

BOGDAN LESIŃSKI (Poznań)

Wyderk czyli sprzedaż nieruchomości z prawem odkupu w prawie polskim od XV do XVII wieku

I. Uwagi wstępne: 1. Terminologia, 2. Stan badań. II. Początki badanej instytucji. III. Sprzedaż z prawem odkupu a problem lichwy: 1. Opinie przedstawicieli doktryny (Śmiglecki, Lipski, Zawacki, Żalasowski), 2. Anonimowa opinia z XVI wieku, 3. Ustawodawstwo kanoniczne, 4. Dwa nurty. IV. Sprzedaż z prawem odkupu w prawie ziemskim: 1. Charakter prawny, 2. Zawarcie umowy i wzdanie, 3. Zakres uprawnień i obowiązków nabywcy, 4. Odkup, 5. Niedostatek świeckich aktów normatywnych dotyczących wyderku, 6. Ostateczne wnioski. V. Sprzedaż z prawem odkupu w prawie miejskim. VI. Uwagi końcowe.

I

1. Mało zajmowano się do tej pory instytucją, której poświęcony jest niniejszy artykuł. Stosunkowo wiele napisano już o wyderkach w znaczeniu „renta wykupna”¹, mniej natomiast pamięta się, że termin *wyderkaf* (*wyderkauf*, *wyderk*, *wyderkow*, *wyderka* itp.) oznaczał też inną instytucję prawną, a mianowicie sprzedaż nieruchomości z możliwością odkupu przez sprzedawcę, czyli — jak najczęściej wspomina się w źródłach — *venditio (haereditatis, villae* itp.) *in vim reemptionis alias na wyderkaf*. Jeżeli wyderkafy w sensie „renty wykupne” oznaczały sprzedaże *in vim reemptionis* pewnego dochodu z nieruchomości, bez konieczności przeniesienia samej nieruchomości na nabywcę renty, to wyderkafy, którymi tutaj się interesujemy, oznaczały sprzedaże *in vim reemptionis* nie tylko dochodu, lecz także źródła tego dochodu, tj. nieruchomości².

¹ Przegląd literatury na ten temat w mojej pracy *Kupno renty w średniowiecznej Polsce na tle ówczesnej doktryny i praktyki zachodnioeuropejskiej* (cyt. *Kupno renty*), Poznań 1966, s. 15 - 20, 556 - 564. O samej rencie wykupnej pisałem ibidem, s. 135 - 202 i 228 - 229.

² Ibidem, s. 233 - 234. Podobnie też wcześniej A. Z. Helcel, *Dawne prawo prywatne polskie* (cyt. *Prawo prywatne*). Część obejmująca wstęp, zasady ogólne i prawo rzeczowe, napisana w latach 1849 - 1853, wyd. pośmiertne, Kraków 1874, s. 225 - 226 oraz P. Dąbkowski, *Prawo prywatne polskie* (cyt. *Prawo prywatne*), t. II, Lwów 1910 - 1911, s. 283¹. Z dawnych prawników polskich dwa rodzaje wyderkafów

Słowo *wyderkaf* jest więc homonimem prawniczym. Utrudnia to badania (rozdzielenie w źródłach sprzedaży renty od sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis* jest niekiedy niemożliwe³) oraz prowadzi do nieporozumień tego rodzaju, iż myli się obie instytucje bądź też błędnie wykorzystuje źródła⁴. Czasami nie rozróżnia się dwóch znaczeń, tak jak by wspomniany termin miał tylko jeden sens, np. ostatnia synteza historii państwa i prawa Polski mówi o wyderkafie tylko jako o sprzedaży renty *in vim reemptionis* (por. t. II, s. 642, indeks), mimo że wzmiankuje także o sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis*⁵. Jest też bardzo prawdopodobne, że i dawniej, tj. w okresie, którym tutaj się zajmujemy, mylono niekiedy (w sensie terminologicznym) sprzedaż nieruchomości na wyderkaf ze sprzedażą renty, nazywając pierwszą z wymienionych instytucji *venditio census*⁶.

W dalszym ciągu artykułu — kierując się przede wszystkim względami wygody językowej — będę używał terminu *wyderkaf* (lub *wydere*) tylko na oznaczenie sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis*, natomiast dla wyderkafów w drugim znaczeniu — nazwy „kupno renty”.

dostrzegał najlepiej Grzegorz Czaradzki, pisząc: — — *dwojakie zapisy wyderkauffowe bywają, jedne którymi pewny czynsz na dobrach, drugie którymi dobra same z possessyą cum pacto retrovendendi sprzedają* — —, *Proces sądowy ziemskiego prawa koronnego z formularzem łacińskim pozwów i kondemnat*, Warszawa 1636, f. E (cyt. *Proces sądowy*).

³ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 236.

⁴ P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 277, pisząc o kupnie renty wykorzystywał do tego tematu przekazy dotyczące sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis* (por. B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 236⁸⁷). Wypowiedź Ostroroga w jego słynnym *Memoriale* na temat wyderkafu (por. niżej przyp. 211) traktuje się nieraz w naszej literaturze jako wypowiedź o kupnie renty. Tak A. Voisé, *Doktryna polityczno-prawna Jana Ostroroga, Państwo i Prawo*, 1954, s. 1042, jak również W. Sobociński, *Memoriał Jana Ostroroga a początki reformacji w Polsce, Odrodzenie i Reformacja w Polsce*, t. III, 1958, s. 45. W. Sobociński w polemice z piszącym te słowa, podtrzymał swój pogląd, *Historia kupna renty w Polsce* (cyt. *Historia kupna renty*), CPH, t. XIX, z. 2, 1967, s. 163-164. Spór na temat pojmowania zwrotu (jak u Ostroroga) *domorum redemptio* nie wydaje się tak istotny, niemniej warto zauważyć, że zwrot ten odczytywany dosłownie (odkup domów) bliższy jest wyderkafowi w sensie „sprzedaż nieruchomości” niż „sprzedaż renty”. Ostatnio Z. Rymaszewski, *Prawo bliskości krewnych w polskim prawie ziemskim do końca XV wieku* (cyt. *Prawo bliskości*), Wrocław—Warszawa—Kraków 1970, s. 104, pisał o stosowaniu prawa bliskości przy sprzedaży renty, podczas gdy przytoczone przezeń źródła mówiły o sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis*.

⁵ *Historia państwa i prawa Polski*, pod red. J. Bardacha, t. I, Warszawa 1964; t. II, Warszawa 1966 (cyt. *Historia państwa*). Wzmianka (pióra Z. Zdrójkowskiego) o sprzedaży nieruchomości na wyderkaf w t. II, s. 291. Ibidem na s. 290, omówienie postanowień konstytucji z 1635 r., ale tylko jako odnoszącej się do sprzedaży renty, gdy tymczasem (por. niżej s. 56) postanowienia te powstały w związku ze sprzedażami nieruchomości na wydere.

⁶ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 234.

2. Wyderki polskie nie doczekały się dotychczas odrębnej rozprawy, mimo że w źródłach instytucja ta jest bardzo często wspomniana i co więcej, była też w praktyce powszechnie stosowana. Zwracano na nią uwagę przede wszystkim w syntezach historii prawa, choć w różnym stopniu i w różnym zakresie.

Pierwszym bodajże badaczem zajmującym się wyderkiem (nie licząc J. W. Bandtkiego, którego dzieło ukazało się pośmiertnie i później) był Wacław Aleksander Maciejowski. Na uwagę zasługuje jego wywód zawarty w pierwszym wydaniu wielkiej, choć z punktu widzenia naukowego niezbyt cennej syntezy⁷, gdyż w drugim wydaniu (o czym dalej) uwagi na temat wyderkafu mają niewielką wartość. Maciejowski (w rozdziale o zakładach i zastawach⁸) starał się wyjaśnić genezę wyderkafu potrzebą znalezienia środka „który by dawał wierzycielowi pewność na dobrach dłużnika oraz zapewnił mu pobieranie procentów za wypożyczony kapitał”. Tym środkiem stał się wyderkaf, odgrywający w Polsce taką rolę, jak w Rzymie *fiducia*. Zauważył Maciejowski wypowiedź Ostroga w sprawie wyderkafów⁹, był też zdania, że instytucję wyderkafu przejęto od Niemców. Sądził, że wyderek występował w Polsce w połączeniu z dzierżawą, tzn. że sprzedawca zatrzymywał posiadanie sprzedanej nieruchomości jako dzierżawca, a kupujący (wierzyciel) pobierał procenty przybrane w szatę czynszu za dzierżawę. Rzecz ciekawa, teza ta (o pewnej fikcji sprzedaży *in vim reemptionis*) będzie się później powtarzała w przyszłych badaniach (W. Dutkiewicz, P. Burzyński, W. Sobociński). Miała ona zresztą pewne uzasadnienie¹⁰. Pisał też Maciejowski o rozpowszechnieniu się wyderkafu od XV w. i „uprawnieniu” (sc. potwierdzeniu, umocnieniu) jego za Zygmunta I i Zygmunta III (miał tu chyba na myśli *Formula processus* z 1523 r. i konstytucję z 1635 r.).

Przedstawiłem tylko te poglądy Maciejowskiego, które zasługują na uwagę i noszą cechę pewnej poprawności¹¹. W drugim wydaniu — mimo że przez ten czas ukazała się praca J. W. Bandtkiego traktująca o sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis* — wyderek jako oddzielna instytucja zniknęła; Maciejowski stopił trzy instytucje w jedną (zastaw,

⁷ Bezstronną ocenę działalności W. A. Maciejowskiego przeprowadził ostatnio J. Bardach, zauważając m.in. zasługi Maciejowskiego dla nauki historii praw słowiańskich, nazywając go jednak równocześnie badaczem przeciętnej klasy (Wacław Aleksander Maciejowski i Jego współcześni, Wrocław 1971, s. 299 - 307).

⁸ W. A. Maciejowski, *Historia prawodawstw słowiańskich* (cyt. *Historia*), t. IV, Warszawa—Lipsk 1835, s. 465 - 467 (§ 357).

⁹ Cytowana niżej w przyp. 211.

¹⁰ Por. o tym niżej s. 61 i 64.

¹¹ A. Z. Helcel, *Prawo prywatne*, s. 227, skwitował wywody Maciejowskiego (zawarte w wyd. 1, *Historii*) następująco: „W Maciejowskiego *Historii prawodawstw słowiańskich* [...] o dobrach na wyderkę kupionych fałszywie (sc. napisane — przyp. B. L.)”. Wydaje się, że ta wypowiedź jest krzywdząca w stosunku do wyd. 1, pasuje natomiast w pełni do wywodów o wyderkafie w wyd. 2 *Historii*.

kupno renty, sprzedaż z prawem odkupu), a jego definicja wyderkafu jest tak niezrozumiała i błędna, że trudno w tym wszystkim się wyznać¹².

Większy walor naukowy mają uwagi Jana Wincentego Bandtkie-Stężyńskiego w napisanej i wykładanej przez niego przed 1830 r. historii prawa polskiego, wydanej jednak dopiero pośmiertnie w 1851 r. Bandtkie przedstawił wyderek w dość szerokim zakresie, wszakże wywody jego są bardzo jednostronne, opierają się bowiem w większości na jednym źródle, a mianowicie na pracy M. Śmigleckiego, *O lichwie* (będzie o niej dalej mowa)¹³. Krótką wzmianką o wyderkafie można znaleźć w pracy A. Z. Helca, który w kilku zdaniach zajmuje się tylko kwestią różnicy między wyderkafem a kupnem renty¹⁴.

Znacznie więcej uwagi poświęcił sprzedaży *in vim reemptionis* Walenty Dutkiewicz. Badacz ten dość wszechstronnie, choć w skrócie, rozpatrzył kwestię wyderkafu, a co więcej, jego wywody zachowały swój walor w dużym stopniu do dzisiaj¹⁵ i tylko w niektórych szczegółach można się z nimi nie zgadzać (jak np. z tezą lansowaną już przez Maciejowskiego, że wyderkaf występował zwykle w połączeniu z dzierżawą). Uwagi Dutkiewicza (obok późniejszych obserwacji P. Dąbkowskiego) były też do tej pory najlepszym źródłem informacji o badanej instytucji. Inny badacz współczesny Dutkiewiczowi, Piotr Burzyński, w swej pracy o dawnym prawie polskim nie wniósł do kwestii wyderkafu nic nowego. Umieścił on naszą instytucję w dziale o *iura in re aliena* i w rozdziale o rentach, zdawał sobie jednak sprawę z tego, że taka kwalifikacja jest niewłaściwa i stwierdzał, że ten „stosunek prawny” (tj. wyderkaf) z istoty swej należy do „materii o kontraktach warunkowych”¹⁶.

Przemysław Dąbkowski jako pierwszy odwołał się do wymowy źródeł praktyki sądowej, przez co obraz wyderkafu jest u niego pełniejszy i bardziej wszechstronny. Dąbkowski zaliczył wyderek do umów (pisze o nim w punkcie dotyczącym kupna-sprzedaży) i określił ogólnie

¹² W. A. Maciejowski, *Historia*, t. V, wyd. 2, Warszawa 1865, s. 285 - 289. Oto jak Maciejowski definiuje badaną instytucję: „Wydzierżawiano wierzycielowi (sic — przyp. B. L.) długiem od niego wziętym obciążony majątek, od którego przypadające procenta strącały się zaraz z czynszu dzierżawnego, lub też sprzedawano mu majątek tenże, a kupujący płacąc ratami jego wartość, doliczał w to należące się procenta”.

¹³ J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne polskie* (cyt. *Prawo prywatne*), Warszawa 1851, s. 400 - 404, 439 - 440.

¹⁴ A. Z. Helcel, *Prawo prywatne*, s. 225.

¹⁵ W. Dutkiewicz, *Prawo cywilne jakie w Polsce od roku 1347 do wprowadzenia Kodeksu Napoleona obowiązywały. Napisane jako program do egzaminu z historii tegoż prawa* (cyt. *Program*), Warszawa 1869, s. 39, zwłaszcza zaś s. 199 - 200 i 203 - 204.

¹⁶ P. Burzyński, *Prawo polskie prywatne* (cyt. *Prawo prywatne*), t. II, Kraków 1874, s. 458 - 459.

obowiązujące dawniej warunki takiej umowy oraz prawa i obowiązki stron. Położył także nacisk na podobieństwo wyderkafu do zastawu. Jak zwykle jednak, wywody Dąbkowskiego mają charakter statyczny oraz zbyt dogmatyczny. Pozbawione są elementu chronologicznego, nie uwzględniają bowiem rozwoju historycznego badanej instytucji¹⁷.

Na tym wyczerpują się relacje o wyderkafie zawarte w syntezach historii prawa. Najnowsza synteza wspomina o nim w kilku wierszach, jak o swoistym rodzaju zastawu użytkowego¹⁸.

Nieco informacji o wyderkafie można też znaleźć w różnych monografiach i rozprawach zajmujących się pokrewną lub inną tematyką. Odnotujmy tu z XIX w. uwagi Józefa Kirszrota, niezbyt zresztą trafne, o rozwoju wyderkafu w Polsce¹⁹. W ostatnich latach też „zahaczano” o badany temat. Stanisław Russocki w studium o władaniu ziemią na Mazowszu odnotował stosowanie wyderkafu na Mazowszu, ale nie rozwinął szerzej tego zagadnienia²⁰. Zajmował się też nieco kwestią sprzedaży *in vim reemptionis* piszący te słowa, który w swej monografii o kupnie renty nie mógł — choćby ze względów terminologicznych — pominąć tego zagadnienia. W pracy tej starałem się podkreślić zasadnicze różnice między sprzedażą nieruchomości na wyderkaf a sprzedażą renty, próbowałem też naświetlić początki tej pierwszej instytucji i jej charakter. Były to także uwagi tylko szkicowe, powstałe na marginesie innego wątku²¹. Władysław Sobociński w artykule recenzyjnym dotyczącym wspomnianej monografii dorzucił również kilka uwag na temat wyderkafu, ponadto stwierdził, że „kupno dóbr na wyderkaf zasługiwało nawet na dokładniejsze rozpatrzenie”²². Uwaga ta była zachętą do dokładniejszego opracowania tej tematyki, czego rezultatem jest niniejszy ar-

¹⁷ P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 535 - 536.

¹⁸ *Historia państwa*, t. II (Z. Kaczmarczyk i B. Leśnodorski), s. 291 (część opracowana przez Z. Zdrójkowskiego).

¹⁹ J. Kirszrot, *Prawa o procentach ze stanowiska historycznego, prawnego i ekonomicznego*, Warszawa 1868, s. 21 - 23. Według tegoż autora instytucja sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis* powstała dlatego, że w obrocie kredytowym stosowano niewykupne (i niedogodne tym samym) renty wieczyste. Z kolei zaś instytucja sprzedaży na wyderkaf stworzyła renty wykupne. Taka triada wymyślona przez Kirszrota (renta niewykupna — sprzedaż nieruchomości z prawem odkupu —> renta wykupna) nie znajduje uzasadnienia w źródłach, szczególne zaś zastrzeżenia wywołuje traktowanie renty wykupnej jako instytucji pochodnej od sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis*. Renta wykupna pojawiła się bardzo wcześniej (por. moje *Kupno renty*, s. 126 i n. i s. 150) i jeśli nie wyprzedziła (jak można sądzić) sprzedaży nieruchomości na wyderkaf, to co najmniej rozwijała się z nią równocześnie.

²⁰ S. Russocki, *Formy władania ziemią w prawie ziemskim Mazowsza (koniec XIV — połowa XVI wieku)*, Warszawa 1961 (cyt. *Formy*), s. 210.

²¹ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 233 - 236.

²² W. Sobociński, *Historia kupna renty*, s. 158 - 159.

tykuł. Ostatnio wspominał krótko o badanej instytucji Jacek S. Matuszewski, pisząc o zastawie chłopów²³.

Słaba dotychczas znajomość instytucji, tak bardzo — jak dalej się okaże — pospolitej, uzasadnia zajęcie się nią w sposób pełniejszy i dokładniejszy, przy wykorzystaniu szerszej podstawy źródłowej niż ta, jaką się dotąd posługiwano.

II

Wyderek pojawia się w prawie polskim na szerszą skalę w XV w. Dopiero z tego wieku — zwłaszcza z lat po mniej więcej 1440 r. — znajdujemy wzmianki tak klarowne w swej treści i tak już liczne, że możemy stwierdzić ugruntowanie i zadowolenie się wyderkafu w polskim prawie ziemskim. Taka podstawowa teza, którą od strony źródłowej udokumentuję nieco dalej, nie wyłącza wcale możliwości, że sprzedaż z prawem odkupu (lub formy do niej zbliżone) rozwijała się już wcześniej. Jest np. wzmianka, która każe domyślać się stosowania prawa odkupu sprzedanej nieruchomości już w XV w.²⁴ Zauważono też w literaturze naukowej, że dawno już zastaw użytkowy, zwłaszcza gdy nie określono terminu wykupu zastawionej nieruchomości, zbliżał się do alienacji, tj. do sprzedaży z prawem odkupu. Przytoczył na to przykład J. Bardach, wymieniając dokument z 1302 r.²⁵ Inny dokument z 1362 r. informuje, że ktoś sprzedaje wieś, stwierdzając równocześnie, że czyni to *spe redemptionis pecuniarie penitus abiecta*²⁶, co mogłoby sugerować, że *redemptio* przy sprzedaży było już instytucją stosowaną. W istocie wspomniana wzmianka dotyczy tylko możliwości retraktu pozbywcy lub jego krewnych (jaki bowiem byłby inny sens umieszczenia podobnego zastrzeżenia?) — instytucji podobnej, a jednak innej.

Nie odrzucając możliwości istnienia wyderków lub form do nich podobnych jeszcze przed XV w. zauważyć trzeba, że wiadomości o nich są dość sporadyczne oraz mgliste i że badana instytucja nie miała zapewne jeszcze przed XV w. skryształizowanej postaci. Dopiero w tym wieku — jak wspomniano — ukazuje się nam ona jako ukształtowana od strony dogmatycznej i potwierdzona przez liczne przekazy źródłowe.

²³ J. S. Matuszewski, *Rzekomy zastaw chłopów w Polsce szlacheckiej* (cyt. *Rzekomy zastaw*), CPH, t. XXVI, 1974, z. 2, s. 83.

²⁴ *Księgi sądowe łęczyckie od 1385 do 1419* (Teki Pawińskiego t. III i IV, Warszawa 1897 — cyt. *Łęcz.*), t. I, nr 2346 (1392 r.): *Item dominus Boguslaus scolasticus cum Nicolao subagazone Lancicienski emerunt mediam Stbenecz, pro quinquaginta sexaginta grossorum et iam quinquaginta et quinque persolvit, circa quod expressit, si pecunias infra quinque annos restituere poterit, predictam partem liberabit* — —. Treść zapiski jest więc nie bardzo jasna.

²⁵ J. Bardach, *Historia państwa*, t. I, s. 503³⁹.

²⁶ *Kodeks dyplomatyczny Wielkopolski* (cyt. KDWP), t. III, nr 1473.

Do pierwszych wzmianek małopolskich o sprzedaży z prawem odkupu zaliczyć należy przekazy z 1401 oraz z 1409 i 1422 r.²⁷ W Wielkopolsce około połowy XV w. wyderek był już instytucją ugruntowaną, skoro *Liber formularum* z tego czasu i z tego regionu zawiera wzór naszej umowy, wzięty zresztą z dokumentu wystawionego przez Alberta Małskiego, zastępcę króla Władysława Warneńczyka na Wielkopolskę, a więc z dokumentu powstałego — jak można się domyślać — około 1440 r.²⁸ Na Mazowszu w tym samym czasie również już stosowano wspomniany kontrakt²⁹.

Jeżeli pierwsza połowa XV w. była okresem rozwijania się naszej instytucji, to druga połowa okresem jej pełnego dojrzenia. Wzmianek o wyderkafie z drugiej połowy wieku jest tak wiele, że można go uznać w owym czasie za instytucję już pospolitą³⁰.

A zatem, jakie przyczyny złożyły się na powstanie badanej instytucji? Nie wydaje się trafna koncepcja P. Dąbkowskiego, wiążąca wyderkaf z czasami bardzo dawnymi i — jak to wynika pośrednio z jego wywodów — z prawem retraktu. Wspomniany badacz — przedstawiając instytucję wyderkafu, pisze: „pierwotnie każda sprzedaż była jedynie czasowa [...] pozbywcy przysługiwało prawo odkupu. Z czasem jednak służyło mu to prawo jedynie na podstawie osobnego zastrzeżenia”³¹. Każde z tych zdań oddzielnie nie przynosi fałszywej treści. Dąbkowski stworzył jednak *iunctim* między retraktem pozbywcy i wyderkafem, związał obie instytucje w jedno i potraktował ich losy jako jeden „ciąg” rozwojowy. Wypaczył w ten sposób obraz obu wymienionych instytucji³².

