawa bliższości (rozprawa, s. 65), gdy idzie o sporządzenie testamentu wobec świadków (rozprawa, s. 93).

wwiązania w prawie miejskim. Rzecz w tym, że nie bierze go pod uwagę w rozważaniach nad istotą wzdania. A przecież już samo stwierdzenie istnienia wwiązania przeczy utożsamianiu wzdania z tradycją.

IX. Dawność. Dla doc. Bukowskiej są niejasne nasze wywody na temat dawności. Otóż ten fragment recenzji składa się wyraźnie z dwu części. W pierwszej porównujemy opinię autorki z literaturą i stwierdzamy zgodność poglądów, w części drugiej natomiast wyrażamy własny sąd na temat dawności w prawie saskim. To nie jest polemika z autorką. Nie można średniowiecznej dawności rozpatrywać w izolacji od własności i to był powód, dla którego przypomnieliśmy owe rudymenarne różnice między własnością średniowieczną a rzymską. Nie sądzimy, by można było uznać pojawienie się zasiedzenia za dowód rozpowszechnienia się rzymskiej koncepcji nieograniczonej *proprietas* (odp., s. 211). Nie widzimy tu tak prostej zależności, która pozwałaby opinię taką wypowiadać bez dodatkowych wyjaśnień. Wszak zasiedzenie w imię jakiejś wyższej racji godzi we właściciela. Ponadto zasiedzenie np. w prawie ziemskim polskim da się źródłowo stwierdzić już w XIII w., a o przyjęciu rzymskiej koncepcji własności nie ma co mówić bodaj po kres Rzeczypospolitej szlacheckiej.

X. Ochrona posesoryjna. Postulowaliśmy, by z braku ochrony posesoryjnej w jakimś prawie nie wnioskować, że nie odróżnia ono własności od posiadania. W odpowiedzi czytamy: „(a) Zapewne można sobie wyobrazić rozwinięte pojęcie posiadania, z którym prawo łączy określone skutki (przedawnienie), ale bez odrębnej ochrony, (b) natomiast niemożliwa jest sytuacja odwrotna: Zapewnienie ochrony czemuś, co nie istnieje. A o to właśnie mi chodziło” (odp., s. 211, podział wypowiedzi na dwa człony pochodzi od nas). Z drugiego członu wypowiedzi wynikałoby, że autorka szukała w ochronie posesoryjnej tylko dodatkowego dowodu dla tezy o odróżnianiu przez prawo miejskie własności od posiadania. Tymczasem w rozprawie czytamy: „Odróżnienie własności i posiadania musiało też rzutować na kwestię ochrony procesowej” (s. 30). Czy nie zachodzi tu sprzeczność między treścią rozprawy a odpowiedzią? Co do pierwszego członu wypowiedzi — mamy konkretny przykład: w polskim prawie ziemskim zasiedzenie występuje już w XIII w., a na ochronę posesoryjną zdobyło się ono dopiero w XVI w.

XII. Prawo bliższości. Zarzut, że autorka nie odróżnia prawa bliższości krewnych od innych ograniczeń swobody rozporządzania nieruchomościami, polegać ma, zdaniem doc. Bukowskiej, na nieporozumieniu (odp. s. 212). Tymczasem owa sporna reakcja szwagra znajduje się w kontekście poświęconym wyłącznie prawu bliższości krewnych. Mógł więc czytelnik przyjąć jedynie to, że szwagrowi jest nie na rękę własne prawo bliższości. Tym bardziej, że nieco dalej każdy sprzeciw kobiety wobec alienacji jest traktowany jako przejaw tego prawa. Dopiero z odpowiedzi czytelnik dowiaduje się, że określenie przez sąd protestu żony terminem *ius retractus* to przypadek szczególny. W rozprawie nie ma o tym mowy.