²⁷ *Akta grodzkie i ziemskie z czasów Rzeczypospolitej Polskiej* (cyt. AGZ), t. V, nr 23 oraz *Wyciągi z najstarszych ksiąg sądowych dawnej ziemi krakowskiej* (cyt. Helcel II), wyd. A. Z. Helcel, Starod. Prawa Polsk. Pomn., t. II, Kraków 1870, nr 1217 i 1870. We wszystkich wypadkach brak terminu „wyderkaf”, wyraźnie jednak wspomina się o możliwości odkupu zbytych nieruchomości przez sprzedawców. W dokumencie z 1437 r. (*Zbiór dokumentów małopolskich*, cyt. ZDM, wyd. S. Kuraś, t. II, nr 507) mowa już o *venditio sub titulo reemptionis*, w innym przekazie (Helcel II, nr 3328, 1448 r.) o *retrogressa empcio na widercupp*.

²⁸ *Archiwum Komisji Prawniczej* (cyt. AKP), t. I, s. 221.

²⁹ W 1434 r. Piotr, wojewoda mazowiecki, zbywa wieczyście wieś kapitule św. Jana w Warszawie rezerwując sobie *ius reemptionis*, *Acta Ecclesiae Collegiatae Varsoviensis*, AKP VI, s. 112, nr 30. Por. S. Russocki, *Formy*, s. 210, który cytuje dalsze przykłady.

³⁰ W stosunkowo niewielkich rozmiarach *Acta expeditionum bellicialium* (SPPP VII — cyt. *Acta exp. bell.*) z 1497 i 1498 r., gdzie jest ogółem 267 zapisek sądowych, aż w 27 wypadkach wzmiankuje się o wyderkafie (nr 2, 4, 68, 73, 100, 102, 106, 108, 110, 149, 152, 153, 155, 165, 169, 178, 189, 203, 204, 206, 207, 208, 209, 211, 231, 234, 236).

³¹ P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 535.

³² Nic więc dziwnego, że przy takim ujęciu kwestii Dąbkowski pisząc o wyderkafie wykorzystuje niekiedy przekazy odnoszące się do prawa bliższości, jak np. dokument z r. 1257 (KDWP I) mówiący o alienacji wsi przez Boguszę i Pawła z Bruckalic na rzecz klasztoru w Henrykowie, op. cit., t. II, s. 536¹.

Trudno się zgodzić z takim ujęciem: prawo odkupu z tytułu prawa bliższości (retrakt pozbywcy) było instytucją bardzo starą i mającą swoje źródło w pierwotnym pojmowaniu własności i we wspólnocie pokrewieństwa³³; wyderkaft był instytucją młodszą, wywodzącą się (o czym dalej) z innych źródeł i stworzoną dla celów kredytowych. Ze stwierdzenia Dąbkowskiego możemy przyjąć tylko jedno, że odkup na podstawie prawa bliższości nie wymagał specjalnego zastrzeżenia w umowie sprzedaży, natomiast wyderkaft był instytucją wymagającą w umowie osobnego zastrzeżenia możliwości odkupu. Retrakt pozbywcy był instytucją bez wątpienia starszą niż wyderkaft³⁴. Można natomiast zakładać, że instytucja rektaktu pozbywcy miała pewien wpływ na rozwój wyderkafu w tym sensie, że wyderkaft trafiał na dobry grunt, na istniejącą społeczną świadomość, że sprzedaż nieruchomości nie musiała być definitywna, że można było nieruchomość odkupić. Podobnie dobry grunt pod rozwój wyderkafu stwarzać mogła — wspomniana wyżej — instytucja zastawu użytkowego zbliżającego się do wyderkafu.

Początków instytucjonalnych, a zwłaszcza motywacji gospodarczej sprzedaży *in vim reemptionis* szukać musimy nie w dziedzinie prawa bliższości, lecz gdzie indziej. Badana instytucja znana była wcześniej prawu miejskiemu, czy w ogóle niemieckiemu³⁵ i z tego powodu można powiedzieć, że była ona instytucją obcą, przyjętą przez nasze prawo, podobnie jak to działo się z kupnem renty³⁶. W jaki sposób ten proces recepcji wyderkafu odbył się, nie sposób powiedzieć ze względu na brak wiadomości. Ten niedostatek informacji w zakresie wskazanego problemu odczuwamy zwłaszcza odnośnie do prawa miejskiego (por. niżej rozdz. V), spełniającego nieraz — jak sądzimy — funkcję transmisji niektórych instytucji prawnych zachodnioeuropejskich do naszego prawa. W rezultacie można tylko powiedzieć, że istnieją podstawy do sformułowania tezy o recypowaniu przez prawo ziemskie naszej instytucji z prawa miej-

³³ Traktuję tutaj — nie wchodząc w zagadnienie, czy jest to słuszne — retrakt pozbywcy jako przejaw prawa bliższości w najszerszym pojęciu. Inaczej Z. Rymszewski, *Prawo bliższości*, s. 144¹⁴⁵, który nie zalicza rektaktu pozbywcy do prawa bliższości.

³⁴ W źródłach wszakże odkup z tytułu rektaktu pozbywcy i odkup w sensie „wyderkaft” mógł występować równolegle. Wyżej cytowano wzmiankę (por. przyp. 26) dotyczącą odkupu z tytułu rektaktu jeszcze z drugiej połowy XIV w.

³⁵ Na temat wyderkafu w prawie miejskim por. niżej rozdz. V, zwłaszcza cytowaną tam wzmiankę bardzo wczesną, bo z 1375 r. Przykładem wyderkafu w praktyce niemieckiej może być transakcja sprzedaży zamku i miasta Międzyrzecz przez margrabiego brandenburskiego w r. 1316, z możliwością odkupu w ciągu 8 lat (KDWP II, nr 987). Tę wzmiankę cytuje P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, s. 535⁴, jako przekaz do historii prawa polskiego. O wyderkafie w prawie niemieckim zob. O. Stobbe, *Handbuch der deutschen Privatrechts*, t. II, cz. 2, Berlin 1876, s. 267 (ibidem podana starsza literatura) oraz R. Hübner, *Grundzüge der deutschen Privatrechts*, wyd. 3, Leipzig 1919, s. 329.

³⁶ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 221 - 222.

skiego, ale jak to się stało i co z prawa miejskiego przyjęto w tym zakresie — trudno jest stwierdzić.

Sam fakt istnienia badanej instytucji w prawie miejskim nie przesądzał oczywiście o tym, że weszła ona do prawa ziemskiego. Musiała istnieć motywacja gospodarcza, tj. potrzeba i przydatność wspomnianej instytucji także w stosunkach ziemskich. Uzasadnienia genezy wyderkafu w polskim prawie ziemskim szukać należy — moim zdaniem — w przydatności wyderkafu w obrocie kredytowym zarówno między samą szlachtą, jak i szlachty z innymi stanami oraz w gwarancjach bezpieczeństwa, jakie instytucja ta dawała z punktu widzenia średniowiecznej teorii lichwy.

Jest rzeczą powszechnie znaną, że w praktyce prawa ziemskiego przy istnieniu długu stosowano najczęściej zabezpieczenie w postaci zastawu tego rodzaju, że pobierane z zastawionej nieruchomości pożytki nie były zaliczane na poczet długu. Do takiego właśnie zastawu można zaliczyć zastaw z dzierżeniem w postaci tzw. zastawu użytkowego ścisłego, polegającego na tym, że dobra ziemskie przechodziły w ręce zastawnika, który pobierał pożytki bez zaliczenia ich na rachunek długu³⁷. Można też zaliczyć inny rodzaj zastawu, a mianowicie bez dzierżenia samej nieruchomości, polegający na zastawie tylko czynszów chłopskich pobieranych przez zastawnika aż do spłaty długu i nie zaliczanych na poczet kapitału. O tym ostatnim rodzaju pisałem w pracy o kupnie renty, gdzie nazwałem go zastawem rentowym i wskazywałem na znaczne jego zastosowanie wśród szlachty³⁸.

Wymienione rodzaje zastawu — pospolite w praktyce — miały ten mankament, że ciążyło na nich piętno *usurariae pravitatis*. Zapewne na co dzień nie przejmowano się tym specjalnie i nie zwracano większej uwagi, jak mogą świadczyć o tym dziesiątki wzmianek o zawieraniu takich transakcji, niemniej niebezpieczeństwo zawsze istniało w tym sensie, że można było podnieść zarzut lichwy, bo istniały ku temu prawne podstawy. Szereg normatywnych źródeł prawa kanonicznego bardzo wyraźnie stwierdzało, że zastaw, przy którym nie zaliczano pobieranych z nieruchomości dochodów na rachunek długu, jest lichwiarski. Wymienić tu można wcześniejsze postanowienia statutów Nankera z 1320 r.³⁹, czy też — z naszego punktu widzenia jeszcze ważniejsze, bo z XV w., a więc z okresu początków wyderkafu — postanowienia statutów Mikołaja Trąby z 1420 r. W punkcie 8 (*De pignoribus*) księgi trzeciej tych statutów uznaje się zastawy nieruchomości za lichwiarskie, przy których zastawnik pobiera pożytki z zastawionego dobra, ponadto — przy zwro-

³⁷ P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 290 - 292.

³⁸ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 245 - 246. Por. także ibidem, s. 212 - 217.

³⁹ Szczegółowe omówienie tych postanowień w Z. Pazdro, *Lichwa w świetle ustawodawstwa synodalnego polskiego w wiekach średnich*, (cyt. *Lichwa*), „Kwart. Hist.”, t. XV (1901), Lwów, s. 455.

cie długu — całą jego wysokość⁴⁰. Także około 1420 r. powstały postanowienia zawarte w statutach synodalnych diecezji poznańskiej o podobnej treści oraz uznające za lichwiarzy tych, którzy pobierają lichwę w postaci „płatu” (*census*) od kapitału⁴¹. Oficjalnie Kościół polski takie stanowisko długo podtrzymywał, w każdym razie jeszcze w XVII w. wydawano przepisy zakazujące pobierania pożytków przy zastawie, bez zaliczenia na poczet długu⁴². Nie inne było też stanowisko teologów i prawników polskich: M. Śmigleckiego, A. Lipskiego, T. Zawackiego i M. Zalaszwoskiego, którzy porównując zastaw użytkowy z wyderkafem bardzo silnie akcentowali charakter lichwiarski zastawu⁴³.

Przytoczone postanowienia normatywne świadczą, że istniała wystarczająca podstawa do uznania za lichwiarza kogoś, kto pobierał pożytki z zastawionej nieruchomości *ultra sortem*, tj. bez zaliczenia na rachunek długu⁴⁴. Istotnie, w praktyce zdarzały się — choć zapewne bardzo rzadko

⁴⁰ *Statuty synodalne wieluńsko-kaliskie Mikołaja Trąby z r. 1420*, z materiałów przysposobionych przez B. Ulanowskiego wydali J. Fijałek i A. Vetulani, Kraków 1915 — 1920 — 1951, s. 54: — *per plurimi faciunt, qui ratione mutui locupletari contendunt cum alterius detrimento, dum obligationes super certa quantitate pecunie in villis, pratis, silvis, piscinis, nemoribus, domibus vel aliis rebus recipiunt, de quibus, quamvis sortem aut capitalem pecuniam et quandoque plus ex mutuo datam levaverint seu perceperint in pecuniis vel fructibus, nichilominus priorem requirunt pecunie quantitatem: unde nos attendentes, quod ultra sortem recipere ex mutuo manifestam contineat usurariam pravitatem, omnes et singulos, tam spirituales quam seculares, cuiuscunque gradus, status, condicionis aut preeminencie existant, esse usurarios, qui tali proposito mutant pecunias, quod aliquid recipiant ultra sortem et maxime, si cum effectu recipiant, declaramus — —*. Por. Z. Pazdro, *Lichwa*, s. 468.

⁴¹ *Concilia Poloniae*, wyd. J. Sawicki, t. VII, Poznań 1952, s. 144: — *usurarios fore declaramus omnes tenentes in pignore seu obligatione civitates, castra, oppida, villas vel partem earum — — nisi fructus ex eis perceptos computaverint in sortem pecunie capitalis. Nec non omnes dantes seu commodantes decem marcas vel plus aut minus vel undecim marcas vel ultra aliquid amplius ex eis annuatim ratione usure sub vocabulo census vulgariter plath percipientes — —*. Por. Z. Pazdro, *Lichwa*, s. 477 - 478.

⁴² Np. przemyski statut synodalny z 1641 r. w punkcie 28, *De contractibus* (*Concilia Poloniae*, wyd. J. Sawicki, t. VIII, Wrocław 1955, s. 271 - 272) bardzo wyraźnie zakazywał pożyczki oprocentowanej (można było stosować tylko *mutuum gratuitum*), jak i zastawu użytkowego, przy którym owoce nie szły na zarachowanie *sortis principalis*.

⁴³ Por. niżej w przyp. 47 wypowiedzi na ten temat A. Lipskiego, T. Zawackiego i M. Zalaszwoskiego. Poglądy Śmigleckiego przedstawione w następnym rozdziale, zob. s. 30 nn.

⁴⁴ Inaczej J. Bardach, *Historia państwa*, t. I, wyd. 2, s. 303, który pisze, że wspomniane zastawy nie były zabronione przez prawo kanoniczne. Dodajmy tu nawiasem, że niektórzy badacze polscy (O. Balzer, Z. Pazdro) uważali, że zastaw użytkowy ścisły powstał w rezultacie zakazu pobierania odsetek. Píše o tym P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 291 - 292, który ten pogląd też częściowo podziela. Nie wchodząc w szczegóły, można tylko zauważyć, że taka hipoteza wydaje się fałszywa, choćby z następującego względu: dla obojścia zakazu lichwy

— oskarżenia i procesy o lichwę przed sądami kościelnymi w związku z wspomnianymi transakcjami⁴⁵. Bezpieczniej było więc nadać transakcjom kredytowym taką formę, jaka nie budziła zastrzeżeń z punktu widzenia prawa kanonicznego. Wiemy, że szlachta w stosunkach pomiędzy sobą nie używała kupna renty⁴⁶ będącego (z punktu widzenia prawa kanonicznego) transakcją dozwoloną. Pozostawały więc jej do dyspozycji — jako nie budzące zastrzeżeń — zastawy, przy których pożytki zaliczano na poczet długu lub też takie prawne formy kredytu, jakie usprawiedliwiały pobieranie przez wierzyciela pożytków (odsetek) z zastawionej nieruchomości. Do tych ostatnich należał właśnie wyderkaf, który stwarzał tę nowość, że nieruchomość nie była zastawiona, lecz sprzedana, oczywiście z możliwością odkupu po zwróceniu przez sprzedawcę ceny kupna (tj. faktycznie długu), jeżeli sprzedawca tę możliwość sobie zastrzegł. Wierzyciel, czyli kupujący nieruchomość, mógł pobierać pożytki z nieruchomości, gdyż czynił to jako jej właściciel. Taka konstrukcja prawna była więc w pełni bezpieczna dla wierzyciela⁴⁷ i umożliwiała mu pobieranie odsetek, choć nie pozbawiona była pewnych niedogodności (dla wierzyciela) wynikających z teorii lichwy, o czym w następnym rozdziale⁴⁸.

Przyjęciu i rozpowszechnieniu wyderkafu przez szlachtę sprzyjała znajomość i rozwój instytucji kupna renty. W pracy o niej pisałem, że nastąpiła swoista adaptacja i transmutacja pojęcia kupna renty dla potrzeb szlacheckich i do tego rodzaju, że szlachta w stosunkach pomiędzy

powstała instytucja, która sama była podejrzana z punktu widzenia teorii lichwy i rzeczywiście z tej strony doczekała się potępienia.

⁴⁵ Opis takiej sprawy na podstawie *Acta capitulorum nec non iudiciorum ecclesiasticorum*, wyd. B. Ulanowski, Monumenta Medii Aevi Hist., t. XVIII, cz. 1, Kraków 1908, nr 614 i 616 (włocławskie, r. 1499) dałem w pracy *Kupno renty*, s. 246¹⁴².

⁴⁶ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 244 i n.

⁴⁷ T. Zawacki, *Processus iudiciarii Regni Poloniae* (cyt. *Processus*), Kraków 1619, s. 25 pisał: *Propterea iste contractus, in vim reemptionis magis probatur, quod in eo nulla est suspitio usurae, in obligatione vero usura reperitur: si quid enim ultra laborem et impensas possessor recepit, hoc debet in defalcationem summae originalis iuxta canones computari*. A. Lipski, *Practicarum observationum ex iure civili et Saxonico collectarum, ad stylum usumque iudiciorum curiae regalis accommodatorum, centuriae II semis* (cyt. *Observationes*), obs. 31, s. 161, nazywa zastaw *contractum foenoris* i stwierdza, że: — — *aliam esse naturam contractus reemptionalis, alias na wyderkaw dicti, aliam vero obligationis, quam omnes theologi et canonistae improbant et contractum hunc omnino usurarium esse docent* — —. M. Żalasowski, *Ius Regni Poloniae* (cyt. *IRP*), t. II, Poznań 1702, ks. III, cz. 2, tyt. 16, s. 681, nazywając zastaw użytkowy lichwą, stwierdził, że dla uniknięcia go wynaleziono wyderek: — — *Proinde a theologis et canonistis alius contractus licitus, et carens omni suspitione usurae adinventus est: hoc est contractus venditionis bonorum stabilium cum pacto de retrovendendo, quem contractum non solum iure civili, sed etiam de iure canonico esse admissum* — —.

⁴⁸ Por. przyp. 65.

sobą zamiast kupować rentę „na widerkauf” zaczęła kupować nieruchomości na „widerkauf”⁴⁹. Jeżeli bowiem można było kupować część lub nawet całość dochodu z nieruchomości, tj. określoną rentę, którą można było wykupić, to dlaczego nie można by na podobnych warunkach kupować samej nieruchomości z całością dochodów? Przepisy odnoszące się do kupna renty, jak np. ze statutow Mikołaja Trąby z 1420 r. były tak sformułowane, że mogły służyć per analogiam instytucji sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis*⁵⁰. Stwierdzimy zresztą dalej, że obiema instytucjami rządziły podobne zasady.

Byłoby jednak przesadą, gdybyśmy tylko w zagadnieniach lichwy szukali czynnika decydującego o powstaniu i przyjęciu się wyderkafu w prawie ziemskim. Gdyby wyderek nie odpowiadał naszej szlachcie z punktu widzenia gospodarczego, nie zagnieździłby się w prawie ziemskim na dobre, jak to się stało. Szlachcie ze względów gospodarczych i prawnych odpowiadał typ zabezpieczenia długu dający silne gwarancje, o czym świadczy fakt, że wśród zastawów przeważały połączone z dzierżeniem zastawionej rzeczy⁵¹. Pod tym względem wyderkaf spełniał te wymogi, a górował nad zastawem tym, że z punktu widzenia teorii lichwy nie budził zastrzeżeń (było to ważne dla wierzyciela), ponadto (o czym niżej w rozdz. IV, p. 6) był szczególnie dogodny i korzystny dla dłużnika.

III

1. Spośród przedstawicieli doktryny, tj. teologów i prawników, najpełniejszą ocenę wyderkafu i najdokładniejszy jego obraz z punktu widzenia teorii lichwy dał jezuita Marcin Śmiglecki w swej pracy *O lichwie i o wyderkach, czynszach, spólnych zarobkach, najmach, aren-*

⁴⁹ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 235.

⁵⁰ Ibidem s. 268. Odpowiedni ustęp ze statutow odnoszący się do kupna renty (pkt. 7 — *De empcione et vendicione*, s. 53 w cyt. wydaniu statutow przez J. Fijałkę i A. Vetulaniego), mówi najpierw ogólnikowo o „kontrakcie odkupnym” (— — *reempcio non sit legi divine vel humane contraria* — —; dalej: — — *declaramus, quod reempcionis contractus censeri debeat licitus, dum et quando sicut in empcione, ita et in reempcione empte rei precium adequatur* — —), a dopiero potem, ze szczegółów, można zorientować się, że przepis dotyczył kupna renty. Ta wspomniana ogólnikowość ujęcia przepisu sugeruje, że mógł on służyć także sprzedaży samej nieruchomości *in vim reemptionis*. Śmiglecki bulle papieskie dotyczące kupna renty (por. przyp. 98) potraktował wyraźnie jako odnoszące się także do wyderkafów.

⁵¹ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 248. Podobnie wcześniej Z. Rymaszewski, *Zastaw w świetle praktyki sądów małopolskich w XV wieku (cyt. Zastaw)*. Zeszyty Naukowe UŁ, Seria I, Nauki Humanistyczno-Społeczne, z. 26, Prawo, Łódź 1962, s. 133.

*dach i o samokupstwie, krótka nauka*⁵². Wybitniejsi od niego pisarze i znakomici siedemnastowieczni prawnicy, a mianowicie Andrzej Lipski, Teodor Zawacki i Mikołaj Zalasowski także zajmowali się wyderkiem, choć w znacznie skromniejszych rozmiarach, a ich wywody na ten temat nie mają cech pełnego traktatu. Tezy Śmigleckiego ze względu na ich kompletność zasługują więc na szczególną uwagę: były one — jak można wnosić z licznych wydań wspomnianego dzieła — najbardziej popularne od końca XVI w. i mogły dzięki temu wpływać na praktykę⁵³. Przedstawiamy je zatem szczegółowo, uzupełniając uwagami znajdującymi się w pracach wspomnianych polskich prawników. Jest oczywiste, że przedstawione poglądy polskich pisarzy nie były dziełem oryginalnym, że w większości zostały oparte na wywodach różnych zachodnioeuropejskich teologów oraz prawników (legistów i kanonistów) i że dzięki temu dają równocześnie obraz powszechnie obowiązujących opinii na temat sprzedaży nieruchomości *in vim reemptionis*.

Śmiglecki poświęca naszej instytucji aż cztery rozdziały⁵⁴. Nazywa ją konsekwentnie wyderkiem (ewentualnie kontraktem wyderkowym, sposobem wyderkowym), podczas gdy dla kupna renty (jak wiadomo, też wyderka) używa nazwy: kupno czynszu. Obie instytucje są więc u Śmigleckiego wyraźnie oddzielone zarówno w sensie terminologicznym, jak i instytucjonalnym⁵⁵. Rozpoczynając swój wywód o wyderku stwierdza, że *dwojakim sposobem może kto dać pieniądze na majątność*, a mianowicie *kupnym* (wyderek) i *pożyczonym* (zastaw). Ten drugi sposób Śmiglecki potępia, podobnie jak czynią to Lipski, Zawacki i Zalasowski⁵⁶. Podkreśla, że przy pierwszym sposobie nabywa się własność rzeczy, co uprawnia (inaczej niż przy zastawie) do pobierania z niej pożytków⁵⁷. Dla Śmigleckiego sprawa jest więc prosta: kupno i nabycie własności usprawiedliwiają całą instytucję i czynią ją słuszną. Piszę dalej dosłownie: *Mówiąc tedy o prawie wyderkowym to jest pewna,*

⁵² Tytuł według wydania krakowskiego z 1621 r. Treść wywodów Śmigleckiego (i cytaty) przedstawiono na podstawie właśnie tego wydania. O innych wydaniach zob. B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 263. Ibidem, s. 264³⁵, podana literatura dotycząca dzieła Śmigleckiego.

⁵³ Ostatnie (jedenaste) wydanie ukazało się w Wilnie w 1753 r. z przedmową (w formie listu pasterskiego) biskupa smoleńskiego. Wydanie to jest powtórzeniem wydania krakowskiego z 1640, nazywanego siódmym, w istocie będącego jednak dziewiątym wydaniem.

⁵⁴ Rozdz. IX: *Jeśli dać pieniądze na majątność sposobem kupnym na wyderek jest lichwa*. Rozdz. X: *Ze źle pożyczać pieniędzy na majątność, a jako poznać kontrakt wyderkowy*. Rozdz. XI: *Jako sprawiedliwie kontrakt wyderkowy ma być czyniony*. Rozdz. XII: *Jeśli się godzi dać pieniądze na kamienicę i dotąd jej używać aż oddadzą pieniądze*.

⁵⁵ Kupno renty (czynszu) poświęcił M. Śmiglecki rozdz. XIII, XIV i XV. Treść ich przedstawiłem w głównych wątkach w pracy *Kupno renty*, s. 263 - 266.

⁵⁶ Zob. przyp. 47.

⁵⁷ Rozdz. IX, s. 31.

iz kupić jaką majątność rzecz jest przez się słuszna, chyba żeby pieniądze nie równały się majątności, abo kondycje jakie niestuszne do targu przystąpiły⁵⁸. Uzasadniając słuszność wyderku innymi argumentami (prawem bożym i prawem ludzkim) Śmiglecki jeszcze raz wraca do podstawowego argumentu, tj. że wyderek jest słuszny *sam przez się*, bo jest kupny, a zatem dobry⁵⁹. W innym miejscu zwraca uwagę na intencję stron, tzn. muszą one mieć intencję (zamiar) kupna-sprzedaży, bowiem to pozwoli odróżnić wyderek od pożyczki⁶⁰. Ten nacisk na intencję kupowania rzeczy (a nie udzielania pożyczki) odnajdujemy także w uwagach Zawackiego, Lipskiego i Zalasowskiego⁶¹.

Omawia też Śmiglecki skutki wynikające z zawarcia kontraktu wyderkowego. Wylicza następujące: 1) majątność staje się własnością tego, co ją wziął i dał na nią pieniądze; 2) dający pieniądze pobiera wszystkie pożytki z majątności, bo ta stała się jego własnością; 3) dający pieniądze nie może dopominać się ich zwrotu (bo kupił majątność); 4) szkoda idzie za panem, za własnością — ponosi ją ten, który dał pieniądze, tj. kupujący⁶².

Pożyczanym obyczajem dać pieniądze na majątność, rzecz jest niestuszna — pisze Śmiglecki⁶³. Teza ta odnosi się do pożyczki zabezpieczonej zastawem użytkowym: *A ten pożytek idzie z majątności dla pożyczania; a co gorszego, częstokroć pożytek tak wielki bywa, że za lat pięć abo sześć równa się sumie* — —⁶⁴. Jednak — zdaniem Śmigleckiego — nie każde pożyczanie na majątność jest złe. Ma tu na myśli oczywiście wyderek, który — jak stwierdza — ludzie myślą z zastawem. Należy przeto znaleźć różnice między tymi instytucjami. Według Śmigleckiego dwie cechy wyderku różnią go od zastawu: 1) dający pieniądze nie może upominać się o ich zwrot (czyli nie może żądać odkupu nieruchomości przez tego, który wziął pieniądze, tj. cenę kupna); 2) szkody powstałe w majątności ponosi dający pieniądze (kupujący)⁶⁵. Śmiglecki był zatem —

⁵⁸ Ibidem, s. 31 - 32.

⁵⁹ Ibidem, s. 33. Myśl ta powtórzona w Rozdz. XI, s. 42: *Kontrakt wyderkowy jest kontrakt przez się słuszny, bo jest kontrakt kupny*,

⁶⁰ Rozdz. XII, s. 53.

⁶¹ Najdobitniej zaznaczone to w dziele T. Zawackiego, *Processus*, s. 26: *In hac venditione debet esse recta intentio venditoris, utpote, quod ex animo vendat; similiter emptoris, ut vere emat, non autem bona praedicta more solito in oppignoratione accipiat*. Podobnie A. Lipski, *Observationes*, obs. 31, s. 160 oraz M. Zalasowski, *IRP*, t. II, ks. III, cz. 2, tyt. 8, s. 533 oraz tyt. 16, s. 682, powołujący się na Zawackiego i na nieokreślone bliżej kanoniczne statuty prowincjonalne.

⁶² Rozdz. X, s. 33 - 34.

⁶³ Rozdz. X, s. 37.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Rozdz. X, s. 38 - 41; por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*, s. 401. Wymienione przez Śmigleckiego cechy wyderka stanowiły oczywiście pewną niedogodność, którą musiał cierpieć wierzyciel i której nie było przy pożyczce *sensu stricto*.

przynajmniej w tym miejscu — zwolennikiem wyraźnego rozróżnienia wyderku od zastawu, tj. instytucji dozwolonej od niedozwolonej z punktu widzenia teorii lichwy. Dwie wymienione przed chwilą cechy były uznawane za nieodzowne przy wyderku również przez Lipskiego, Zawackiego i Zalaszwoskiego⁶⁶.

W świetle przytoczonych dotąd wywodów, Śmiglecki rysuje się nam zdecydowanie jako rzecznik formy: ona stanowi dla niego właściwe kryterium rozróżnienia czynności dozwolonej od lichwiarskiej. Kupno było właśnie tą formą, która nadawała naszej instytucji znamiona słuszności (*iustus titulus*) i uzasadniała odmiennosć wyderku od zastawu. Warto zauważyć, że cała ta teoria była niemal identyczna z tą, jaka znalazła zastosowanie przy kupnie renty: i tam pobieranie odsetek (renty) uzasadniano formą kupna, i tam odmiennosć kupna renty od pożyczki starano się usprawiedliwić tym, że wykup renty mógł nastąpić tylko na żądanie sprzedawcy renty, jak i tym, że rentier ponosił ryzyko na przypadek zniszczenia obiektu obciążonego rentą⁶⁷.

Po tych czysto teoretycznych rozważaniach Śmiglecki przeszedł w swej pracy do zagadnień bardziej praktycznych. W rozdziale XI zastanawia się, jak najlepiej zawrzeć kontrakt wyderkowy, jakie warunki powinny czy też mogą mu towarzyszyć. Wymienia więc szereg *kondycji*, zajmując wobec nich z reguły własne stanowisko. Oto warunki, jakie wylicza Śmiglecki:

1) *Aby pieniądze były wedle majątności*, tzn. aby cena kupna była odpowiednia do wartości nieruchomości i dochodów z niej uzyskiwanych. Podkreśla Śmiglecki, że nie oznacza to, iż trzeba dawać tyle, co przy pełnym kupnie. Zaleca uiszczać 2/3 tej sumy, jaką zapłaciłoby się przy normalnym kupnie, radzi równocześnie posługiwać się w tym wypadku miejscowymi zwyczajami. Można jednak dać stosunkowo małą sumę za kupioną nieruchomosć, gdyż ułatwia to przyszły odkup⁶⁸. Wymóg słusznej ceny był bardzo silnie podkreślany przez innych prawników, przy czym Lipski, Zawacki i Zalaszwoski zgodnie podkreślali, że cena nie powinna być niższa niż połowa rzeczywistej wartości sprzedawanej nieruchomości⁶⁹.

⁶⁶ A. Lipski, *Observationes*, nr 31 (w tytule: — — *ut rem emptam venditori — — restituat, quandocunque ei libuerit*); o szkodzie jednak Lipski nie wspomina. T. Zawacki, *Processus*, s. 26; M. Zalaszwoski, *IRP*, t. II, ks. III, cz. 2, tyt. 8 (s. 533) i tyt. 16 (s. 682).

⁶⁷ Problemy te przedstawiłem w pracy *Kupno renty*, s. 64 - 82 i 257 - 272.

⁶⁸ Rozdz. XI, s. 41 - 45. Por. J. W. Bandtkie - Stężyński, *Prawo prywatne*, s. 404.

⁶⁹ A. Lipski, *Observationes*, nr 31, s. 159: — — *ut sit iustum pretium, nam ex modicitate — — pretii praesumitur qualitas contractus usurarii — — . Modicitatem vero pretii eam esse intelligunt, quae est infra dimidiam veri valoris — — .* Podobnie T. Zawacki, *Processus*, s. 26 i M. Zalaszwoski, *IRP*, t. II, ks. III, cz. 2, tyt. 8, s. 533 i tyt. 16, s. 681.

2) *Aby nie na każdy czas wolno było wykupić*, tzn. że istnieje termin odkupu od roku do roku, od trzech do trzech lat, od pięciu do pięciu, czy nawet od siedmiu do siedmiu i tylko na końcu takiego okresu można dokonać odkupu. Śmiglecki uznaje ten warunek za słuszny, zauważa jednak, że *sprawiedliwość wyciąga tym więcej pieniędzmi podwyższyć, im dłuższy czas do odkupienia zamierzony jest* ⁷⁰. Kwestii termiów odkupu poświęcił też nieco uwagi Zawacki. Był on zwolennikiem okresu trzechletniego (rozumianego prawdopodobnie tak samo, jak w dziele Śmigleckiego), stwierdzał niemniej, że najlepiej w ogóle nie wyznaczać terminu ⁷¹. Lipski stwierdzał natomiast krótko, że jeśli zapłacono słuszną cenę, można umowę zawrzeć na czas nieograniczony, można też określić termin odkupu ⁷².

3) *Aby majątność odkupna nie była, jeśli jej na pewny czas nie wykupiono*. Śmiglecki radzi tego warunku nie stosować, bo jest niebezpieczny, tj. lichwiarski, chyba że cena kupna była wysoka i dłużnik darmo swej nieruchomości nie tracił (*potrzeba mu dobrze nagrodzić* ⁷³). Podobnie przedstawił kwestię Lipski: wyderk „na upad” jest transakcją lichwiarską, jeśli zapłacono za rzecz niską cenę ⁷⁴.

4) *Aby ten, co sprzedaje majątność zastępował onego, co pieniądze daje, we wszystkich powinnościach, które są na onej majątności: jako jest wyprawić na wojnę, abo tym podobne*. Śmiglecki uważa ten warunek za słuszny tylko wówczas, gdy sprzedawca otrzymuje za to jakąś nagrodę, albowiem *wedle sprawiedliwości, kto kupuje majątność powinien wszelkie ciężary, które są w majątności, ponosić, ponieważ jest własna jego* ⁷⁵.

5) *Aby ten, co bierze sumę, sam onę majątność trzymał, a od niej na każdy rok płacił jako arendarz*. Śmiglecki potępia ten warunek, widząc w nim pokrywanie lichwy — sprzedaż powinna być prawdziwa. Dopuszcza jednak możliwość stosowania takiej praktyki pod pewnymi wa-

⁷⁰ Rozdz. XI, s. 45. Por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*, s. 401 - 402. O stosowaniu w praktyce tego warunku por. niżej s. 50 (wariant B).

⁷¹ T. Zawacki, *Processus*, s. 26: *Tempus utrique parti licebit statuere, ut ipsi voluerint longius vel brevius. Iustum autem tempus est per triennium possidere; pro minori autem tempore minore summam venditor accipiet. Melius autem est tempus non determinare.*

⁷² Por. cytaty w przyp. 74.

⁷³ Rozdz. XI, s. 46. Por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*, s. 402.

⁷⁴ A. Lipski, *Observationes*, nr 31, s. 159 - 160: — *quando sit pactum de retrovendendo, certo termino elapso pro modico pretio* — *Nam alias quando sit pactum de retrovendendo iusto pretio, non est differentia, an fiat usque ad certum tempus completum, vel in perpetuum. Utrouque enim casu est licitum tale pactum* — —. W innym miejscu, obs. 32, s. 162, Lipski zwalczał zastaw na upad (czyli, jak nazywa, *lex comissoria* zastosowaną przy zastawie) i zauważył, że jest on coraz to rzadszy, dzięki potępieniu przez Trybunał Koronny.

⁷⁵ Rozdz. XI, s. 46. Por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*.

runkami (m.in. jeśli nagroda dla dłużnika ⁷⁶). Stanowisko Śmigleckiego odbiegło od poglądów Lipskiego, który był zdania, że nabytą nieruchomość można wydzierżawić sprzedawcy ⁷⁷.

6) *Aby ten, co sprzedaje majątność, był powinien ją odkupić za wolą tego, który ją wyderkowym obyczajem kupuje*. Jest to warunek, który najbardziej porusza naszego autora i jemu też poświęca najwięcej miejsca. Śmiglecki potępia ten warunek, ale z drugiej strony pozostawia — jak zwykle — furtkę — otwartą dla jego stosowania, jeśli *majątność była prawdziwie kupiona* (tj. nie zastawiona i kupujący przyjął na siebie ryzyko zniszczenia i szkód w rzeczy) na wyderka i jeśli za obowiązek wykupu *śluszną nagrodą się stała*, oczywiście przypadająca dłużnikowi ⁷⁸. Taka „oportunistyczna” postawa pisarza ujawnia się także w sprawie tzw. *wyderków wielkopolskich*, pod czym Śmiglecki rozumiał kontrakty wyderkowe, przy których obie strony mogły wypowiedzieć dług, a po wypowiedzeniu (awizacji) należało w ciągu 12 tygodni odkupić majątność. Píše: *Mówię tedy, iż takie wyderki od niewoli cierpieć musim, kiedy lepszej rady nie słuchają*. Wszakże, żeby i ci, co tak czynią, poratowani (wiadomo: od grzechu — przyp. B. L.) być mogli, tak ten obyczaj justyfikować możem ⁷⁹. Justyfikować można go mianowicie w ten sposób, że dłużnik wykupujący nieruchomość na żądanie wierzyciela powinien otrzymać — jak to przy innych warunkach Śmiglecki już uzasadniał — dobrą nagrodę ⁸⁰.

Wymóg, że odkup następuje tylko na żądanie sprzedawcy, podkreślany był przez wszystkich prawników, tj. Lipskiego, Zawackiego i Zalaszwoskiego ⁸¹. Na uwagę wszakże zasługuje fakt, że Zawacki i Zalaszwoski — czego nie czynił Śmiglecki — ujmują prawną konstrukcję odkupu w ten sposób: zwrot nieruchomości następuje nie dlatego, że pozbywca zwraca cenę kupna (tj. dług), lecz dlatego, że nabywca zobowiązał się do odprzedaży ⁸². W ten sposób akcentuje się, że nastąpił nowy akt sprzedaży (tj. odprzedaży dawnemu właścicielowi), co było bardziej zgodne

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ A. Lipski, *Observationes*, nr 31, s. 159: *Licet enim ex pacto huiusmodi rem emptam locare non solum cuilibet alii, sed etiam ipsi venditori*.

⁷⁸ Rozdz. XI, s. 47. Por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*, s. 402 - 403.

⁷⁹ Rozdz. XI, s. 49.

⁸⁰ Ibidem, s. 49 - 50. Por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*.

⁸¹ A. Lipski się nad tym specjalnie nie rozwodził, ale zawarł tę myśl w tytule swej obserwacji nr 31 (s. 156). Szerzej na ten temat wypowiadali się T. Zawacki, *Processus*, s. 26 i M. Zalaszwoski, *IRP*, t. II, ks. III, cz. 2, tyt. 16, s. 682.

⁸² T. Zawacki, *Processus*: *Emptor non potest repetere pecuniam, quam pro bonis numeravit, nec venditor potest dicere emptori: tuae summae pecuniam accipe, et meam mihi restituas villam. Sed debet dicere: villam, domum etc., quam vendideram tibi, obligatus es mihi eandem ratione contractus retrovendere*. Podobnie M. Zalaszwoski, l.c.

z kanoniczną teorią dotyczącą lichwy, bardziej bowiem podkreślało moment kupna-sprzedaży niż pożyczki.

7) *Aby większa suma była przypisana nad tę, za którą stargowana jest majątność*, innymi słowy, aby dłużnik (tj. odkupujący dobra) dawał większą sumę od tej, jaką wziął. Śmiglecki potępia ten sposób nazywając go *złym i nieprzystojnym obyczajem*⁸³. Takie samo stanowisko zajmowali Lipski i Zalasowski⁸⁴.

Kończąc swe rozważania na temat warunków stosowanych przy wyderkafie Śmiglecki stwierdza, że mogą istnieć jeszcze inne „kondycje”, bo — jak mówi: *rozum i wynalazki ludzkie miary nie mają*. Zaznacza jednak, że słuszność tych innych, nie wymienionych warunków, należy oceniać według reguły: *aby nie był ciężar bez słusznej nagrody*⁸⁵.

Przedstawiliśmy w skrócie najważniejsze — choć jeszcze nie wszystkie — wywody Śmigleckiego (jak również Lipskiego, Zawackiego i Zalasowskiego) na temat wyderku⁸⁶. Mimo pewnych „odchyłeń” czy niekonsekwencji przedstawia się nam Śmiglecki (podobnie jak inni) — jak to już wspomniano — jako rzecznik kryterium formy przy ocenie słuszności kontraktu wyderkowego, gdyż słuszność tę uzasadnia głównie w ten sposób, że wyderek wtłacza w formę kupna, usprawiedliwiającą wszelkie praktyki pachnące lichwą.

Nieoczekiwanej zmiany w swym stanowisku dokonuje jednak w końcowej części rozdziału XI, gdy omawia postanowienia — jak mówi — statutu koronnego (ma tu chyba na myśli przepisy *Formula processus* z 1523 r.), odnoszące się do wyderkafu. Stwierdza mianowicie, że można stosować kontrakt wyderkowy zarówno sposobem kupnym, jak i zastawnym, że obie formy są dobre, byle tylko uczciwie je stosować i przestrzegać warunków kontraktu⁸⁷. Tym stwierdzeniem przekreśla właściwie wszystkie poprzednie swe wywody⁸⁸: nie potrzeba już odróżnienia kupna nieruchomości od zastawu nieruchomości. Forma — jako kryterium tak silnie podkreślane przez Śmigleckiego — rozplywa się niepostrzeżenie, a w jej miejsce pojawia się nowa miara słuszności wyderku w postaci intencji (zamyśl i postępowanie). W tej swej ostatniej wypowiedzi Śmi-

⁸³ Rozdz. XI, s. 51. Por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*, s. 403.

⁸⁴ A. Lipski, *Observationes*, nr 31, s. 159; M. Zalasowski, *IRP*, t. II, ks. III, cz. 2, tyt. 8, s. 534.

⁸⁵ Rozdz. XI, s. 52. Por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*.

⁸⁶ Pomijam tu wywody Śmigleckiego w rozdz. XII o wyderkafach kamienic w miastach. Nie wnoszą one nic nowego w porównaniu z poprzednimi.

⁸⁷ Rozdz. XI, s. 52: *Oboje forma jest dobra, gdyż to wszystko jedno: vendere in vim reemptionis et obligare bona cum omni iure, dominio et proprietate i może obojej formy bezpieczniejsze używać, byle jedno szczerze i tym umysłem, jak forma zapisu opiewa, postępowało się.*

⁸⁸ J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*, s. 404, zauważył w związku z tym, że Śmiglecki „jest w sprzeczności z sobą samym”.

glecki daleko odbiegł zarówno od swych poprzednich opinii, jak również od stanowiska wiele razy już wymienionych trzech prawników polskich, którzy konsekwentnie zajmowali pozycję ortodoksyjną⁸⁹. Początkowo Śmiglecki też zajmował tę pozycję i dopiero w wydaniu z 1607 r. od niej odstąpił, wprowadzając nową, przytoczoną wyżej tezę⁹⁰. Taka zmiana stanowiska nie mogła się odbyć bez powodu. Wytlumaczyć ją można chyba tym, że nowa teza o dopuszczalności stosowania zastawu ubranego w szatę wyderku była bardziej zgodna z istniejącą już w Polsce praktyką (zob. niżej rozdz. IV), nie bardzo liczącą się z ortodoksyjną teorią lichwy i „rozmiękczającą” tę teorię. Można powiedzieć, że Śmiglecki zmodyfikował swe poglądy zapewne pod presją tej praktyki i nowych prądów.

2. O tym, że wymóg formy nie był przestrzegany, wnosimy nie tylko z końcowej, wspomnianej wypowiedzi Śmigleckiego, lecz także z wcześniejszego wywodu kanonistycznego na temat zastawu i wyderkafu, umieszczonego w pracy nieznanego autora powstałej około 1544 r., zawierającej zasady i wyroki prawa polskiego, a nazwanej przez wydawcę (M. Bobrzyńskiego) *Zbiorem zasad prawnych*⁹¹.

W Zbiorze znajdujemy krótki traktat o lichwie, w którym jest definicja lichwy, jak i stwierdzenie, że istnieją dwa rodzaje własności (*dominium*): własność gruntu (*dominium fundi*) oraz własność użytkowania gruntu (*dominium usufructus fundi*). To drugie *dominium* można sprzedać i odkupić. Kupujący własność użytkową nie jest lichwiarzem, bo jego własność opiera się — jak dowodzi autor traktatu — na słusznym tytule (*quoniam est possessor iusti dominii et iusti tituli, titulus enim emptionis et venditionis*), jak również dlatego, że ponosi ryzyko z tytułu szkody wyrządzonej w majątności⁹². Oczywiście cały ten wywód, bardzo zresztą typowy (pewne elementy, jak np. kupno stanowi słuszny tytuł, kwestia ryzyka — odnajdujemy w pracach wszystkich pisarzy zajmujących się wyderkiem) służyć miał usprawiedliwieniu pobierania odsetek z zastawionej, czy też sprzedanej na wyderek nieruchomości.

Najciekawsza jest jednak w traktacie *quaestio*, dotycząca rzeczy bardziej praktycznych, a mianowicie, jak odnosić się do kontraktów zawartych *modo obligatorio*? Wywód odnoszący się do tej kwestii sprawia wrażenie wyjaśnienia (pouczenia) dokonanego przez jakiegoś prawnika-kanonistę, zapewne ze sfer duchownych. Stwierdza się najpierw, że padają

⁸⁹ Por. niżej s. 42, gdzie mowa o krytyce (przeprowadzonej przez Lipskiego, Zawackiego i Zalasowskiego) i potępieniu tych, którzy zastaw ubierali w szatę wyderkafu.

⁹⁰ Wydanie krakowskie z 1607 r. Omawiana opinia Śmigleckiego w tym wydaniu tylko nieznacznie różni się od cytowanej w przyp. 87 (z wyd. krakowskiego w 1621 r.).