W odpowiedzi czytamy, że autorka nie wyrażała poglądu jakoby zacieranie się różnic między dobrami dziedzicznymi a nabytymi było dowodem rozszerzenia swobody dysponowania nieruchomościami. Widzi natomiast doc. Bukowska w tym zjawisku dowód wykształcenia przez praktykę szeregu sposobów obchodzenia ograniczeń, również w stosunku do dóbr dziedzicznych. Zacytujemy wobec tego odnośny fragment rozprawy: „Wbrew rozróżnieniu zawartemu w głosie do Weichbildu nie uzyskał praktycznego znaczenia podział nieruchomości na dziedziczne i nabyte. Wypada to jednak uznać za dowód nieograniczenia obrotu, lecz przeciwnie — jego rozszerzenia, i to także, gdy chodzi o nieruchomości uzyskane w drodze spadkobrania” (rozprawa, s. 111). Otóż brakuje w tym cytacie jedynie wyrazu „swoboda”, ale czyż rozszerzenie obrotu nie zakłada zwiększenia swobody alienacji? Stąd też w naszym mniemaniu, gdy chodzi o spadkobranie, istnieje sprzeczność między powyższym cytatem z rozprawy a następującym zdaniem (tamże, s. 97): „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”.

W zdaniu *nullum tutorem neque etiam patrem posse pupillorum bona sine legitima causa dividere* upatrywała autorka tendencję zrównania rodziców z opiekunami w zakresie swobody dysponowania nieruchomościami (by zwiększyć swobodę rodziców). Wskazywaliśmy w recenzji, że bardziej przekonuje odmienna interpretacja tego cytatu: chodzi tu o taki stan faktyczny, w którym ojciec zarządza dobrami odziedziczonymi przez dzieci. Dawaliśmy też, naszym zdaniem przekonujące argumenty, że tylko taka interpretacja jest możliwa, zwłaszcza, że interpretacja autorki kłóciła się z tym, co pisała ona o kierunku rozwoju uprawnień opiekuna (glosa sprowadza go do roli zastępcy w posiadaniu). Tymczasem w odpowiedzi doc. Bukowska stwierdza, że pomiędzy jej rozumieniem cytatu a kierunkiem rozwoju opieki nie ma sprzeczności, bo zawsze istniały sytuacje wyjątkowe, w których opiekun mógł majątkiem pupila rozporządzać, przemilcza natomiast naszą próbę interpretacji cytowanego fragmentu. Uważamy w dalszym ciągu, że tylko proponowana przez nas interpretacja jest zasadna, bo owe sytuacje szczególnie usprawiedliwiały na pewno także rodziców.

Dla porządku odnotujmy, że w odpowiedzi brakuje ustosunkowania się do następujących wątpliwości i uwag recenzenta:

a) nie wiadomo dlaczego autorka nie chce wprost nazwać instytucji, którą omawia, a która ma ustaloną i powszechnie przyjętą nazwę (*Beispruchsrecht* — prawo przyzwalania krewnych);

b) nie przekonują czytelnika wywody o zakazie protestowania przeciwko alienacji za życia pozbywcy. Powołany przy tej okazji Ssp. Ldr. I, 21 pozostaje w związku z ustanowieniem dożywocia i — wbrew Heuslerowi — nie można mu nadawać charakteru normy ogólnej bez dodatkowego uzasadnienia;

c) w pracy brakuje czytelnikowi rysu historycznego własności, głównego przedmiotu badań autorki, zwłaszcza, że takie rysy posiadają np. dzierżenie, dawność, zastaw itd. Krótkie zdania o ogólnej koncepcji własności nieruchomości (s. 84), o prawie spadkowym, zapewniającym stabilność dóbr rodowych, luki tej nie są w stanie zapełnić.

XIII. Prawo spadkowe. W tym punkcie tylko między innymi stwierdziliśmy wieloznaczność przytaczanych przez autorkę źródeł. Skoro doc. Bukowska ogranicza się w odpowiedzi do owej wieloznaczności (odp. s. 212 - 213) przyjmujemy, że w kwestiach pozostałych nasze uwagi zostały zaakceptowane.