⁹¹ *Puncta in iudiciis terrestribus et castrensibus observanda anno 1544. conscripta*, wyd. M. Bobrzyński, SPPP VII, Kraków 1882, s. 195 - 252 (cyt.: *Puncta*).

⁹² Ibidem, pkt 113 - 117, s. 234 - 235.

pytania (*quaeritur*), czy treść stosowanej powszechnie w królestwie polskim formuły o zastawie dóbr nieruchomości (— — *possidenda modo obligatorio* — —) nie jest zapisem lichwiarskim⁹³? Odpowiedź-wyjaśnienie jest przychylna dla zastawu, ale dlatego, że można uznać go za wyderek. Na pierwszy rzut oka (*primo respectu*) — wspomina się w traktacie — wydaje się, że zapis jest lichwiarski, bo słowa *modo obligatorio* nie czynią zadość wymogowi tytułu kupna-sprzedaży⁹⁴. Po ponownym przyjrzeniu się (*secundo respectu*) można jednak przyjąć, że zastawić dobra za jakąś sumę jest identyczne ze sprzedażą *in vim reemptionis* własności użytkowej gruntu. Jeżeli zatem trzymać nieruchomość *modo obligatorio* jest tym samym, co kupić nieruchomość na wyderek, mimo że słowami i tytułem te czynności różnią się, to transakcja (zastaw) jest słuszna z punktu widzenia prawa bożego, tym bardziej że zwyczaj ojczysty (tj. stosowany w Polsce) używania klauzuli *modo obligatorio* jest powszechnie uznawany za to samo, co używanie klauzuli sprzedaży „*in vim reemptionis*”; długoletni zaś zwyczaj należy uznawać za prawo. Ostatecznie konkluduje autor traktatu, że transakcje „*modo obligatorio*” — dokonane dawniej lub na nowo podejmowane — są słuszne i nie powinny wywoływać niepokoju w sumieniu⁹⁵.

Cały ten wywód na pewno nie należał do błyskotliwych z punktu widzenia motywacji prawniczej: stwierdzono po prostu identyczność zastawu użytkowego z wyderkiem, podpierając całą tezę argumentem prawa bożego, dość mglistym argumentem rzetelnego postępowania (*opera eorum sequuntur eos*) i silnie podkreślanym argumentem odwołującym

⁹³ Ibidem, pkt 118, s. 235: *Quaeritur, utrum verba in privilegio seu litteris communiter in regno Poloniae habitis ita videlicet — — (tu podano treść formularza odnoszącego się do zastawu użytkowego — przyp. B. L.) — — cum haec vero et similia his important et faciunt notam usurae?*

⁹⁴ Ibidem, pkt 119, s. 235.

⁹⁵ Ibidem, pkt 119, s. 235 - 236: — — *Secundo respectu videtur et plane competitur, quod modo obligatorio obligare in certa summa aliqua bona sine tempore et restituta pecunia, in qua bona sunt obligata, ad usum redire bonorum, re ipsa idem importat venditio in vim reemptionis dominii usufructus fundi. Si ergo re unum sunt modo obligatorio in certa summa bona tenere et in vim reemptionis dominium usufructus fundi habere emptum, licet verbis differunt et titulo, res tamen cum ipsa sit iusta in se iustitia divina, licet in verbis differat, non damnabitur, dicit enim lex divina: «opera eorum sequuntur eos», praesertim cum stilus patriae seu cancellaria tam iurium quam curarum in regno Poloniae communiter, quod ista verba ‚modo obligatorio‘ solent observare pro illis verbis: «in vim reemptionis». Modus enim patriarum longa consuetudine observatus pro iusta lege censetur — —.*

Podsumowanie wszystkiego w pkt. 121, s. 236: — — *si ergo res ipsa et opus est licitum, iustum et honestum, stylus cancellariae et diversitas observantiarum in scribendo non derogant iustitiae, ergo verba: «modo obligatorio» tanquam consuetudine primo in usum et stylum a Polonis inducta et pro consuetudine observata et pro verbis: «in vim reemptionis» in litteris antiquis posita seu in novis ponenda nihil scrupuli in conscientia faciunt, cum res ipsa in semet licita antiquitus admissa est — —.*

się do miejscowych zwyczajów. Dla naszych rozważań najważniejsze jest jednak stwierdzenie, że już w XVI w. odrzucano formę jako konieczną miarę słuszności dokonanej transakcji i że przez to zacierano w dużej mierze różnicę między zastawem użytkowym a wyderkiem.

3. Poprzedni przegląd opinii na temat słuszności zastawu użytkowego i wyderkafu daje podstawy do wysnucia wniosku, że zarysowała się w badanym okresie pewna dowolność w dziedzinie interpretacji nauk teologicznych i kanonicznych odnoszących się do naszej kwestii. Sprzyjał temu chyba fakt, że oficjalne stanowisko Kościoła było w tej sprawie wstrzemięźliwe. Potępiał on zastaw użytkowy (statuty Trąby z 1420 r.), chociaż po wydaniu statutów Trąby nie zajmowano się specjalnie w ciągu XV i XVI w. ani tym zastawem, ani też wyderkafem. Wyderek stał się więc instytucją, która — w przeciwieństwie do kupna renty — nie znalazła przez długi czas wyraźnego odbicia w aktach normatywnych Kościoła. Możemy tylko zakładać, że pewne przepisy partykularnego prawa kanonicznego odnoszące się do kupna renty (w statutach Trąby⁹⁶) per analogiam odnoszono do wyderkafu. Tak samo działało się zapewne z normami powszechnego prawa kanonicznego. Np. Śmiglecki bulle papieskie dotyczące kupna renty (*Regimini* — Marcina V z 1425 r. i Kaliksta III z 1455 r. oraz *Cum onus* — Piusa V z 1569 r.)⁹⁷ potraktował wyraźnie jako odnoszące się także do wyderkafu⁹⁸.

Przepisów kanonicznych odnoszących się bezpośrednio do wyderkafu niemal brakowało. Można do nich zakwalifikować jedynie postanowienia synodalnego statutu przemyskiego z 1641 r., z tym zastrzeżeniem, że odnoszą się one także do kupna renty⁹⁹. Z postanowień tam zawartych, które można było wyraźnie zastosować do wyderku, odnotujmy trzy najważniejsze zasady: 1) rzecz winna być kupowana za słuszną cenę, 2) ryzyko zniszczenia czy uszkodzenia rzeczy (bez winy kupującego) ponosił kupujący, 3) wykup był możliwy tylko za wolą sprzedawcy¹⁰⁰.

4. Śledząc materiały źródłowe dotyczące problemu „wyderkaf a lichwa” dostrzegamy więc 2 nurty: jeden bardziej ortodoksyjny (statut z 1641 r., Śmiglecki — ale w pierwszych, przed 1607 r. wydaniach swego dzieła, Lipski, Zawacki, Zalasowski) oraz drugi, nie trzymający się kurczowo ortodoksyjnych opinii teologicznych i prawniczych, idący w kie-

⁹⁶ Por. przyp. 50.

⁹⁷ Na ich temat zob. w mojej pracy *Kupno renty*, s. 74 - 80.

⁹⁸ M. Śmiglecki, O lichwie, rozdz. XI, s. 33: — — *Abowiem in Extravagantibus Martini V, Calixti III, Pii V w kupowaniu czynszow ten kontrakt* (sc. wyderek — przyp. B. L.) *jest uchwalony i postanowiony* — — .

⁹⁹ *Concilia Poloniae*, wyd. J. Sawicki, t. VIII, s. 271 - 272, we wstępie punktu 28 (*De contractibus*): — — *In contractu porro emptionis rei* (a więc wyderek — przyp. B. L.) *vel census* (a więc kupno renty — przyp. B. L.) *cum pacto retrovendendi* — — *infrascripta requisita intervenire debere* — — .

¹⁰⁰ Ibidem, ustęp 2, 3 i 4 wspomnianego 28 pkt.

runku zrównania zastawu użytkowego ścisłego z wyderkiem i zacierający różnicę między tymi dwiema instytucjami (anonimowy autor opinii z XVI w., Śmiglecki po 1607 r.).

W świetle ortodoksyjnej doktryny oraz prawa kanonicznego wyderek musiał odpowiadać następującym podstawowym wymogom.

1) Rzecz powinna być kupiona za słuszną cenę — ten wymóg podkreślany był zgodnie przez Śmigleckiego, Lipskiego, Zawackiego, Zalasowskiego i statut z 1641 r.

2) Odkup był możliwy tylko za zgodą sprzedawcy — podobnie jak przy p. 1 podkreślano ten wymóg generalnie.

3) Ryzyko zniszczenia rzeczy ponosił kupujący — podobnie jak przy p. 1 (nie poruszał jednak tej kwestii Lipski).

4) Strony powinny mieć szczerą intencję kupna-sprzedaży, a nie pożyczania pieniędzy — tak Śmiglecki (od wydania z 1607 r. nie bardzo konsekwentnie, skoro równocześnie zgadzał się na zastaw użytkowy *in vim reemptionis*), Lipski, Zawacki, Zalasowski.

5) Na kupującym nie mogło ciążyć podejrzenie, że jest lichwiarzem — ten wymóg wymienia tylko Lipski¹⁰¹, a za nim Zalasowski¹⁰².

Odmienność drugiego, bardziej liberalnego w problemach lichwy nurtu, polegała nie tyle na kwestionowaniu utartych tez i odrzucaniu wyliczonych wymogów, ile na utożsamieniu zastawu użytkowego ścisłego z wyderkiem i dzięki temu na nadawaniu instytucjom uznanym oficjalnie przez Kościół za lichwiarskie znamion słuszności i legalności. Praktyczne zastosowanie takich tez musiało prowadzić do zacierania różnic między zastawem a wyderkafem. Nie trzeba było usprawiedliwiać dokonanej czynności „formą” (akt kupna-sprzedaży), wystarczała inna motywacja: uczciwe postępowanie, zwyczaj ojczysty, zamiar itp. Nic dziwnego więc, że takie tezy i taka praktyka wywoływała zastrzeżenia uczonych prawników¹⁰³.

IV

1. Wyderk był sprzedażą jakiejś nieruchomości z możliwością jej odkupu przez sprzedawcę. Charakter sprzedaży podkreślany jest wyraźnie w źródłach zarówno typu normatywnego, jak i w źródłach praktyki. Księga formularzy z połowy XV w. odnosząca się do prawa stosowanego w Wielkopolsce i podająca formułę wzdania (*resignatio*) pozbytej drogą

¹⁰¹ A. Lipski, *Observationes*, nr 31, s. 159: — — *quod necessario in hoc pacto attendi debeat, ne videlicet emptor alias sit solitus foenerari*.

¹⁰² M. Zalasowski, *IRP*, t. II, ks. III, cz. 2, tyt. 8, s. 533. Warto tu dorzucić, że Zalasowski (podobnie A. Lipski, *Observationes*, s. 160) nie dopuszczał możliwości, by sprzedawcami byli chłopcy lub kobiety, bo powstawała *praesumptio doli* ze względu na głupotę (prostotę — *ob simplicitatem*) takich kontrahentów.

¹⁰³ Por. s. 42 - 43.

wyderkafu nieruchomości opisuje naszą instytucję następująco: — — *nobilis N. — — hereditatem suam lancowo dictam cum omni iure, dominio et proprietate — — nihil iuris et domini sive proprietatis sibi aut suis successoribus legitimis reservando, pro ducentis marcis — — nobili N. et O. ipsius legitimis posteris titulo et foro reemptionis alias na wyderkow, perpetue vendidit — —*¹⁰⁴. *Formula processus* z 1523 r. stwierdza krótko, że przy zapisie wyderkowym należy stosować taką samą formułę, jak przy normalnej sprzedaży, z dodatkiem klauzuli, że sprzedaż następuje *in vim reemptionis*¹⁰⁵. Również dokumenty nazywają naszą instytucję sprzedażą¹⁰⁶. Często też podkreśla się, że jest to sprzedaż wieczysta, choć ograniczona uprawnieniem sprzedawcy do odkupu¹⁰⁷.

Można więc instytucję wyderkafu umieścić w dziale zobowiązań jako umowę kupna-sprzedaży z zastrzeżeniem prawa odkupu nieruchomości przez sprzedawcę. Porównując wyderek z instytucjami prawa rzymskiego dostrzegamy jego podobieństwo — przynajmniej formalne — z rzymską *venditio cum pacto de retrovendendo*¹⁰⁸.

Trzeba bezstronnie stwierdzić, że wyderek był nazywany w źródłach niekiedy zastawem. Szczególnie wyraźnie występuje to zjawisko w źródłach dotyczących praktyki (i to wielkopolskiej), gdzie dobra pozbyte tytułem *in vim reemptionis* nazywano bardzo często dobrami zastawionymi lub nawet samą czynność określano mianem zastawu (*obligare, invadiare*)¹⁰⁹. Niewątpliwie taka terminologia i takie pojmowanie naszej

¹⁰⁴ AKP I, s. 221, pkt 34 (*Widerkow resignacionis*). O wartości tego formularza zob. J. Luciński, *Formularze czynności prawnych w Polsce w wiekach średnich. Przegląd badań*, „Studia Źródłożn.”, t. XVIII (1973), s. 162 - 164.

¹⁰⁵ *Corpus Iuris Polonici* (cyt. dalej: CIP), wyd. O. Balzer, IV₁, Lwów 1910, s. 61, pkt. 78: *Et si talis venditio fieri in vim reemptions, alias na widerkow, tunc in loco competentis addantur duntaxat haec verba: «... videlicet in vim reemptionis, alias na widerkow»*. Także poznańska *Forma processus iudiciarii* z 1553 r. nazywa badaną instytucję sprzedażą *in spem et titulum reemptionis alias nawyderkow* (AKP I, s. 290 - 291).

¹⁰⁶ Np. Helcel II, nr 3811 (1466 r.): — — *hereditatem — — in vim redemptionis alias nawiderkoff, in totum vendidit — —*. Por. też wielkopolski dokument w *Acta exp. bell.* nr 236 (1498 r.) oraz J. Deresiewicz (wyd.), *Transakcje chłopami w Rzeczypospolitej szlacheckiej* (w. XVI - XVIII), cyt. *Transakcje*, Warszawa 1959, nr 458 (1506 r.).

¹⁰⁷ Por. tekst cytowany w przyp. 104. Zob. też Helcel II, nr 3367, r. 1448 (— — *vendiderunt perpetualliter pratum — — in vim reemptionis*, nr 4204 (1479 r.); AGZ V, nr 59 (1434 r.): — — *resignavit perpetue et eviterne — —*.

¹⁰⁸ W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, wyd. 2, Warszawa 1966, s. 423. Dawni prawnicy polscy obznajomieni z prawem rzymskim nazywali zwykle wyderek *venditio cum pacto de retrovendendo*, zob. A. Lipski, *Observationes*, nr 31, s. 156 (w tytule); T. Zawacki, *Processus*, s. 25; M. Zalasowski, *IRP*, t. II, s. 533 i 681.

¹⁰⁹ *Acta exp. bell.*, nr 73 (1497 r.): — — *obligat quartam sortem suam molen-dini — — in octo florenis — — cum omni iure et dominio ac proprietate — — in vim reemptionis alias nawederkoff — —*; nr 102 i 103 (1497 r.): — — *quae bona — —*

instytucji wiązały się z odczuciami i poglądami przeciętnego człowieka na kwestię wyderkafu. W jego oczach sprzedaż na wyderkaf była tym samym co zastaw, a w każdym razie spełniała te same funkcje gospodarcze. Dlatego też zwłaszcza w przekazach źródłowych nie normatywnych pojawia się nazwa *obligatio* (w sensie: zastaw) dla wyderku. Zresztą i przy zastawach w ścisłym tego słowa znaczeniu zwrot pieniędzy (kapitału) nazywano mianem *exemptio*, *reemptio* (tj. wykupem zastawionej wsi)¹¹⁰. Granica między dwiema instytucjami (wyderkafem i zastawem) była więc bardzo niska, a w praktyce mogła nieraz ulegać zatarciu¹¹¹. Nie należy więc specjalnie się dziwić, że stosowano tak dziwaczną terminologię i pojęcie jak *venditio titulo obligationis*¹¹².

Taki stan niejasności prawnych potwierdzony jest przez naszych dawnych prawników. A. Lipski ostro krytykuje praktykę, bowiem zdarza się w Polsce, iż z wielką szkodą dla sumienia popycha się niedoświad-

in summa — sunt obligata —; por. także ibidem nr 204 oraz 234/235 (oba z 1497 r.). Zob. także J. Deresiewicz, *Transakcje*, nr 231 (Kalisz 1553 r.): — *modo et nomine obligatorio — per ipsum Albertum Marszałkowski habendi, tenendi possidendique eosdem emethones resignare in vim et titulum iustae re-emptionis alias na widercoff —*. Por. także ibidem nr 224 (Kalisz 1546 r.), 475 (Konin 1534 r.), 480 (Konin 1566 r.). Termin *invadiare* użyty ibidem nr 468, 474, 476 (Konin 1525, 1533 i 1535 r.).

¹¹⁰ Można by tu przytoczyć bardzo wiele wzmianek źródłowych na poparcie tego (dawno już zresztą zauważonego) faktu. Ograniczam się do jednego przykładu: Helcel II nr 1634, 1419 r. (— *duas villas — in totum obligavit — Ita tamen, quod easem villas infra quinque annos proximos — habet eximere*). Zob. także spostrzeżenia Z. Rymaszewskiego, *Zastaw*, s. 120, że spłatę długu przy zastawie nazywano w źródłach wykupem.

¹¹¹ Potwierdza to M. Śmiglecki, który pisał — jak wyżej już wzmiankowano — że ludzie mylą zastaw z wyderkiem, O lichwie, rozdz. X, s. 39. Ostatnio inaczej Jacek S. Matuszewski, stwierdzający, że ludzie żyjący w interesującym nas okresie „doskonale odróżniali stosunek zastawu od kupna-sprzedaży z prawem odkupu”, *Rzekomy zastaw*, s. 83. W świetle choćby informacji Śmigleckiego teza J. S. Matuszewskiego wydaje się dyskusyjna. J. S. Matuszewski swój sąd oparł na dokumencie zawartym w wydawn. J. Deresiewicza, *Transakcje*, nr 231 (1533 r.), uważając, że jest w nim mowa o przekształceniu zastawu w wyderek, z czego wniosek, że obie instytucje wyraźnie odróżniano. Moim zdaniem ten przekaz nie daje podstawy do takiego wnioskowania, gdyż jest w nim mowa tylko o wyderkafie (powstałym jednak *modo obligatorio*), nie ma więc sytuacji potwierdzającej wyraźne rozróżnienie obu instytucji. Takiej sytuacji można by się natomiast domyślać w innym akcie, Helcel II, nr 3711 (1463 r.), gdzie opis, jak zastaw (w razie niezapłacenia pieniędzy) przekształcał się w wyderek: *Quod si non fecerit* (tj. dłużnik-zastawca nie zapłaci), *extunc ab eodem ultimo termino solutionis ad decursum dumtaxat duorum annorum, ipse Spythko dictas hereditates in vim re-emptionis tenebit —* (po upływie 2 lat bez wykupu S. nabywał pełną własność) —. Do kwestii rozróżnienia sprzedaży z prawem odkupu od zastawu użytkowego wracam na s. 60 - 61.

¹¹² *Kodeks dyplomatyczny Polski* (cyt. KDP), II₂, nr 572 (1429 r.): — *nos Myrosko scultetus — una cum uxore — vendidimus quodammodo (s) titulo obligationis, duos — mansos — usque ad spacium sex annorum —*.

czono osoby do zawierania — zamiast właściwej sprzedaży *in vim reemptionis* — umowy na zastaw, przybranej w szaty wyderkafu ¹¹³. Podobne postępowanie potwierdzają też pośrednio Zawacki ¹¹⁴ oraz Zalasowski ¹¹⁵, podkreślający niewłaściwe stosowanie przepisów o wyderkafie. Obok więc wyderkafu traktowanego jako sprzedaż rozwijał się wyderkaf utożsamiany z zastawem. To największa trudność, jaka czeka badacza próbującego znaleźć wyraźny przedział między tymi dwiema instytucjami.

2. Sprzedaż na wyderek (i wzdanie) nieruchomości następowała przed organami jurysdykcji ziemskiej. W Wielkopolsce — przynajmniej do początków XVI w. — wzdania dokonywano przed starostą generalnym wielkopolskim ¹¹⁶, w Małopolsce już w XV w. wystarczało wzdanie przed sądem ziemskim ¹¹⁷, na Mazowszu natomiast dokonywano transakcji przed obliczem księżącym ¹¹⁸.

Na ogół akty źródłowe mówią o równoczesnej sprzedaży i wzdaniu nieruchomości przed wspomnianym organem jurysdykcji ziemskiej. Transakcji można było jednak dokonać nie tylko *uno acto*: liczne dokumenty z okresu wojny polsko-włoskiej z 1497 r. (*Acta exp. bell.*) ¹¹⁹ mówią tylko o zobowiązaniu polegającym na tym, że sprzedawcy stawia się przed starostą wielkopolskim i dokonają w przyszłości (po wojnie) wzdania nieruchomości, czyli innymi słowy możemy przyjąć (bo o tym wprost się nie mówi), że sprzedaż już nastąpiła przed innym organem (sądem wojewody w czasie ekspedycji wojennej), przeniesienie zaś własności (*resignatio*) miało natomiast nastąpić przed właściwym organem później. Oczywiście obok przeniesienia własności następowała *intromissio* w nabyte na wyderkaf dobra, tj. przeniesienie posiadania ¹²⁰.

¹¹³ A. Lipski, *Observationes*, nr 31, s. 160: *Fieri enim plerumque solet, magno (proh dolor) conscientiarum cum dispendio, ut pro contractu in vim reemptionis, qui alias na wyderkaw apud nos appellari solet, imperitis hominibus alium pignoratitium (quem vulgo obligationem appellant) propter similitudinem quandam, temere obtrudant, liciteque, et absque periculo salutis animae talem contractum iniri posse persvadeant: quinimo quod turpius est nomine etiam pacti de retrovendendo alias wyderkaufem, pulchro quasi honestatis velamine, illicitum hunc fœnoris contractum adornare consueverunt* —

¹¹⁴ T. Zawacki, *Processus*, s. 24 - 25.

¹¹⁵ M. Zalasowski, *IRP*, t. II, ks. III, cz. 2, tyt. 16, s. 682: *Sed haec (sc. wymogi dotyczące wyderkafu- przyp. B. L.) a nostris non servantur, sed palliando contractum mere obligatorium vocitant ad wyderek*.

¹¹⁶ Liczne akty zawarte w *Acta exp. bell.* z r. 1497 (np. nr 2, 4, i inne, por. przyp. 30) oraz akt z 1498 r. (*ibidem* nr 236) to potwierdzają. Np. nr 2, w którym sprzedawcy zobowiązują się: — *debent venire una cum praefatis fratribus et patruo supradictis super prima et proxima iudicia domini capitanei maioris Poloniae generalis celebranda Gneznae et debent resignare coram eodem domino capitaneo duos mansos* — *in vim reemptionis alias na wederkow* —.

¹¹⁷ Por. np. *AGZ V*, nr 59 (1434 r.).

¹¹⁸ *Acta Ecclesiae Collegiatae Varsoviensis*, *AKP VI*, s. 12, nr 30 (1434 r.).

¹¹⁹ Zob. przyp. 30.

¹²⁰ *Helcel II*, nr 1870 (1422 r.), nr 3811 (1466 r.), 4204 (1479 r.); *Acta exp. bell.*

Nie ma żadnych podstaw do tego, by sądzić¹²¹, że przeniesienie posiadania było pozorne i że faktyczne władztwo nad rzeczą pozostawało dalej w rękach sprzedawcy. Sprzedana nieruchomość faktycznie przechodziła (o czym p. 6) w ręce kupującego. Z reguły nie stosowano też praktyki wiązania sprzedaży na wyderek z dzierżawą, tj. z odstąpieniem za czynszem nabytej nieruchomości na powrót sprzedawcy. Jedną wzmianką źródłowa mówiąca o takim powiązaniu¹²² stanowi w porównaniu z mnogością innych typowy wyjątek od tej reguły.

3. Zbywca przenosił sprzedaną nieruchomość na nabywcę *cum omni iure, dominio et proprietate*, jak o tym wspominają liczne przekazy źródłowe¹²³. Zastanowić się trzeba, jaki zakres miało owo *omne ius* i jak daleko sięgały uprawnienia nabywcy, zwłaszcza w zakresie możliwości dysponowania nabytą nieruchomością?

Liber formularum (wielkopolska) z połowy XV w. prawo nabywcy określa jako bardzo szerokie: — — (*hereditatem*) *per eundem N. habendam, tenendam, utifruendam et iure hereditario possidendam, vendendam, obligandam, arendandam, commutandam, alienandam prout sibi aut suis successoribus legitimis melius et utilius videbitur expedire* — —¹²⁴. Jest to oczywiście pełne i nieograniczone prawo własności z możliwością sprzedaży, zamiany, jak i w ogóle jakiegokolwiek alienacji nabytej na wyderek nieruchomości osobie trzeciej. Trzeba przyznać, że tak szeroką klauzulę własnościową znajdujemy w przekazach źródłowych raczej rzadko¹²⁵. Na ogół mówi się w nich co prawda o używaniu nie-

nr 165 (1497 r.), 206 (1497 r. — — *et iam sibi admittit pacificam tenutam* — —). W formule umowy wyderkowej podanej przez T. Zawackiego, *Processus*, s. 25: — — *pagum N. nobilis N. nobili N. tradit per realem intromissionem cum omnibus utilitatibus et fructibus* — —.

¹²¹ Por. s. 21 opinie Maciejowskiego, Dutkiewicza, Burzyńskiego i Sobocińskiego.

¹²² W. Helcel II, nr 4216 (1479 r.) wzmianka, że Jakub Szelwa z Prądnika (zapewne mieszczanin) sprzedał Janowi Długoszowi (kronikarzowi) i innym duchownym swą posiadłość na wyderka i umówił się, że będzie ją dzierżawił od nich za sumę 16 grzywien czynszu rocznie. Wzmiankę tę traktuję jako źródło do prawa ziemskiego tylko dlatego, że wpis w księgach ziemskich i że sprzedawca (por. ibidem nr 4223) zobowiązał się w razie sporów odpowiadać przed jurysdykcją ziemską. Praktyka wiązania dzierżawy z wyderkiem typowa raczej dla stosunków miejskich, por. rozdz. V.

¹²³ *Acta capitulorum nec non iudiciorum ecclesiasticorum selecta*, vol. II, Monumenta Medii Aevi Hist., t. XVI, Kraków 1902, nr 758 (gnieźń.- 1466 r.): — — *et generaliter cum omni iure, dominio et proprietate, nichil pro nobis aut successoribus nostris ibidem excipiendo* — — (sprzedawcą na wyderka był tu król Kazimierz Jagiellończyk, por. też ibidem nr 781 z 1488 r.). Cytowany zwrot lub podobny występuje pospolicie w wielu aktach, np. *Acta exp. bell.* z 1487 r.: nr 4, 68, 100 i inne; J. Deresiewicz, *Transakcje*, nr 227 (1552 r.), 231 (1553 r.) i inne; Helcel II, nr 3367 (1448 r.).

¹²⁴ AKP I, s. 221.

¹²⁵ Obok przytoczonej (przyp. poprzedn.) można odnotować Helcel II, nr 4223

ruchomości według własnej woli, jednak wśród praw nabywcy wymienia się tylko spokojne posiadanie, dzierżenie i użytkowanie¹²⁶.

Powstaje więc pytanie, czy nabywcy przysługiwało pełne prawo własności (tj. wraz z możliwością rozporządzania rzeczą), czy też ograniczone prawo, zredukowane do posiadania i użytkowania? A może kwestię tę należy traktować indywidualnie, tzn. że sama umowa normowała zakres uprawnień nabywcy? Wydaje się, że każda odpowiedź na to pytanie może być dobra i że trudno znaleźć jedyne, wyłączone rozwiązanie tej kwestii. Wiąże się to z brakiem precyzji terminologicznej w zakresie pojęć, którymi się tutaj interesujemy, jak i precyzji instytucjonalnej (formalno-dogmatycznej). Jeżeli bowiem przyjrzymy się pierwszej kwestii (precyzja terminologiczna) z punktu widzenia źródeł z XV i XVI w., to dojdziemy do wniosku, że ówczesne słownictwo prawne nie stanowi podstawy do formułowania zdecydowanych tez na interesujący nas temat. Przykładów na zwyczajność terminologii może dostarczyć choćby wspomniana już wyżej klauzula o przenoszeniu nieruchomości na nabywcę *cum omni iure, dominio et proprietate* (wcale nie wyłączna dla sprzedaży!)¹²⁷, jak również wzmianki dotyczące zakresu praw nabywcy¹²⁸, także przytoczone wyżej. Brak precyzji formalno-dogmatycznej prowadził natomiast do tego, że nasza instytucja miała — jak już w punkcie 1 tego rozdziału stwierdzono — charakter bardzo płynny (wyderek jako rzeczywista sprzedaż i wyderek jako zastaw). W efekcie przekazy źródłowe informujące nas o jednej i tej samej kwestii mogą się odnosić do innych — z punktu widzenia prawnego — instytucji. Problem zakresu uprawnień nabywcy należy traktować więc ostrożnie. Najlepiej będzie chyba stwierdzić, że

(1480 r.): — — *possidendos, utifruendos, commutandos, vendendos et in usus beneplacitos convertendos* — —. Także AGZ V, nr 23 (1401 r.).

¹²⁶ Acta exp. bell. nr 236 (1498 r.): — — *tenendum, habendum, utifruendum, pacifice et quiete possidendum ac in usus ipsius prout sibi* (tj. nabywcy) *melius et utilius videbitur expedire, convertendum* — —. Zob. także ibidem nr 208. Deresiewicz, *Transakcje*, nr 474 (1533 r.): — — *cmethonem* — — *tenendum, habendum, utifruendum et in usus sibi beneplacitos, quo sibi melius et utilius videbitur, convertendum* — —; zob. także ibidem nr 231 (1533 r.), 234 (1554 r.), 476 (1553 r.). Także Helcel II, 4216 (1479 r.).

¹²⁷ Używano jej w tym samym brzmieniu przy zastawie, por. choćby formułę zapisu zastawu we *Formula processus* z 1523 r., pkt. 84 (CIP IV₁, s. 52). W świetle takiego stosowania wspomnianej klauzuli pojęcie *proprietas* było w Polsce jeszcze w XVI w. bardzo dalekie od romanistycznego, bardzo „rozciągliwe” i wymykające się spod ścisłej definicji.

¹²⁸ Odnotujemy tu przypadek, że 2 akty, odnoszące się do tej samej sprawy, odmiennie przedstawiają treść praw nabywcy nieruchomości „na wyderka”. Jeden akt (Helcel II, nr 4216, 1479 r.) określa prawa nabywcy w ten sposób: — — *(laneos) tenendos, habendos et in usus beneplacitos* — — *convertendos*; inny akt (Helcel II, nr 4223, 1480 r. — por. przyp. 125) mówi także o *vendendos*. Świadczy to, jak mało precyzyjnie ujmowano różne kwestie (w naszym przypadku: prawa nabywcy) w dokumentach lub we wpisach do ksiąg sądowych.

tam, gdzie źródła wspominają o klauzuli dopuszczającej możliwość alienacji nabytej na wyderek nieruchomości — tam wyderek traktowany był rzeczywiście jako sprzedaż; gdzie natomiast mówi się tylko o możliwości użytkowania — tam strony traktowały naszą instytucję jako zbliżoną do zastawu.

Mamy wszakże dowody na to, że praktyka sądowa, co najmniej od XVI w., była nieprzychylna uznawaniu praw nabywcy jako pełnego właściciela i szła w kierunku traktowania jego stanowiska tylko jako użytkownika. Zawacki, bez wątpienia wybitny prawnik, nie bez pewnego sarkazmu pisze, że przy wyderkafie — jak świadczy o tym praktyka — przenosi się na nabywcę nie więcej władztwa niż przy zastawie. Cytuje też na dowód orzeczenie Trybunału Koronnego z 1594 r., nie zezwalające nabywcy na skargę i działanie w sprawie granic bez zgody pierwotnych właścicieli. „Jeśli tego (nabywca) nie może czynić, to również w innych kwestiach dotyczących dziedziny nie będzie mógł (samodzielnie) działać” — stwierdza Zawacki, podsumowując działalność praktyki i oceniając dekret Trybunału w sprawie praw nabywcy¹²⁹. W świetle tego stwierdzenia można powiedzieć, że istniała wyraźna tendencja do zacieśniania praw nabywcy w zakresie rozporządzania i do zrównywania ich z prawami zastawnika.

Stosunkowo niewiele uwagi poświęcano w dokumentach i zapiskach sądowych zakresowi uprawnień, a zwłaszcza obowiązków nabywcy jako użytkownika. Spotykamy jednak wzmianki, w których mowa o utrzymaniu (zastrzeżeniu) pewnej części użytkowania dla sprzedawcy¹³⁰. Znajdujemy też informację o sposobie rozliczania się co do zasiewów w razie odkupu¹³¹. Są to wszakże drobne fragmenty obrazu stanowiska nabywcy jako użytkownika, kształtującego się (tj. stanowiska) zapewne dość różnie, zależnie od umowy i miejscowych zwyczajów. Więcej na ten temat można dowiedzieć się z formuły umowy wyderkowej zawartej pomiędzy szlachtą zgodnie z wymogami teologów (ale na ile przestrzega-

¹²⁹ T. Zawacki, *Processus*, s. 24 - 25: *Video tamen hunc contractum sic formari, ut obligatio bonorum formari solet; nam exemptio pro certo tempore assignatur, et ab anno ad annum currit, et ex praxi hoc ellicitur, quod non plus dominii in possessorem transfert, quam obligatio. In hoc contractu scribitur: quia vendidit bona sua cum omni iure, dominio et proprietate in perpetuum, hoc tamen addendo: in vim tamen reemptionis alias na widerkauf. Est enim decretum inter Lupinskie et Paschowskie in iudiciis Tribunali Regni 1594 prolatum, ubi adinventum est, quod Lupinski, qui in reemptionis bona tenebat, non potuit actionem limitum sine heredibus perficere. Quodsi id non potuit, tunc neque alias quaestiones haereditarias poterit peragere.*

¹³⁰ Np. zapiski z *Acta exp. bell.* nr 68 i 184 (1497 r.) mówią o utrzymaniu prawa połowu małymi sieciami na sprzedanym jeziorze przez sprzedawcę (jak w nr 184) lub jego chłopów (nr 68).

¹³¹ KDP II₂ nr 572 (1429 r.) — wszystko co zasiano, przypadało w razie odkupu sprzedawcy (odkupującemu nieruchomości).

nych?), podanej przez Zawackiego. W świetle tego formularza nabywca zobowiązany był do utrzymania wszystkiego w dobrym stanie, m.in. do przeprowadzania reparacji i do niepodwyższania obciążeń chłopskich. Wszystko co uległo zniszczeniu, zobowiązany był naprawić *ad arbitrium practici boni viri*. W komentarzu do formularza Zawacki stwierdza: *ne si magna damna facta fuerint, venditor ad omnia reficienda emptorem obligat, cum secundum proventum expendae debeant fieri*¹³². Podaje też, że żaden *casus* trafiający się sprzedawcy w rodzaju zabójstwa (popelnionego oczywiście przez niego), banicji, infamii, długów nie może szkodzić prawom nabywcy, nie może zatem nastąpić konfiskata na rzecz fiskusa bądź zajęcie nabytego dobra przez wierzycieli sprzedawcy¹³³.

4. Kwestia odkupu sprzedanej nieruchomości należała do najważniejszych zagadnień związanych z badaną instytucją. Dla nabywcy odkup, tj. uiszczenie przez pozbywcę sumy równej cenie nabycia, stwarzał obowiązek zarówno przyjęcia tych pieniędzy jak i zwrotu (ściśle: odpredaży) nieruchomości w ręce pozbywcy. Był to niewątpliwie podstawowy obowiązek nabywcy i tak oczywisty, że źródła nawet specjalnie go nie podkreślają¹³⁴. Kwestia odkupu była też istotna nie tylko z tego względu, że w razie zwrotu pieniędzy nieruchomość przechodziła z powrotem na sprzedawcę i że wszystko wracało do stanu sprzed zawarcia umowy. Była ona bowiem ważna także z tego powodu — o czym jeszcze w szczegółach dalej — że niedokonanie odkupu mogło w pewnych sytuacjach prowadzić do przekształcenia własności ograniczonej przez klauzulę „na wyderek” we własność pełną, tj. bez konieczności zwrotu (odpredaży) przez nabywcę.

Waga wspomnianej kwestii sprawiła, że zarówno w umowach wyderkaowych, jak i w literaturze dotyczącej tych umów (Śmiglecki i inni) odkupowi poświęcono wiele uwagi i że czynność tę, dzięki stosunkowo bogatej informacji, możemy dość dobrze poznać.

Wiemy już, że w świetle kanonicznej teorii lichwy (zob. wyżej) odkup mógł nastąpić jedynie na żądanie pozbywcy (sprzedawcy). To zastrzeżenie stanowiło istotne *signum* odróżnienia wyderku (transakcji dozwolonej) od zastawu użytkowego (transakcji niedozwolonej). Wiemy jednak także, iż Śmiglecki stwierdzał, a nawet narzekał, że istnieją tzw. „wyderki wielkopolskie”, tj. takie, przy których obie strony (a więc i nabywca) mogły domagać się („awizować”) odkupu, tj. likwidacji długu.

¹³² T. Zawacki, *Processus*, s. 25.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ W niektórych jednak przekazach wspomina się: — 40 *marcas debet* (podkr. moje — B.L.) *recipere* — (Helcel II, nr 1870, 1422 r.) lub: — *si sibi resituerit 7 marcas — tunc debet ipsis* (tj. pozbywcom) *condescendere ipsum pratum* (Helcel II, nr 3367, 1448 r.). Także Helcel II, nr 3821 (1466 r.) i 4204 (1479 r.).

Nie ma powodu wątpić w prawdziwość słów Śmigleckiego i można przyjąć, że w początkach XVII w., gdy żył jeszcze i tworzył wspomniany pisarz, łamano już zasadę, iż odkup następuje tylko na żądanie dłużnika (tj. sprzedawcy). Natomiast znane nam przekazy źródłowe wcześniejsze, dotyczące praktyki w XV i XVI w., raczej wskazują na to, że w tym czasie trzymano się reguły, iż odkup następuje wówczas, gdy chce tego dłużnik — gdy po prostu jest on w stanie uiścić dług. Raz tylko znajdujemy (i to w przekazie źródłowym dotyczącym Wielkopolski! — por. wyderki wielkopolskie Śmigleckiego) klauzulę o odkupie na żądanie nabywcy (wierzyciela)¹³⁵, przy czym transakcja ma charakter bardzo niewyraźny w sensie prawnym, gdyż wspomina się o wzdaniu „na wyderkow”, ale równocześnie traktuje się czynność jako zastaw¹³⁶. We wszystkich innych informacjach źródłowych — a jest ich z XV i XVI w. nie mało — nie ma wzmianki o możliwości odkupu na żądanie wierzyciela. Nie używam w tym przypadku zawsze wątpliwego i podejrzanego *argumentum ex silentio*; milczenie źródeł potwierdza, że istotnie nie stosowano odkupu na żądanie wierzyciela, nie sposób bowiem zakładać, że akurat odnośną klauzulę (o wypowiedzeniu długu przez wierzyciela) pomijano w umowach, skoro właśnie kwestia odkupu należała do *essentialia negotii* i na nią zwracano wiele uwagi w umowie, a nieraz regulowano bardzo szczegółowo. Nagminny jest poza tym w umowach zwrot, że nabywca ma trzymać nieruchomość tak długo, dopóki dług (cena kupna) nie zostanie uiiszczony¹³⁷. Wyraźnie więc akcentowano, że odkup zależy nie od woli kupującego (wierzyciela), lecz od woli sprzedawcy (dłużnika).

Wspomniana swoboda dłużnika nie oznaczała wcale, że mógł on zawsze dokonać odkupu w dowolnej chwili i bez względu na upływ czasu. W umowie można było tę swobodę ograniczyć. Stosowano różne zastrzeżenia ograniczające możliwość odkupu przez sprzedawcę w dowolnym terminie i idące na rękę kupującemu (wierzycielowi). Można je uszeregować

¹³⁵ J. Deresiewicz, *Transakcje*, nr 475 (Konin 1534 r.): — — *si praefatus generosus Laurentius Grabieniczki praefato nobili Jacobo habere voluerit, ex tunc praefatum Jacobum Modlibowski (sc. dłużnik-sprzedawca — B.L.) 6 septimanis ante repositionem earundem pecuniarum avisare seu amovere debet* — Tu więc termin wypowiedzenia wynosi 6 tygodni, podczas gdy Śmiglecki wymieniał jako obowiązujący przy „wyderkach wielkopolskich” termin 12 tygodni.

¹³⁶ Ibidem: — — *Jacobus Modliboski — recognovit, quia obligavit et praesenti libro obligat 4 cmethones* — —.

¹³⁷ Por. *Acta exp. bell.* nr 210 (1497 r.): — — *quem quidem mansum praefatum idem Johannes Corosz debet tenere — donec praefati — floreni sibi — fuerint persoluti*; także ibidem nr 210, 234; J. Deresiewicz, *Transakcje* nr 474, 476; Helcel II, nr 4119 (1474 r.): — — *quandocumque ipse Johannes (sc. sprzedawca) — pratum voluerit — redimere, extunc dominus Petrus (sc. kupujący) — pratum viceversa — debebit resignare* — —; także ibidem nr 3367 (1448 r.), 4216 (1479 r.).

w trzech podstawowych wariantach (A, B, C), które przedstawimy. Wpierw jednak należy zaznaczyć, że stosowano na ogół zasadę (możliwe, iż miała ona charakter generalny), że odkup następował w określonej porze roku, tj. zimą, pod koniec roku. Naznaczano zatem jeden termin odkupu w roku, ściśle ustalony (św. Bożego Narodzenia, św. Obrzezania) i tylko w tym wskazanym terminie można było dokonać odkupu¹³⁸. Zasada ta występowała najczęściej przy wariancie B i to w ten sposób, że jeśli sprzedawca nie skorzystał z najbliższego terminu, mógł wykupić za rok itd. Obowiązywała także przy wariancie C¹³⁹. Możemy się domyślać, że wspomniana praktyka miała na celu względy gospodarcze. Wymieniony termin odkupu (koniec roku) nadawał się najlepiej do przeprowadzenia rozliczeń pomiędzy nabywcą a pozbywcą co do pobierania pożytków z nieruchomości podlegającej wykupowi.

Omówionej zasady nie zaliczamy do poważniejszych ograniczeń. Były one raczej pozorne, zwłaszcza gdy równocześnie nie stosowano jakiegoś dodatkowego ograniczenia odnoszącego się do odkupu. Ograniczenia poważniejsze szeregujemy w trzy warianty, uporządkowane według stopnia ograniczenia swobody odkupu przez sprzedawcę (dłużnika), w tym sensie, że wariant A uważamy za najłagodniejszy dla sprzedawcy, przy następnych zaś ograniczenia stają się kolejno coraz większe.

A. Zakaz odkupu w terminie *ante quem*. Stwierdzano w takim przypadku, że sprzedawca nie może odkupić nieruchomości w ciągu pewnego okresu od chwili zawarcia umowy. Termin upływu tego okresu wyznaczano w umowie. Mógł on być różny; niekiedy stosunkowo krótki (około 1/2 roku)¹⁴⁰, niekiedy znacznie dłuższy, bo 4 lata¹⁴¹ lub nawet 6 lat¹⁴². Po wspomnianym okresie sprzedawca uzyskiwał — jak się domyślamy — swobodne prawo odkupu, jeśli nie było innych ograniczeń¹⁴³.

Przedstawione ograniczenie miało niewątpliwie na celu zapewnienie i umożliwienie pobrania minimum odpowiednich pożytków (*de facto od-*

¹³⁸ Zob. np. *Acta exp. bell.*, nr 100 (1497 r.): — — (sprzedawca) *non debet exemi nisi in festo circumcissionis Domini* ——. Także *ibidem* nr 152 i 153. Por. również przyp. 146.

¹³⁹ Zob. przyp. 153.

¹⁴⁰ *Acta exp. bell.* nr 73, 28 IX 1497 r.: — — (sprzedawca) *de dicta quarta sorte molendini — ipsum nobilem Paulum de Ogorzelewo non debet eximere neque ipsius successores usque post festum sancti Adalberti proxime venturum, nec non quousque praefati octo floreni — fuerint persoluti* ——. Podobny zakaz i termin, *ibidem* nr 68.

¹⁴¹ KDP II₂, nr 401 (1448 r.): — — *eximere non debeo per spacium quatuor annorum* ——.

¹⁴² KDP II₂, nr 398 (1447 r.): — — *de quo medio manso eudem Wyanchonem per spacium sex annorum eximere non debeo* ——.

¹⁴³ W Helcel II, nr 3821, 1466 r. (zob. przyp. 153) zakaz odkupu w ciągu 3 lat połączony został z koniecznością odkupu przed upływem 6 lat (a więc z ograniczeniem wymienionym dalej jako wariant C).

setek) ze sprzedanej na wyderek nieruchomości. Podobne zastrzeżenia stosowano nieraz (w interesie zastawnika) przy zastawie użytkowym¹⁴⁴.

B. Odkup dozwolony w terminie wyznaczonym, powtarzalnym. To ograniczenie wyrażało się w tym, że sprzedawca mógł odkupić nieruchomość w pewnym, ale powtarzającym się terminie, jak co roku czy też co kilka lat. Odkup mógł nastąpić tylko pod koniec okresu wyznaczonego w umowie.