Naszą opinię o wieloznaczności powołanych źródeł podtrzymujemy nadal. Wszystkie sporne przekazy źródłowe znajdują się w odsyłaczu 21 do następującego fragmentu: „Wilkierz krakowski z 1530 r. odnosił wspomniany zakaz (rozporządzania nieruchomościami w czasie choroby testatora, ZR) tylko do rozporządzeń na szkodę krewnych, co powtórzył następnie wilkierz poznański z 1598 r. Rozróżnienia tego przestrzegał w swym orzecznictwie krakowski sąd wyższy” (rozprawa, s. 97). A zatem w Krakowie nie było bezwzględne zakazu rozporządzania nieruchomościami w czasie choroby testatora. Rozporządzenia takie są dopuszczalne, byle nie szkodziły krewnym. Powołane źródła powinny więc udowadniać, że przestrzegano tego warunku. Ale które rozporządzenie na rzecz obcych nie szkodzi krewnym? Czy przypadkiem pod tym warunkiem nie kryje się zakaz dyspozycji testamentowych na rzecz obcych bądź wymóg zgody krewnych na taką dyspozycję? Nie znajdujemy w rozprawie odpowiedzi na te pytania.

Przejdźmy do źródeł:

Teut. 13, s. 591 (1558): — *in lecto aegritudinis bona immobilia non possunt a legitimis haeredibus alienari*. Jest w nim zawarty generalny zakaz takiego dysponowania majątkiem nieruchomym przez chorego, które pozbawiłoby tego majątku

owych *legittimi haeredes*. Krótko mówiąc, jest to zakaz dysponowania nieruchomościami na rzecz obcych.

Porównajmy zresztą ten wyrok z innym, przytoczonym przez autorkę na dowód, że w prawie miejskim pod wpływem prawa ziemskiego istniał zakaz rozporządzania w testamencie dobrami nieruchomymi:

Teut. 21, s. 1082 (1629): — *testamento — a liberis, suis successoribus legittimis hereditatem — abalienaverat — et quamvis alienare voluisset, hoc sine legitima causa, contra iura pietetisque officium et constitutiones Regni minime facere potuerat*. W Teut. 21 ma być — zdaniem autorki — wyrażony zakaz bezwzględny a w Teut. 13 zakaz względny. Czy istotnie jest coś w tekstach, co by na tę różnicę wskazywało?

Naszym zdaniem, źródła przytoczone w ods. 21 należało podzielić na dwie grupy, służące udowodnieniu dwóch kwestii: a) nie ma w Krakowie bezwzględnego zakazu sporządzania testamentu podczas choroby, b) przestrzegany jest warunek, by testamenty sporządzane przez chorych nie przynosiły szkody krewnym testatora. Rozróżnienie to ma istotne znaczenie, gdyż okazuje się, że zaledwie kilka źródeł potwierdza warunek drugi.

XIV. Wpływy rzymskie. Nie sądzimy, by — jak twierdzi doc. Bukowska — wystarczyło badaczowi ustalić, jakie prawo chce sąd stosować i ma świadomość, że się nim posługuje (odpowiedź, s. 213). Zależy to zresztą od celu jaki sobie stawia. Jeśli celem tym ma być badanie znajomości prawa rzymskiego — to zgoda, jeśli zbadanie wpływów tego prawa na prawo miejscowe — zgody już być nie może. Trzeba bowiem jeszcze postawić pytanie dalsze, bardziej istotne: jak ta znajomość odbiła się na prawie miejscowym, jak dalece je przeobraziła, co nowego wniosła. Te postulaty idą zresztą po myśli tez programowych autorki, wyłożonych we wstępie (rozprawa, s. 13 - 14).

Pod tym też kątem widzenia traktuje się dziś problem oddziaływania prawa rzymskiego w kraju recepcji „klasycznej”, tj. w Niemczech. Najnowsze wyniki każą zrewidować dotychczasowe opinie o gruntownym przeobrażaniu, jakie miało się dokonać w prawie niemieckim w wyniku recepcji prawa rzymskiego<sup>3</sup>. Jest to ważna wskazówka dla zajmujących się tym problemem w Polsce.

Ponowna, równie uważna lektura rozprawy zrodziła nowe pytania, które jednak tu pomijamy, by nie przekroczyć ram dyskusji wyznaczonych recenzją i odpowiedzią na nią doc. K. Bukowskiej.

<sup>3</sup> Poza autorami przez autorkę wspomnianymi por. E. Kaufmann, *Erbfolgeordnung w: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 4 Lief., s. 961 - 962. B. Rehfeldt, *Rezeption in Schweden*, ZSS GA t. 82, 1965, s. 323: *es war eine — z. T. recht widerwillig vollzogene — Bedarfs- und Autoritätsrezeption*.