O tym ograniczeniu pisał Śmiglecki: *Wskaże nie bywa jednakie zamierzanie czasu do odkupienia. Abowiem jedni od roku do roku, drudzy od trzech do trzech lat, trzeci od pięci do pięci, od siedmi do siedmi zamierzają czas*¹⁴⁵. W źródłach praktyki najczęściej występuje termin jednego roku, przypadający — jak wzmiankowano — z reguły na koniec roku. Jeśli sprzedawca nie skorzystał z takiego najbliższego terminu, mógł odkupić w tym samym terminie, ale za rok, 2 lata itd.¹⁴⁶ Raz tylko znajdujemy w źródłach wzmiankę odnoszącą się prawdopodobnie do odkupu dozwolonego co 5 lat¹⁴⁷. Wiemy wszakże z przytoczonej informacji Śmigleckiego, że terminy wykupu mogły być dość różne.

Możliwość odkupu była nieograniczona w tym sensie, że dłużnik mógł wykupić nieruchomość nawet po wielu latach, byleby w ustalonym terminie. Oczywiście sytuacja dłużnika była najlepsza, gdy termin był coroczny (w tym przypadku swobodę dłużnika ograniczał tylko termin dzienny), pogarszała się natomiast, gdy terminy odkupu były — na podstawie umowy — od siebie odległe¹⁴⁸.

Wariant B miał na celu, jak można sądzić, względy gospodarcze. Nabywca wiedział, kiedy może spodziewać się wykupu i mógł odpowiednio gospodarzyć. Szczególnie swobodną miał rękę, gdy terminy odkupu były od siebie odległe; pozwalało mu to na różne inicjatywy gospodarcze. Wy-

¹⁴⁴ P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 291³.

¹⁴⁵ M. Śmiglecki, *O lichwie*, rozdz. XI, s. 45. Por. też wyżej, s. 34.

¹⁴⁶ *Acta exp. bell.*, nr 231 (1497 r.) — — *De qua — — area ipsum* (sc. kupującego — B. L.) *non debent exemi quousque pro festo circumcissionis Domini, si vero ipsum non exemerunt pro festo circumcissionis Domini proxime instanti, extunc non habebunt ipsum exemi usque pro alio festo circumcissionis Domini sese immediate sequenti* — —. Także ibidem nr 208, 209, 211, 231, 234. Zob. również J. Deresiewicz, *Transakcje*, nr 227 (1552 r.) i 476 (1535).

¹⁴⁷ Tak rozumie wzmiankę Helcel II, nr 3367 (1148 r.): — — *Jasko et Johannes filius suus — — vendiderunt perpetualiter pratum suum — — famoso Janussio Pyecen consuli Cracoviensi, in vim reempcionis, alias nawiderkoff, pro septem marcis — —; — — si sibi restituent septem marcas in quinque annis, tunc debet ipsis condescendere ipsum pratum; si autem non restituent, extunc idem Janussius Pecen tenebit ad alios quinque annos, et usque ad restitutionem pecuniarum septem marcarum* — —. Sprzedawca po upływie naznaczonego okresu 5 lat (i powtarzalnego!) nie tracił prawa do odkupu (jak to się działo przy wariancie C, zob. dalej), a zatem informacja może dotyczyć tylko omawianego wariantu B.

¹⁴⁸ Nic dziwnego więc, że M. Śmiglecki (por. s. 34) doradzał w takich przypadkach płacenie wyższej sumy (ceny kupna) sprzedawcy.

gaśnięcie jednego terminu (brak odkupu) gwarantowało mu dalsze pożyczki przez cały następny okres, tj. do nadejścia kolejnego terminu — dochodził więc jeszcze motyw dochodu występujący przy wariacie A.

Przedstawione ograniczenie swobody odkupu przez dłużnika stosowane było także przy zastawie użytkowym¹⁴⁹.

C. Odkup dozwolony tylko w terminie *ad quem*. Ten wariant odkupu był najczęściej (ale nie wyłącznie) stosowany w praktyce małopolskiej. Ograniczenie swobody sprzedawcy polegało na tym, że odkup musiał być dokonany w okresie paru lat od zawarcia umowy. Wyznaczano bardzo różne okresy dla skorzystania z prawa odkupu: 2 lata¹⁵⁰, 3 lata¹⁵¹, 5 lat¹⁵², 6 lat¹⁵³, znajdujemy nawet termin tak długi jak 20 lat¹⁵⁴. Niekiedy z tak określonym terminem odkupu wiązano omówio-

¹⁴⁹ Np. Formula processus z 1523 r. (CIP IV₁, s. 63-64) we wzorze umowy zastawu (pkt 84) tak wspomina: *villam N. — obligavit — et obligat et inscribit ad festum Nativitatis Christi proxime venturum, et a festo Nativitatis Christi proximo in defectu exemptionis — ad aliud festum Nativitatis Christi; et sic ab anno ad annum annis se sequentibus usque ad plenariam et integram — summae — exolutionem —*. Także ibidem pkt 85.

¹⁵⁰ Helcel II, nr 3811 (1466 r.): — *Si ipse Paulus Przedslawsky (sc. sprzedawca) sibi Petro — in duobus annis dictas — marcas dederit et ipsi Petro exsolverit —*. Por. także ibidem 3711 (1463 r.) oraz AGZ V, nr 59 (1434 r.) i KDP II₂, nr 574 (1430 r.).

¹⁵¹ Helcel II, nr 1870 (1422 r.): — *Si ad tres annos Nicolaus (sc. sprzedawca) non redimet duos kmethones —*. Zob. także AGZ V, nr 23 (1401 r.): — *ipse Iwo (sprzedawca) dum — dictas villas exemere voluerit — exsolvere debebit pecuniis in paratis, dictasque villas non aliis nisi propriis pecuniis exemere — infra spacium trium annorum predictorum —*. Także AGZ IX, nr 66 (1464 r.) i ZDM III, nr 601 (1442 r.).

¹⁵² Helcel II, nr 1217 (1409 r.): — *idem Iwo villam dictam Wiwla eidem domino Sbigneo pro CCCCC marcis — venditam per spacium quinque annorum — propriis et non alienis pecuniis sub prestito iuramento — redimendi habebit omnimodam potestatem —*. Zob. także AGZ XII, nr 3340 (1468 r.).

¹⁵³ Helcel II, nr 3821 (1466 r.): *Nicolaus de Passymyechy — recognovit, quia totam suam partem hereditatis — in vim redemptionis alias nawyderkoff, ad decursum sex annorum continue se sequencium vendidit — Hertrico de Mykolyow tenendam modo redemptionis, alias obyczajem wyderkoff, a festo Nativitatis Christi ad aliud, usque ad decursum sex annorum — et ipse Nicolaus de Passymyechy infra — tres annos exemere non debebit. Elapsis autem tribus annis, si ipse Nicolaus exemerit voluerit, videlicet in quarto, quinto et sexto annis, extunc Henricus — condescendere debebit —*. Zob. także KDP II₂, nr 572 (1429 r.).

¹⁵⁴ Helcel II, nr 4204 (1479): *Jacobus Plaza — recognovit, quia totam villam — nobili Stanislao de Ryglycze, et ipsius posteris, pro tricentis florenis hungaricibus — infra hinc ad viginti annos continue se sequentes, in vim redemptionis, alias nawyderkoff, in totum et imperpetuum — resignavit. Tali condicione quod quocunque tempore infra hos viginti annos, dictos tricentos florenos ipse Jacobus dicto Stanislao restitueret, extunc — condescendere debebit. Rzecz ciekawa, że taką samą transakcję (i dotyczącą prawdopodobnie tej samej wsi) powtarza duchowny Mikołaj Plaza (może syn poprzednio wymienionego?) w 1525 r., zob. *Decreta in iudiciis regalibus tempore Sigismundi I, regis Poloniae, a. 1507-1531**

ną zasadę, że odkup następuje na koniec roku (św. Bożego Narodzenia)¹⁵⁵. Możliwe też było powiązanie wariantu C z wariantem A, z dorzuceniem ponadto wspomnianego terminu dziennego (Boże Narodzenie)¹⁵⁶.

Przy wariacie C przewidywano w większości przypadków, że w razie niedokonania odkupu w określonym terminie, nabywca otrzyma kupioną nieruchomość na wieczność — bez obowiązku odprzedaży¹⁵⁷. Bardzo często nabywca w takim przypadku musiał coś dopłacić sprzedawcy¹⁵⁸. Wynika z tego, że przy kontrakcie wyderkowym uiszczano zwykle sumę niższą (przeważnie 2/3) od rzeczywistej wartości sprzedanej rzeczy, a więc taką, jaką polecał Śmiglecki¹⁵⁹. W wielu jednak przypadkach — jak potwierdzają źródła — nabywca przejmował nieruchomość na pełną własność bez dodatkowej zapłaty¹⁶⁰.

Wariant C stanowił ograniczenie bardzo ciężkie i naruszające wyrażnie swobodę odkupu nieruchomości przez dłużnika. Śmiglecki uważał omówiony warunek za niebezpieczny i nie radził go stosować¹⁶¹. Nadmienmy, że omawiane ograniczenie znajduje swoją analogię przy instytucji zastawu. Mamy tu na myśli tzw. zastaw na upad, przy którym, w razie niespełnienia świadczenia przez dłużnika, rzecz zastawiona przechodziła na własność zastawnika¹⁶².

Przedstawiliśmy kwestię terminów obowiązujących przy odkupie. Stwierdziliśmy liczne ograniczenia swobody odkupu nieruchomości przez sprzedawcę¹⁶³, niemniej wypada jeszcze raz przypomnieć, że należy trak-

Cracoviae celebrata (cyt. *Decreta*), wyd. M. Bobrzyński, SPPP VI, Kraków 1881, nr 305, s. 274.

¹⁵⁵ Tak Helcel II, nr 1870 (1422 r.), gdzie okres odkupu trzyletni i gdzie wzmianka, że kupujący zobowiązany jest przyjąć pieniądze w św. Bożego Narodzenia.

¹⁵⁶ Tak w Helcel II, nr 3821 (1466 r.), zapisce cytowanej w przyp. 153.

¹⁵⁷ Wśród wzmianek przytoczonych w przyp. 150-156 tylko Helcel II, nr 1217 (1409 r.), AGZ V, nr 23 (1401 r.) oraz *Decreta* nr 305 (1525 r.) nie mówią wprost, co miało się stać w przypadku nieprzeprowadzenia odkupu. Inne stwierdzają wyraźnie, że nabywca uzyskuje własność nieograniczoną, np. Helcel II, 1870 (1422 r.): *Si ad tres annos Nicolaus non redimet duos kmethones, extunc Nicolaus de Markocicze* (sc. nabywca — B. L.) *dictos duos kmethones — — perpetualiter — — tenebit*.

¹⁵⁸ Helcel II, nr 1870, 1422 r. (cena kupna 40 grzywien — ewentualna dopłata 20 grzywien), 2010, 1425 r. (cena 800 g. — dopłata 200 g.), 3811, 1466 r. (cena 420 g. — dopłata 380 g.), 3821, 1466 r. (cena 170 g. — dopłata 80 g.); AGZ V, nr 59, 1434 r. (cena 200 g. — dopłata 100 g.); ZDM III, nr 601, 1442 r. (cena 400 g. — dopłata 200 g.).

¹⁵⁹ Por. s. 33.

¹⁶⁰ Helcel II, nr 4204 (1479 r.); AGZ IX, nr 66 (1464 r.); AGZ XII, nr 3340 (1468); KDP II, nr 572 (1429 r.) i 574 (1430 r.).

¹⁶¹ Por. s. 34.

¹⁶² P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 329 n.

¹⁶³ Pominęto jeden wariant występujący w źródłach (można by go nazwać: D. Odkup dozwolony w terminie wyznaczonym, niepowtarzalnym), mianowicie w ZDM II, nr 507 (1437 r.), a to z tego względu, że trudno go zaliczyć do praktyki ziemskiej (kontrahentami są książęta oświęcimscy z jednej, a mieśczanin krakowski z drugiej strony), nadto znany tylko jeden (może wyjątkowy?)

tować je jako odstępstwo od generalnej reguły, że odkup miał następować wówczas, gdy chciał tego dłużnik (— — *quandocumque voluerit* — —) ¹⁶⁴.

Obok różnych warunków dotyczących terminu odnotujmy inne, odnoszące się do sposobu uiszczenia długu (tj. odkupu). Stosowano mianowicie pewne ustalone i obowiązujące (zapewne generalnie, jeśli nie było odmiennych postanowień) warunki, że: 1) odkupu należało dokonać w tych samych pieniądzach, w jakich uiszczono cenę kupna ¹⁶⁵, 2) odkupu należało dokonać gotówką ¹⁶⁶, 3) odkupu należało dokonać własnymi pieniędzmi ¹⁶⁷. Były to oczywiście zasady działające w obronie interesów kupującego (wierzyciela) ¹⁶⁸.

Kwestia odkupu wywoływała w praktyce różne spory pomiędzy stronami. Sprzedawcy mieli niewątpliwie niekiedy kłopoty z kupującymi (wierzycielami), którzy nie chcieli ustąpić z nabytych na wyderek dóbr. Niektóre zwyczaje i akty normatywne poszły w kierunku ochrony interesów takich dłużników. Konstytucja sejmowa z 1540 r. ułatwiała możliwość wykupu (zresztą nie tylko przy wyderkach, lecz także przy zastawie i dobrach wiennych) w ten sposób, że rozciągała na całą Polskę zwyczaj istniejący w Wielkopolsce, że dłużnik mógł pozwać wierzyciela do sądu lub urzędu grodzkiego w sprawie przyjęcia pieniędzy i ustąpienia z dóbr, i że dzierzący dobra (wierzyciel) nie mógł się uchylać ani od przyjęcia pieniędzy, ani też od jurysdykcji starościńskiej ¹⁶⁹. Praktyka ta tra-

przykład tego wariantu. Było to ograniczenie niezwykle ciężkie dla sprzedawcy i z punktu widzenia lichwy mogące wywoływać najwięcej zastrzeżeń (M. Smiglecki i inni pisarze nawet o nim nie wspominają). Polegało na tym, że sprzedawca nie mógł odkupić sprzedanej nieruchomości w pewnym okresie czasu (podobnie jak przy wariancie A), musiał jednak dokonać odkupu w ostatnim roku określonego terminu pod groźbą utraty prawa odkupu (jak w wariancie C) po tym terminie: — — *Item nos duces — — villas — — vendidimus — — sub titulo reemptionis et sub hac conditione — — quod ipsas ab eo reemere non debemus infra spacium sex annorum — — . Adveniente denique sexto anno post datam presencium poterimus reemere easdem villas pro totidem pecuniis — — scilicet pro septingentis marcis — — . Si autem contingeret, quod in sexto et ultimo anno — — villas — — non redimeremus, extunc immediate post elapsum sexti anni Georgius Swarcz (sc. kupujący — B. L.) aut heredes eius memoratas villas — — possidere debent — — iure hereditario — — ad perpetuos dies.*

¹⁶⁴ Por. s. 48.

¹⁶⁵ Acta exp. bell. nr 110 (1497 r.).

¹⁶⁶ Por. AGZ V, nr 23 (cyt. w przyp. 151).

¹⁶⁷ Por. przyp. 151 (AGZ V, nr 23) oraz 152 (Helcel II, nr 1217).

¹⁶⁸ Podobne zastrzeżenia (zwłaszcza wykupu własnymi pieniędzmi) także przy zastawie, por. P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, II, s. 322.

¹⁶⁹ Volumina Legum (cyt. VL) I, s. 562-563: — — *in terris illis (sc. Maioris Poloniae — przyp. B. L.) veteri consuetudine receptum esse, itaque semper observatum: ut ad redimenda bona reemptitia, seu obligata, aut reformatata, ad iudicium seu officium castrense, unicuique liceat citare bonorum huiusmodi possessorem ad tollendum pecundiam et de bonis cedendum; nihilominus tamen plerosque consuetudini huiusmodi reluctari et cavillis, ac exceptionibus variis, in possessione bonorum redimendorum sese confovere; proinde universis consiliariis — — cens-*

fiała zapewne na opory, skoro wracano jeszcze później do tej sprawy i starano się ją rozstrzygnąć ostatecznie w duchu postanowień z 1540 r.¹⁷⁰

Prawo odkupu przy wyderkafie nie przedawniało się. Zasada ta kształtowała się od XV w., bowiem już statut Jana Olbrachta z 1493 r. stwierdzał, że wpisy dokonane w księgach sądowych i dotyczące umów *in vim reemptionis* (a więc obok wyderku także kupna renty)¹⁷¹ nie ulegają przedawnieniu w odróżnieniu od innych wpisów¹⁷². Bardzo wyraźnie tę zasadę odnośnie do wyderku podkreśla wspomniany¹⁷³ *Zbiór (Puncta)* z 1544 r. mówiący, że wyderkaf w odróżnieniu od zastawu nie przedawnia się, przy czym starano się znaleźć cezurę między zastawem użytkowym a wyderkiem. Do tego ostatniego zaliczono umowy (wpisy do ksiąg), w których strona (dłużnik) na swych dobrach (domyślamy się: pozbytych drugiej stronie) zapisywała sumę (dług) *usque ad exemptionem*, nie używając przy tym formuły stosowanej przy zastawie i precyzującej termin odkupu¹⁷⁴. Wreszcie konstytucja sejmowa z 1588 r. wyliczając pewne

tibus, statuimus, ut consuetudo illa in omnibus, et per omnia observatur, vimque statuti obtineat; liceatque bona sua culibet redimere volenti, ipsorum possessorem, ad tollendam pecuniam, ad iudicium seu officium castrense citare, citatusque pecunias teneatur recipere, forum castrense non declinando.

¹⁷⁰ P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 320⁵, pisze, że jeszcze w 1590 r. na ziemi ruskiej (sejmik wiszeński) domagano się, aby *exemptio* następowała wedle zwyczajów wielkopolskich. Dorzućmy, że opracowana w 1642 r. tzw. *Abbreviatio processus iuridici* (nie weszła zresztą w życie) gwarantowała województwom małopolskim postępowanie przy odkupie takie, jak w Wielkopolsce (tzn. jak w wspomnianej konstytucji sejmowej z 1540 r.), zob. *SPPP* t. VII, z. 2, Kraków 1882, s. 264. W pewnym sensie do przepisów z 1540 nawiązywała także konstytucja z 1635 r. (por. s. 57-58), przewidująca jurysdykcję starościńską w sprawach o renty.

¹⁷¹ Na ten temat zob. B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 230¹¹⁰ (przypis wydrukowany na s. 492-493).

¹⁷² *Jus Polonicum*, wyd. J. W. Bandtkie, Warszawa 1831, s. 329, p. 20: — — *quod libri praefati* (sc. kujawskie — przyp. B. L.) *secundum consuetudinem terrarum Maioris Poloniae de caetero observentur, ita quod cuiuslibet inscriptionis, in eisdem contentae, post decursum trium annorum et sex septimanarum praescriptio omnimodo praeterire debeat, excepto, quod sit in vim reemptionis, quae nullam debet habere praescriptionem*. Wydaje się, że ten właśnie przepis dał podstawę do stworzenia w Korekturze Taszyckiego (1532) następującego postanowienia: C. 321 — *Nisi inscriptio et obligatio bonorum vel hereditatis facta fuerit cum conditione retrovendendi seu «na widerkoff» in qua iuxta veterem consuetudinem nullam volumus currere praescriptionem*.

¹⁷³ Zob. przyp. 91.

¹⁷⁴ *Puncta*, s. 223, pkt 72: *Item, inscriptio vis reemptionalis alicui facta alias na wyderkow non praescribitur; sed obligatio facta seu inscriptio a festo nativitatis Christi ad alia festa se sequentia continue, tenens aliquis ea bona in obligatione pacifice per triginta annos non renovata inscriptione, iuxta statutum talis inscriptio praescriptionem habet triginta annorum; et similiter inscriptio facta eo modo, in qua stat ita: «Johannes inscribit Michaeli bona sua in centum florenis vel marcis usque ad exemptionem», non exprimendo «a festo nativitatis Christi usque ad alia festa modo obligatorio tenendum, habendum, possidendum etc.», talis enim inscriptio censetur reemptionalis, cui praescriptio non potest ascribi. Przepis ten*

kategorii dóbr nie podlegające dawności wymieniała: — — *także dobra in vim reemptionis, alias na wyderkaf zapisane* ¹⁷⁵.

Trafiamy więc na element wyraźnie odróżniający (mam na myśli praktykę, nie teorię) wyderkaf od zastawu ¹⁷⁶. Można uznać za dziwne, że właśnie wyderkafy nie ulegały przedawnieniu, skoro przy tych umowach prawa nabywcy wydają się silniejsze (sprzedaż połączona z przeniesieniem własności) niż przy zastawie ¹⁷⁷. Wydaje się, że motywacji nieprzedawnienia się prawa odkupu przy wyderku szukać należy w doktrynie, mówiącej o swobodzie odkupu nieruchomości przez dłużnika-sprzedawcę. Taka swoboda wymagała nieograniczonego terminu odkupu. Śmiglecki ¹⁷⁸ potępiał zakaz odkupu po pewnym czasie, co wcale zresztą nie przeszkadzało w praktyce wprowadzać różne ograniczenia (wariant C i D odkupu). Być może właśnie zasada pełnej swobody, wzięta z doktryny, przyłgnęła do wyderku, jako do instytucji młodszej niż zastaw użytkowy, w postaci nieprzedawniania się prawa do odkupu. Przy zastawie natomiast stosowano starszą chyba zasadę przedawnienia, z biegiem czasu łagodzoną (przedłużanie okresu przedawnienia) i wreszcie może całkowicie zniesioną ¹⁷⁹.

Czy wszakże zasada nieprzedawniania się prawa odkupu przy wyderku działała bezwzględnie? Niewątpliwie nie, jeśli w umowie stosowano klauzulę, że w razie braku odkupu w terminie *ad quem* (wariant C odkupu), nieruchomość przechodziła na nieograniczoną własność (tj. bez obowiązku odprzedaży). Musimy przyjąć, że działała zasada *lex specialis* (dla stosunków średniowiecznych i zwłaszcza polskich raczej *consuetudo specialis*) *derogat generali*. Innymi słowy, zasada nieprzedawniania się prawa odkupu mogła znaleźć zastosowanie tylko przy wyderkach bezterminowych (*usque ad exemptionem, exemptio* — — *quandocumque voluerit*) ¹⁸⁰.

powtórzony został przez T. Zawackiego, *Processus*, s. 26. A. Lipski, *Observationes*, nr 31, s. 160, zauważył krótko, że wyderkaf nie podlega trzydziestoletniemu przedawnieniu.

¹⁷⁵ VL II, s. 1213.

¹⁷⁶ Za tym, że prawo zastawcy do wykupu podlegało przedawnieniu jeszcze co najmniej w połowie XVI w., świadczy przytoczony w przyp. 174 przypis ze Zbioru (*Puncta*) oraz inne punkty tego Zbioru (np. 214a, s. 350). P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, I, s. 317, stwierdza, że „zastawa nie ma dawności”, jednak w t. II, s. 325 - 326, przyjmuje tezę (są na nią dowody źródłowe), że w wiekach XIV - XVI zastawca tracił prawo odkupu na skutek przedawnienia i że dopiero później (od XVI w.?) znajdowała zastosowanie wspomniana zasada, że „zastawa nie ma dawności”. Kwestia przedawnienia przy zastawie wymaga niewątpliwie wyjaśnienia i oddzielnych badań.

¹⁷⁷ Jak wiemy jednak (por. pkt 3 niniejszego rozdziału) rzadko można stwierdzić fakt, że nabywcy na wyderkaf przysługiwało silniejsze prawo rozporządzania rzeczą niż zastawnikowi.

¹⁷⁸ Por. s. 34.

¹⁷⁹ Zob. P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, s. 325 - 326 i por. przyp. 176.

¹⁸⁰ Por. przyp. 137.

5. Przed przystąpieniem do opracowania wniosków dotyczących miejsca i roli wyderkafu w dawnym prawie ziemskim (p. 6) zwróćmy jeszcze uwagę na pewien niedostatek świeckich aktów normatywnych odnoszących się do badanej instytucji. Utrudnia to jej poznanie od strony formalno-dogmatycznej. Wyderkiem zajmowało się kilka aktów, wszystkie jednak (z wyjątkiem może *Formula processus* z 1523 r.) marginalnie lub wycinkowo, nie dając pełnego obrazu jego konstrukcji prawnej. Prawie wszystkie te akty zostały wymienione, a zatem wyliczenie ich będzie w większości podsumowaniem działalności normatywnej już poznanej, z wyjątkiem aktu z 1635 r., co do znaczenia którego przywiązuje się niekiedy w literaturze naukowej przesadną wagę (lub niewłaściwie interpretuje się jego treść).

W 1493 r. statut Jana Olbrachta unormował, że wpisy na wyderkaf — dokonane w księgach sądowych — nie podlegają przedawnieniu¹⁸¹. W 1523 r. *Formula processus* podała wzór umowy wyderkafowej¹⁸². W 1540 r. konstytucja sejmowa starała się unormować sposób przeprowadzenia odkupu i przełamać pewne trudności wywoływane zachowaniem się wierzycieli¹⁸³. Konstytucja sejmowa z 1588 r. (podobnie jak statut z 1493 r.) normowała zasadę nieprzedawniania się prawa odkupu¹⁸⁴. Oto wszystkie — jeśli coś nie umknęło mej uwagi — akty normatywne z XV i XVI w. zajmujące się w jakiś sposób wyderkiem¹⁸⁵!

Najwięcej uwagi w związku z wyderkiem zwracała na siebie lub nawet wywoływała spory konstytucja sejmowa z 1653 r. Wielu badaczy traktowało jej postanowienia jako odnoszące się tylko do kupna renty, nie dostrzegając, że dotyczyły one również (czy przede wszystkim) sprzedaży *in vim reemptionis*, i że powstały one właśnie w związku z tą instytucją (— — *bona in vim redemptionis* — — *per intromissionem po-*

¹⁸¹ Zob. s. 54.

¹⁸² Zob. s. 41.

¹⁸³ Zob. s. 53.

¹⁸⁴ Zob. s. 55 - 56.

¹⁸⁵ Uwzględniłem te, które weszły w życie. Pomijam więc tu np. Korekturę Taszyckiego z 1532 r. i inne. Nawiasem mówiąc nie wносиły one żadnych nowości. Np. Korektura Taszyckiego w C. 889 powtarzała znaną formułę wyderkafową z *Formula processus* z 1523 r. (por. przyp. 105), a C. 321 o przedawnieniu idzie w ślad za przepisem z 1493 r. (por. przyp. 172).

¹⁸⁶ Tylko do kupna renty postanowienia z 1635 r. odnosili: K. B. Steiner, *Über Pfandesverschreibung auf adliche Güter nach polnischen Rechten*, Toruń 1803, s. 10 (cytuje za W. Dutkiewiczem, *Program*, s. 204 oraz S. Salmonowiczem, *Krystian Bogumił Steiner, 1746 - 1814, toruński prawnik i historyk*, Toruń 1962, s. 111, referującym poglądy Steinera na konstytucję z 1635 r. i przychylającym się do tych poglądów); A. Z. Helcel, *Prawo prywatne*, s. 218 - 219; P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, t. II, s. 282 (mimo że uczony ten, ibidem, s. 283¹, stwierdzał, iż różnie tłumaczy się ustawę z 1635 r., jak również przedstawiał toczoną na ten temat dyskusję); J. Rafacz, *Dawne prawo sądowe polskie w zarysie*, Warszawa 1936, s. 333 i ostatnio Z. Zdrójkowski w niezbyt szczęśliwym wywodzie (zob. przyp. 194) zawartym w *Historii państwa*, t. II, s. 290.

dane — jak mówi cytowany niżej fragment konstytucji, a więc dobra, a nie renty)¹⁸⁶. Inni wszakże (W. Dutkiewicz¹⁸⁷, idący za nim P. Burzyński¹⁸⁸ i ostatnio W. Sobociński¹⁸⁹) trafnie to dostrzegli.

Główny sens postanowienia z 1635 r. (p. 11, O wyderkach¹⁹⁰) odnajdujemy w początkach przepisu: *Wyderkaffy kościołom, zakonom, szpitalom, akademiom, y inszym duchownym osobom (wcale przeszłe zachowując) napotym tak assekuruujemy, żeby bona in vim redemptionis alias na widerkauff obligowane, et per intromissionem podane, in possessione dziedziców zostawały, placąc z nich czynszu rocznego podług sumy należącej po siedmi złotych od sta — —*. Sens jest tu całkiem jasny: po wydaniu konstytucji nie wolno było sprzedawać *in vim reemptionis* dóbr nieruchomości instytucjom kościelnym. Sprzedaże takie musiały być zastępcie sprzedażami renty wykupnej o stopie 7⁰/₀, przyjęto bowiem zasadę, że dobra „na widerkauff obligowane” muszą pozostać w posiadaniu dotychczasowych właścicieli — dłużników¹⁹¹ (a przy rencie tak się właśnie działo). Cały ten przepis ma charakter wyraźnie ograniczający prawa majątkowe Kościoła (*A żeby in fraudem et elusionem legis praesentis, pod pretexto wyderkaffów dobra ziemskie od stanu szlacheckiego nie odpadły* — jak wzmiankuje się w omawianym akcie) i należy do tzw. ustaw amortyzacyjnych¹⁹².

Obok przytoczonego podstawowego postanowienia, p. 11 konstytucji zawierał inne, mniej związane z naszym tematem. Były to: a) dłużnik tj. sprzedawca renty) miał prawo za wypowiedzeniem (na 12 tygodni przed odkupem) zawsze wykupić nieruchomość, a w razie odmowy przyjęcia sumy przez właściciela, złożyć ją w kapitule lub w grodzie; b) nie

¹⁸⁷ W. Dutkiewicz, *Program*, s. 204, który zarzucał K. B. Steinerowi i J. W. Bandtkiemu (w tym ostatnim przypadku niezbyt słusznie, bo Bandtkie, *Prawo prywatne*, s. 403, dostrzegał, że postanowienie z 1635 r. odnosi się do sprzedaży nieruchomości z prawem odkupu), iż potraktowali przepis z 1635 r. jako odnoszący się do kupna renty.

¹⁸⁸ P. Burzyński, *Prawo prywatne*, II, s. 459⁵⁶⁹, powtarza w skrócie zarzuty Dutkiewicza (por. przyp. poprzedni).

¹⁸⁹ W. Sobociński, *Historia kupna renty*, s. 163.

¹⁹⁰ VL III, s. 856 - 857.

¹⁹¹ Podobnie W. Dutkiewicz, *Program*, P. Burzyński, *Prawo prywatne* i W. Sobociński, *Historia kupna renty*. Zauważmy, że wszyscy wymienieni badacze (W. Dutkiewicz, *Program*, s. 39 i 203; P. Burzyński, *Prawo prywatne*, s. 458; W. Sobociński, *Historia kupna renty*, s. 162-163) przyjmują, że zwykle sprzedaże nieruchomości z prawem odkupu były pozorne w tym sensie, że posiadanie dóbr pozostawało w rękach dłużnika, który płacił nabywcy rentę (czynsz dzierżawny). Gdyby tak rzeczywiście było (np. na ten temat s. 61), wydawanie omawianego przepisu z 1635 r. nie miałoby większego sensu i nie byłoby takiej potrzeby (skoro sprzedana nieruchomość i tak pozostawała w ręku sprzedawcy-dłużnika).

¹⁹² Pkt 11 poprzedzony był w konstytucji pkt. 10, zawierającym zakaz alienacji na rzecz kościoła. Na temat charakteru amortyzacyjnego postanowień zawartych w pkt. 11 zob. J. Mazurkiewicz, *Ustawy amortyzacyjne w dawnej Polsce*, Pam. Hist. Prawny, t. XII, z. 2, Lwów 1933, s. 36 - 37 (cyt. *Ustawy*).

wolno było obciążać dóbr ponad połowę wartości; c) spory dotyczące zapłaty renty (poszczególnych rat) należały do jurysdykcji starościńskiej i przebiegały w uproszczonym trybie.

Można więc zamknąć długotrwały spór naukowy na temat aktu z 1635 r. stwierdzeniem, że odnosił się on zarówno do wyderkafu, jak i do kupna renty, a to w tym sensie, że likwidowano wyderkafy na rzecz Kościoła i zastąpiono je rentami, co do których równocześnie podjęto wymienione przed chwilą postanowienia dotyczące stopy, odkupu i sporów pomiędzy stronami. Akt z 1635 r. był ostatnim aktem normatywnym świeckim zajmującym się naszą instytucją. Przepisy znajdujące się w konstytucjach Wielkiego Księstwa Litewskiego z lat 1673 i 1678 nie miały nic wspólnego ze sprzedażami nieruchomości *in vim reemptionis*, mimo że powoływały się na akt z 1635 r. Nawiązywały bowiem tylko do tych postanowień aktu z 1635 r., które dotyczyły postępowania z rentami¹⁹³.

Niewiele w akcie z 1635 r. tego, co by normowało obie wspomniane instytucje od strony dogmatycznej. Jest to zrozumiałe: ustawodawca tworząc omawiany akt miał na celu utrzymanie stanu posiadania szlachty ze względu na obronność kraju, a nie zmiany formalno-dogmatyczne w samych instytucjach. Tymczasem w literaturze naukowej przypisywano postanowieniu z 1635 r. znaczenie, jakiego nigdy nie miało. Dopatrywano się związków przepisów z 1635 r. z bullą papieską *Cum onus* z 1569 r.¹⁹⁴ Artykuł niniejszy nie zajmuje się kwestią kupna renty, której bulla *Cum onus* była poświęcona¹⁹⁵. Można tylko zauważyć, że bulla unormowała instytucję kupna renty od strony prawnej (oczywiście z punktu

¹⁹³ VL V, s. 91 i 312. Por. A. Z. Helcel, *Prawo prywatne*; P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, II, s. 282 - 283; J. Mazurkiewicz, *Ustawy*, s. 37 i n.

¹⁹⁴ Już Zalasowski, IRP, t. II, ks. III, cz. 2, tyt. 15, s. 660, doszukiwał się pewnej zgodności postanowień z 1635 r. z przepisami bulli *Cum onus*. A. Z. Helcel, *Prawo prywatne*, s. 218 - 219, idąc zapewne w ten ślad, szczegółowo omówił postanowienia z 1635 r. i stwierdził, że „ustawa ta w zasadach głównych zgodna jest z zasadami bulli Piusa V” (powtórzył za Helclem tę myśl P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, II, s. 282). Może to sformułowanie stało się źródłem inspiracji dla autora (Z. Zdrójkowski) wywodu o kupnie renty w t. II *Historii państwa*, s. 290, tej treści: „Kościół — jak wiadomo — popierał instytucję kupna renty i nie podciągał jej pod pojęcie lichwy. W tym duchu wydana została dla Polski przez papieża Piusa V w 1659 r. (sic — przyp. B. L.) bulla *Cum onus apostolicae servitutis*. Już wcześniej (podkr. moje — B. L.) konstytucja z 1635 r. unormowała obciążenie dóbr nieruchomości wyderkafami na rzecz duchowieństwa i instytucji kościelnych [...]”. Oczywiście — na skutek omyłki w dacie — mało prawdy w tym wywodzie, bo konstytucja z 1635 r. została wydana dopiero po 66 latach od chwili ukazania się bulli (1569 r.). Zaznaczyć też trzeba, że bulla *Cum onus* wcale nie została wydana „dla Polski”. Na błędy te zwracałem uwagę już parę lat temu (*Kupno renty*, s. 80²⁰⁰, przypis wydruk. na s. 360), ale bezskutecznie (w wyd. IV wspomnianego podręcznika, Warszawa 1971, s. 290, te same błędy).

¹⁹⁵ Zob. moje *Kupno renty*, s. 78 - 80.

widzenia prawa kanonicznego) szczegółowo i wyczerpująco¹⁹⁶, podczas gdy konstytucja z 1635 r. tym problemem mało się zajmowała. Trudno dostrzec więc związki między obu aktami. Dopatrywano się też w przepisach z 1635 r. generalnego postanowienia w sprawie wysokości stopy rent¹⁹⁷ lub traktowano je jako odnoszące się także do prawa miejskiego¹⁹⁸.

Znaczenie konstytucji z 1635 r., podobnie jak innych świeckich aktów normatywnych, było dla naszej instytucji z punktu widzenia jej konstrukcji prawnej minimalne. Nie można natomiast nie dostrzec jej dużego znaczenia dla dalszych losów wyderkafu. Jeżeli bowiem przestrzegano jej (rzecz ta wymaga zbadania), skutki jej dla sprzedaży z prawem odkupu musiały być takie, że ta ostatnia straciła mocno na znaczeniu¹⁹⁹ i że kurczyła się możliwość jej stosowania, skoro szlachcie nie wolno było sprzedawać duchowieństwu *in vim reemptionis* samej nieruchomości, lecz tylko dochód z niej.

6. Ocena roli i miejsca wyderkafu w systemie dawnego polskiego prawa ziemskiego nie jest łatwa ze względu na wiele razy już podkreślaną w toku niniejszej pracy nieostrość konturów prawnych badanej instytucji. Nie zwalnia to jednak autora od obowiązku formułowania wniosków i podsumowania rezultatów badań nad ziemskim wyderkiem.

¹⁹⁶ Najdokładniej przedstawia tekst bulli A. Z. Helcel, *Prawo prywatne*, s. 212 - 214.

¹⁹⁷ Np. Z. D r ó j k o w s k i, *Historia państwa*, II, s. 277, pisze: „ustawa z 1635 r. regulowała też wyderkafy, obniżając (podkr. moje — B. L.) czynsz do 7% od kapitału [...]”. K. B u k o w s k a, ibidem, s. 307²² stwierdziła natomiast, że konstytucja z 1635 r. ustalała maksymalną wysokość rent na 7%. Wspomniani autorzy nadali więc przepisowi o wysokości renty charakter postanowienia normującego generalnie i bezwzględnie wysokość stopy rent, podczas gdy akt z 1635 r. mówił tylko, jak wysoką stopę stosować w przypadku, gdy wyderkafy na rzecz kościoła miały być zastępowane przez sprzedaż renty. Już W. Dutkiewicz, *Program*, s. 204, zwracał uwagę na to, że postanowienie o stopie nie obowiązywało bezwzględnie.

¹⁹⁸ K. B u k o w s k a, l. c. pisze: „Postanowienia konstytucji z 1635 r. dopuszczające obciążenie nieruchomości tylko do połowy ich wartości i ustalające maksymalną wysokość czynszu na 7% nie były przestrzegane w praktyce miejskiej”. Można się tylko zapytać: a dlaczego miały być przestrzegane, skoro przepisy z 1635 r. dotyczyły tylko dóbr sprzedawanych na wyderek duchowieństwu przez szlachtę? Dodajmy nawiasem, że na poparcie swojej tezy autorka przytacza m.in. wzmianki z *Akt radzieckich poznańskich* (w wyd. K. K a c z m a r c z y k a), t. III, nr 1895 i 2142 pochodzące z... 1502 i 1504 r. (przy czym tylko w drugiej odpowiednia informacja)! Powołuje także VL III, s. 756 - 757, gdzie niczego do kwestii rent lub wyderkafów znaleźć nie można (są tam przepisy z 1632 r. — a więc znowu pochodzące z lat przed 1635 r.! — dotyczące porządku w czasie sejmiku elekcyjnego).

¹⁹⁹ W. Dutkiewicz, *Program*, s. 203, uważa nawet, że „stanowczą wszakże tamę położono tym widerkom, czyli implicite oneż zniesiono” w 1635 r. Chyba to przesada (rzecz tę wyjaśnia dalsze badanie), skoro konstytucja znosiła tylko wyderkafy na rzecz kościoła.

A. Pojęcie. Badana instytucja była w prawie ziemskim sprzedażą nieruchomości, ograniczoną jednak przez prawo odkupu przysługujące sprzedawcy (taka definicja wynika choćby z *Formula processus* z 1523 r. — por. p. 1 tego rozdziału). Obok takiego pojmowania wyderkafu, w głównych zarysach zgodnego z wymogami ówczesnej doktryny kanonicznej i teologicznej, kształtowało się pojęcie dodatkowe, być może późniejsze (pierwsze jego wyraźne ślady w XVI w.), że za wyderek należy także uważać zastaw dokonany *usque ad exemptionem*, bezterminowy (najwyraźniej podkreślają to *Puncta* z połowy XVI w.²⁰⁰). Dzięki takiemu pojmowaniu czynności sprzedaży *in vim reemptionis* odbiegała ona od kanonicznego wzorca, pojęcie jej stawało się coraz szersze i coraz to podobniejsze do pojęcia zastawu.

B. Wyderek a zastaw. Jeśli pewien rodzaj zastawu użytkowego ścisłego (zastaw bezterminowy) był traktowany w praktyce ziemskiej za identyczny ze sprzedażą na wyderek, to inne rodzaje tego zastawu odróżniano od wyderkafu. Znajdujemy następujące podstawowe różnice²⁰¹:

a) zastawiona nieruchomość ulegała przedawnieniu (przynajmniej jeszcze w XVI w.), natomiast sprzedana na wyderkaf nie ulegała; ta różnica występuje w praktyce ziemskiej ze wszystkich najwyraźniej (por. p. 4 rozdziału);

b) zwrot długu (odkup) przy wyderku mógł nastąpić tylko wówczas, gdy chciał tego dłużnik (sprzedawca), przy zastawie natomiast zastawnik mógł żądać od dłużnika uiszczenia długu; w świetle zwyczajów ziemskich ta różnica wydaje się bardziej teoretyczna niż praktyczna²⁰²;

c) przy wyderku ryzyko zniszczenia rzeczy (wypadek losowy) ponosił kupujący, przy zastawie zniszczenie rzeczy nie uwalniało zastawcy od wykonania świadczenia; i ta różnica wydaje się bardziej teoretyczna niż praktyczna²⁰³.

d) przy wyderkafie następowało przeniesienie własności i posiadania (p. 2), przy zastawie — jak sądzimy — tylko posiadania.

²⁰⁰ Por. przyp. 95 i 174.

²⁰¹ Nie zawsze można udzielić w pełni zadowalającej odpowiedzi na to pytanie, a to w dużej mierze ze względu na niedostateczne wiadomości o zastawie polskim (brak wyczerpującej monografii na temat zastawu; monografię taką dopiero przygotowuje Jacek S. Matuszewski z UŁ).

²⁰² Wiemy już, że ten podstawowy wymóg (tj. że odkup tylko za wolą sprzedawcy) podkreślany przez doktrynę był w praktyce łamany (np. wyderki wielkopolskie wspomniane przez Śmigleckiego). Z drugiej strony nasuwa się pytanie, czy istotnie przy zastawie wierzyciel mógł żądać zwrotu długu (tak P. Dąbkowski, *Prawo prywatne*, II, s. 319), czy też raczej obowiązywała zasada, że zwrot długu, tj. wykup nieruchomości z rąk zastawnika, jest raczej prawem niż obowiązkiem dłużnika (tak Z. Rymaszewski, *Zastaw*, s. 120 oraz J. Bardach, *Historia państwa*, I, s. 503). Jeśli okaże się, że ta druga ewentualność odpowiada prawdzie, to w kwestii odkupu nie było specjalnych różnic między wyderkafem a zastawem.

²⁰³ Źródła praktyki (zapiski sądowe, dokumenty) milczą na temat *periculum* zniszczenia lub uszkodzenia rzeczy sprzedanej na wyderek, trudno więc przepro-

Różnice powyższe pozwalają utrzymać cezurę między wyderkiem a zastawem użytkowym ścisłym, instytucjami wykazującymi wiele podobieństw. Jest rzeczą oczywistą, że niewiele różniły się obie instytucje w sensie gospodarczym. I tu i tam dokonywano operacji kredytowej: pożyczano pewien kapitał za wynagrodzeniem, wyrażającym się w formie pożytków płynących z nieruchomości stanowiącej zabezpieczenie długu i źródło wspomnianych pożytków. Niemniej wskazane różnice prawne powodowały, że sytuacja prawna (w rezultacie również gospodarcza) wierzyciela-kupującego na wyderek była gorsza niż wierzyciela-zastawnika²⁰⁴.

C. Sposób realizacji umowy wyderkowej. Poprzednie uwagi dotyczące pojęcia wyderkafu należy uzupełnić dodatkowymi spostrzeżeniami, dotyczącymi sposobów realizacji naszego kontraktu. Wspomniano już poprzednio, że wielu badaczy (Maciejowski, Dutkiewicz, Burzyński, Sobociński) dopatrywało się pewnej fikcji przy realizacji wyderkafu. Ich zdaniem posiadanie sprzedanej nieruchomości pozostawało zwykle przy sprzedawcy, głównie dzięki temu, że utrzymywał się on w dobrach jako dzierżawca „sprzedanej” przez siebie nieruchomości.

Teza ta odnośnie do zwyczajów ziemskich (inaczej mogło być w miastach — o czym w rozdz. V) nie znajduje potwierdzenia. Można powiedzieć na podstawie źródeł, podsumowując uwagi zawarte w poprzednich punktach, że umowa wyderkowa była umową rzeczywistej sprzedaży tzn., że kupujący obejmował kupioną nieruchomość w posiadanie i na niej rzeczywiście się gospodarzył. Przemawiają za tym choćby następujące informacje: 1) dokonywano intromisji (por. p. 2); 2) określano zakres uprawnień nabywcy na kupionej posiadłości w sposób, jaki mógł dotyczyć tylko rzeczywistego użytkownika (por. p. 3); 3) przepisy konstytucji z 1635 r. zmierzają do zapobieżenia posiadaniu dóbr przez kupującego (w tym przypadku wywodzącego się ze sfer kościelnych).

Wszystko przemawia więc za tym, że fizyczne posiadanie rzeczy i jej użytkowanie przez kupującego było regułą przy naszym kontrakcie. Nie wyłącza to możliwości stosowania dodatkowej umowy, tj. dzierżawy nieruchomości przez sprzedawcę, wszakże taki rodzaj postępowania w praktyce ziemskiej trzeba uznać za wyjątkowy, tym bardziej że i w źródłach trudno się go doszukać (por. p. 2).

wadzać porównania z zastawem. Trudno też zorientować się na podstawie literatury naukowej, jak przedstawiała się kwestia odpowiedzialności dłużnika w razie zniszczenia zastawu nieruchomego (np. uwagi Dąbkowskiego, *Prawo prywatne*, II, s. 316 nn, dotyczą przede wszystkim rzeczy ruchomych, głównie według prawa litewskiego, a gdy Dąbkowski pisze o szkodzie w nieruchomości, to raczej z punktu widzenia obowiązków zastawnika wobec zastawcy niż na odwrót).

²⁰⁴ W. Dutkiewicz, *Program*, s. 200, dostrzegając korzystniejszą pozycję zastawnika pisał, że wyderkafy „nie musiały być częstymi”.

V

Rozprawa niniejsza porusza głównie kwestię wyderkafu w świetle prawa ziemskiego. Warto jednak przy tej okazji dotknąć także — bez pretensji do pełniejszego i bardziej wyczerpującego przedstawienia — problemów prawa miejskiego. Trzeba z góry zaznaczyć, że materiały źródłowe dotyczące wyderkafu jako instytucji prawa miejskiego są bardzo skromne, mało jest zwłaszcza informacji pochodzących z ksiąg sądowych lub z dokumentów ²⁰⁵.

Wyderek w prawie miejskim znany był i stosowany już w XIV w., a więc zapewne wcześniej (podobnie jak kupno renty) niż w prawie ziemskim. Najstarszą wzmianką, jaką znamy, jest krakowska zapiska z 1375 r. mówiąca o sprzedaży ogrodu z zastrzeżeniem odkupu dla sprzedawcy *quando voluerit et poterit* (a więc typowa klauzula odkupu nie ograniczająca swobody dłużnika). Mówi się w tej wzmiance o możliwości dalszej odprzedaży przez nabywcę, z zastrzeżeniem jednak, iż sprzedawca musi być o tym powiadomiony, aby mógł albo odkupić, albo też wyrazić zgodę na sprzedaż osobie trzeciej ²⁰⁶. Wynika z tego, że prawo sprzedawcy do odkupu w razie dalszej (tj. osobie trzeciej) alienacji nieruchomości, upodabniało się do prawa pierwokupu. Z innego przekazu dowiadujemy się, że można było stosować ograniczenia swobody odkupu, znajdujemy mianowicie informację o zakazie odkupu w ciągu 2 lat (por. wariant A w rozdz. IV, p. 4) ²⁰⁷. W Krakowie wyderkafem posługiwało się też miasto, sprzedając od czasu do czasu swe wsie Grzegórzki i Dąbie różnym bogatym mieszczanom ²⁰⁸. Były to jednak transakcje bardzo rzadkie w porównaniu z bardzo częstymi sprzedażami rent przez miasto Kraków ²⁰⁹. Niemal zupełnie brakuje informacji na temat wyderkafu w źródłach po-

²⁰⁵ Zupełnie inaczej miała się rzecz ze źródłami dotyczącymi sprzedaży renty na wyderkaf; w księgach sądowych lub w dokumentach aż się roi od informacji na ten temat, co pozwoliło piszącemu te słowa opracować w szczegółach zagadnienie kupna renty w miastach polskich, zob. *Kupno renty*, s. 83-217.

²⁰⁶ *Acta scabinalia Cracoviensa*, wyd. S. Krzyżanowski, Kraków 1904, nr 1045: *Michil Rotman ortum suum in Nigra villa — — pro VII marcis venditum Nicolao de Glogouia sartori resignavit, potest tamen et debet reemere eundem ortum pro dicta pecunia, quando voluerit et poterit, si vero dictus Nicolaus ortum medio tempore vendere decreverit, hec debet sibi Michaeli intimare, ut eundem ortum reemat aut de vendicione consenciat — —*.

²⁰⁷ *Kodeks dyplomatyczny miasta Krakowa 1257-1506* (cyt. dalej KDMK), wyd. F. Piekosiński (Monum. Medii Aevi Hist., t. V i VII, Kraków 1879-1882), nr 523 (1433 r.).

²⁰⁸ KDMK nr 523 (1433 r.) — za 620 flor., odkup nastąpił w 1437 r.; nr 574 (1465 r.) — za 1200 flor., odkup nastąpił w 1471 r.; nr 581 (1472 r.) za 1300 flor.; nr 591 (1476 r.) za 1250 flor., odkup w 1494 r.; nr 607 (1494 r.) za 1250 flor., odkup w 1496 r.

²⁰⁹ Por. ibidem, cz. 4, s. 651-719. Według moich obliczeń (*Kupno renty*, s. 177) 101 sprzedaży rent wobec kilku (por. przyp. poprzedni) tylko wyderkafów.

znańskich. Jedna krótka wzmianka z 1436 r. potwierdza tylko fakt wystąpienia naszej instytucji, nic natomiast ciekawego nie wnosi²¹⁰.

Rzadkość informacji o wyderkafie w miastach może sugerować, że nie odgrywał on większej roli w mieszczańskim obrocie kredytowym. Wyderek w miastach był jednak instytucją bardziej rozpowszechnioną, niżby to wynikało z opublikowanych źródeł praktyki prawnej. Już w XV w. Ostroróg potępiał *domorum redemptionem, que wyderkow dicitur*, miał więc na myśli (jak można wnosić na podstawie słowa *domorum*) instytucję stosowaną w miastach²¹¹. Śmiglecki (przełom XVI i XVII w.) poświęcił cały rozdział wyderkafom kamienic, więc już wyraźnie odniósł swój wywód (nie różniący się specjalnie od wywodu na temat wyderku ziemskiego, omówionego w rozdz. III) do stosunków miejskich²¹². Najbardziej miarodajne są jednak uwagi B. Groickiego poczynione w jego *Rejestrze do porządku i do artykułów prawa majdeburskiego i cesarskiego*, wydany w 1567 r.²¹³ W zakończeniu *Rejestru* (*Przyczynek do tego Rejestru zapisow potrzebnych*) podał Groicki kilka wzorów zapisów i zamieścił krótkie do nich komentarze, m.in. na temat wyderkafu.

Groicki stwierdza najpierw, że: *Bywają takie przedawania i wzdania domów, iż sprzedawca albo potomkowie jego, on dom sprzedany będą mogli (wedle łaski od kupca sobie zostawionej) za tę sumę odkupić, za którą ich przodek sprzedał; zowią takie przedania Polacy na widerkauff, łacinnicy in vim reemptionis. A poki sprzedawca nie odkupi, mieszka zaś w onym domu za najmem od tego, kto kupił, wedle umowy*. Dalej Groicki podaje wzór umowy sprzedaży na wyderkaf oraz formę wzdania sprzedanej w ten sposób nieruchomości.

W komentarzu Groickiego uderza przede wszystkim jedna rzecz, a mianowicie, że po wzdaniu nieruchomości (domu) obie strony zawierały umowę najmu i że sprzedawca na tej podstawie pozostawał w domu jako lokator (zatem czynsz płacony przez niego odgrywał rolę odsetek przypadających nabywcy), przez co sprzedaż nabierała pewnych cech pozorności, a więc tego, co zwalczał Śmiglecki (ale co dopuszczał Lip-

²¹⁰ *Akta radzieckie poznańskie*, wyd. K. Kaczmarczyk, t. I, Poznań 1925, nr 74 (1436 r.).

²¹¹ J. Ostroróg, *Monumentum*, Starod. Pr. Polsk. Pomn. t. V, s. 123: — — *Domorum pretereā redemptionem, que wyderkow dicitur, iustam fore arbitrantur, cum dicatur per Augustinum: Quodcumque ei nomen imponis, usura est, quidquid ultra sortem accesserit* — — . Na temat tej wypowiedzi Ostroroga por. przyp. 4. Literatura dotycząca tej wypowiedzi podana w mojej pracy, *Kupno renty*, s. 300-301 oraz w pracach Sobocińskiego cytowanych w przyp. 4.

²¹² Śmiglecki, *O lichwie*, R. XII.

²¹³ Korzystałem z wydania późniejszego (Przemyśl 1760), opartego na wydaniu krakowskim z 1616 r. Wszystkie cytaty przytoczone dalej pochodzą z wymienionego wydania, s. Yy-Zz. Wypowiedzi Groickiego zauważył A. Z. Helcel, *Prawo prywatne*, s. 227, nie omówił jednak ich dokładnie.

ski)²¹⁴. Odnajdujemy więc w praktyce miejskiej taki sposób postępowania przy wyderkafie, jakiego w zasadzie nie dostrzegaliśmy w praktyce ziemskiej. Z tego też punktu widzenia można uznać za słuszne twierdzenie niektórych badaczy (Maciejowski, Dutkiewicz, Burzyński, Sobociński), że rzecz sprzedana na wyderkaf pozostawała w posiadaniu dłużnika: Wszakże nawet w miastach — jak to wynika z innej uwagi Groickiego — sprzedaż domu na wyderek nie musiała wcale pociągać za sobą umowy najmu²¹⁵. Z drugiej strony trzeba stwierdzić, że właśnie w miastach wspomniany sposób postępowania (tj. wiązania wyderkafu z dzierżawą) znajdował swe uzasadnienie w warunkach lokalnych (gdzie miał się podzielić sprzedawca domu?), ponadto w tym, że kupujący (tj. wierzyciel) miał z miejsca zagwarantowane odsetki w postaci czynszu płaconego przez sprzedawcę. W stosunkach ziemskich kwestia domu (i mieszkania) z tego punktu widzenia nie odgrywała takiej roli jak w mieście, a kupujący liczył na zyski z ziemi i silniej był zainteresowany bezpośrednią eksploatacją nabytej na wyderek nieruchomości.

Odnotujemy też inną ciekawą uwagę Groickiego, a mianowicie o przekształceniu się własności ograniczonej wyderkafem we własność bezwarunkową. *A iż przy takim przedaniu zawżdy się to pokazuje, iż ono imienie lepsze jest niż summa w widerkauffie opisana; a trafia się też na sprzedawcę chudoba taka, iż nie ma czym wykupić, i owszem, iż mu więcej pieniędzy potrzeba, dlatego onę łaskę, która mu jest ku wykupieniu zostawiona i onę lepszość, prawem dziedzicznym, temu kto pierwwej kupno na widerkauff ma, odstępuje* — (dalej Groicki podaje wzór odstąpienia od prawa odkupu — przyp. B. L.)²¹⁶. Wynika z tego, że sprzedawca na skutek ubóstwa rezygnował nieraz za pewnym wynagrodzeniem z zostawionej mu przez nabywcę „łaski wykupienia”²¹⁷. Uważał jednak Groicki, że bardziej bezpieczną formą nabycia nieruchomości na własność nieograniczoną było zeznanie nabywcy, iż przyjął pieniądze od sprzedawcy (tzn. że odkup nastąpił), co pociągało za sobą wzdanie domu sprzedawcy (dłużnikowi), a ten z kolei przenosił (nowe wzdanie) nieruchomość na powrót do rąk tego *co na widerkauff miał dom wzdany*, ale tym razem już na podstawie normalnej (nie ograniczonej wyderkiem) sprzedaży²¹⁸.

²¹⁴ Por. s. 34 - 35.

²¹⁵ *Rejestr*, s. Yy 2v.: *Tu już kupiec mając takie wzdanie (sc. domu na wyderk — przyp. B. L.) najmie zaś sprzedawcy on dom, z czynszu pewnego, wedle umowy. Do ktorego najmu (jeśliby miał być) trzeba obu dwu stron — —*. Słowa „jeśliby miał być” świadczą, że nie zawsze tak postępowano.

²¹⁶ *Rejestr* l. c.

²¹⁷ Trudno się zorientować, czy traktowanie przez Groickiego prawa odkupu jako aktu łaski ze strony kupującego było wyrazem osobistych poglądów autora, czy też wyrazem doktryny prawa miejskiego. Z punktu widzenia prawnego takie traktowanie prawa odkupu było bez znaczenia.

²¹⁸ *Rejestr*, s. Zz.

VI

Wyderkał był instytucją pospolitą oraz uniwersalną. Liczne wzmianki źródłowe, jak i informacje przekazane przez dawnych prawników potwierdzają rozpowszechnienie się tej instytucji na terenie całego kraju. Śmiglecki, zaczynając swój wywód o wyderkach, zauważa, że były one „kontraktem pospolitym po wszystkiej Polsce i Litwie”²¹⁹. Pospolitość wyderkału w Polsce podkreślana jest też przez Zawackiego²²⁰. Jeżeli nie mamy wątpliwości co do częstego występowania naszej instytucji, o tyle można je mieć co do tego, czy tak często — jak się wspomina w źródłach — występowała ona w czystej postaci, czy też może w formie zastawu użytkowego ścisłego, zbliżonego do wyderkału lub nawet utożsamianego z nim? Wiemy już bowiem, jak nikła była granica między tymi dwiema instytucjami.

Uniwersalizm wyderkału dostrzegamy w tym, że kontrakt ów znajdował zastosowanie w różnych stanach i środowiskach, jak również pomiędzy osobami z odmiennych stanów. Zawierano go pomiędzy szlachtą, jak wskazywały na to liczne wzmianki omówione w rozdz. IV. Z tego punktu widzenia wyderkał był bardziej uniwersalny niż kupno renty, które nie przyjęło się w stosunkach pomiędzy samą szlachtą²²¹. Wiemy, choćby na podstawie konstytucji z 1635 r., że wyderkał używany był też przez instytucje kościelne i osoby duchowne²²² występujące zapewne z reguły — jak przy kupnie renty²²³ — w charakterze wierzycieli. Mieszczanie i miasta również posługiwali się w stosunkach kredytowych naszą instytucją, przy czym zdarzało się, że stawali się wierzycielami wielkich feudałów²²⁴. Monarcha szukający kredytów też nie unikał wyderkałów, jak to potwierdzają liczne informacje źródłowe²²⁵.

Sprzedaż nieruchomości z prawem odkupu należała więc w badanym okresie do podstawowych prawnych form obrotu kredytowego. Był to oczywiście instrument kredytu niezbyt doskonały z punktu widzenia wierzyciela, który przy wyderkach bezterminowych mógł latami ocze-

²¹⁹ Śmiglecki, *O lichwie*, R. XI, s. 31. Por. J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne*, s. 400.

²²⁰ T. Zawacki, *Processus*, s. 24: *Huius contractus frequens est usus apud nos in Polonia* — —. Uwaga ta jest jednak umieszczona w takim kontekście, że można ją odnieść do kupna renty lub do obydwu instytucji (tj. zarówno kupna renty, jak i kupna nieruchomości z obowiązkiem odprzedaży).

²²¹ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 244 i n.

²²² Por. też W. Sobociński, *Historia kupna renty*, s. 163.

²²³ B. Lesiński, *Kupno renty*, s. 280 i n.

²²⁴ Por. przyp. 163.

²²⁵ Por. przyp. 123. Liczne wzmianki o sprzedażach na wyderkał przez króla w *Matricularum Regni Poloniae Summaria*, wyd. T. Wierzbowski, t. I, nr 454, 716, 731, 769, 863, 1097, 1746, 2064 (sprzedaże dokonane przez Kazimierza Jagiellończyka); t. II, 654, 1346, 1471, 1541 (sprzedaże dokonane przez Jana Olbrachta); t. III, 219, 596, 1398 (dokonane przez Aleksandra).

kiwać na zwrot kapitału (lub na nabycie nieruchomości bez ograniczeń)²²⁶. Niemniej był to instrument bezpieczny, bo dozwolony z punktu widzenia rygorów kanonicznych.

Nie jesteśmy natomiast w stanie ocenić w pełni znaczenia gospodarczego wyderkafu. Można się oczywiście domyślać, że w poszczególnych przypadkach zachowywano odpowiednią relację między pożyczonym kapitałem (cena kupna) a odsetkami (pożytkami pobieranymi z nieruchomości)²²⁷, możemy też stwierdzać, że wyderek był instytucją powszechnie stosowaną, ale są to obserwacje ogólnikowe i nie dające podstaw do porównań z innymi formami kredytu²²⁸. Wolno jednak sądzić, że przysze badania przyniosą odpowiedzi na te pytania, na które w niniejszej rozprawie nie można było jeszcze w sposób zadowalający odpowiedzieć²²⁹.

²²⁶ S. Russocki, s. 210, podaje przykład jak nieruchomość nabyta na wyderk w 1434 r. (por. przyp. 29) dopiero w 1500 r. stała się własnością pełną.

²²⁷ Już w pracy *Kupno renty*, s. 250¹⁵⁴ (przypis wydruk. na s. 502) próbowałem obliczyć stopę odsetek przy sprzedażach na wyderk odnotowanych w *Acta exp. bell.* (1497 r.). Z obliczenia tego wynika, że była to stopa zbliżona do stosowanej wówczas przy kupnie renty (8,33% lub nieco więcej).

²²⁸ Brak szczególnie jakichś źródeł ciągłych, które by umożliwiły opracowanie zagadnienia w sensie statystycznym (choćby wycinkowo). — Dzisiaj nie podtrzymałbym jednak własnej tezy (*Kupno renty*, s. 247), że wyderk od końca XV w. zajął miejsce zastawu użytkowego. Wydaje się pewne, że zastaw użytkowy ścisły dalej się utrzymywał (mimo utożsamiania pewnych jego form z wyderkiem), choć w sensie ilościowym na pewno stracił na znaczeniu.

²²⁹ Przy opracowaniu niniejszej rozprawy wykorzystano niemal wszystkie źródła opublikowane. Dotyczą one jednak głównie XV w., częściowo też XVI w. Mimo szerokiej kwerendy źródłowej wzmianek o wyderkach znaleziono — proporcjonalnie do wykorzystanych materiałów — raczej mało, co wiąże się z dotkliwym brakiem szerszych publikacji źródłowych (zwłaszcza ksiąg sądowych) z XVI i XVII w., tj. z okresu, w którym badana instytucja była najbardziej rozpowszechniona. Ponowna kwerenda materiałów drukowanych nie dostarczy więc prawdopodobnie nowych, uzupełniających informacji i można tylko liczyć na kwerendę materiałów archiwalnych, jak wiadomo bardzo uciążliwą przy badaniach historycznoprawnych i nie zawsze opłacalną, zwłaszcza przy mniejszych rozprawach.

Kwestia niedostatecznej liczby publikacji źródłowych z XVI - XVIII w. ma szersze znaczenie: pomijanie przez badaczy zagadnień prawa polskiego tego okresu wiąże się — moim zdaniem — w znacznej mierze (lub nawet: przede wszystkim) z wspomnianą kruchością podstawy źródłowej. Istnieje więc — o czym się zapomina lub o czym się nie wspomina — paląca potrzeba publikowania materiałów źródłowych (ksiąg sądowych) z XVI i z następnych wieków, jeśli chcemy, by ożywiły się badania nad prawem polskim tego okresu.

Bogdan Lesiński (Poznań)

LE „WYDEREK” — VENTE DE L'IMMEUBLE À RÉMÉRÉ — DANS L'ANCIEN DROIT POLONAIS (XV-e - XVII-e SIECLES)

Résumé

C'est à partir du XV-e siècle qu'une nouvelle institution juridique, appelée *wyderek* ou *wyderkaf* (mot provenant de l'allemand: *Wiederkauf*) se développa dans le droit polonais, le *ius terrestre*, c'est à dire dans le droit de la noblesse. Ce fut la vente de l'immeuble, où le vendeur se réservait le droit de rachat, donc, une institution analogue à l'institution romaine de la *venditio cum pacto de retrovendo*.

Dans le *ius terrestre*, donc dans le droit polonais originaire, la vente de l'immeuble à réméré s'est formée sous l'influence du droit municipal, fondé sur le modèle allemand, où le *wyderek* était appliqué déjà à partir du XIV-e siècle. Cette institution est devenue un instrument commode de crédit, d'autant plus que la vente à réméré était, du point de vue des conceptions canoniques et théologiques sur l'usure, considérée comme institution licite. La noblesse dans ses rapports réciproques ne profitait pas de l'institution de la vente des rentes rachetables (aussi d'ailleurs appelée *wyderkaf*), c'est-à-dire de la vente du revenu provenant d'un immeuble, toutefois sans transmission de l'immeuble à l'acheteur de la rente. Par contre la noblesse a bien préféré l'institution de la vente d'un immeuble lui même — avec ses revenus, et où le vendeur (le débiteur) gardait le droit de le racheter sur sa demande. Il faut ajouter que ce genre de la vente d'immeubles c'est largement répandu — non seulement chez la noblesse.

La vente d'un immeuble à réméré se fondait sur des principes rapprochés de principes appliqués aux rentes rachetables, qui devaient agir au désavantage de l'acheteur (du créancier) et qui devaient établir une différence entre la rente à réméré et le prêt à intérêt, reconnu comme usuraire. Ainsi, le rachat d'un immeuble (en effet le remboursement de la dette) ne pouvait se produire que sur la demande du vendeur (c'est-à-dire du débiteur). Toutefois cette liberté de rachat se trouva en fait limitée par des diverses clauses, établies en faveur de l'acheteur. Il est vrai que d'après les théories canoniques l'acheteur était exposé au risque de la destruction de l'objet acheté, mais en réalité cet inconvénient ne pouvait jouer qu'un rôle infime.

La vente de l'immeuble à réméré ressemblait, surtout à l'égard économique, au mort-gage, c'est-à-dire au gage dont ont laisse jouir le créancier-gagiste, sans que les revenus dont il profite soient imputables sur le montant de la créance. Toutefois à la différence du mort-gage, la vente à réméré était une institution admise par la doctrine de l'époque; d'autant plus que le droit de rachat n'y était pas prescriptible, cependant que l'immeuble mis en gage pouvait être transféré au créancier par suite de la prescription. Au surplus, en tout cas du point de vue théorique, les principes mentionnés concernant le rachat et le risque de la destruction étaient applicables justement au *wyderek*.

La ressemblance de la vente à réméré au mort-gage fut la cause des fréquentes confusions de ces deux institutions. Au XVI-e siècle déjà une espèce de mort-gage, notamment la gage sans terme, était déjà traité comme le *wyderek* — donc comme une transaction admise. De cette manière la vente de l'immeuble à réméré devenait de plus en plus élastique et commença par s'étendre sur des contrats, jusqu'alors considérés comme illicites.

