

JÓZEF MATUSZEWSKI (Poznań)

AQUA ABRENUNTIATIONIS

Studium z średniowiecznego prawa prywatnego

TREŚĆ

I. Literatura. Autorzy zajmujący się zagadnieniem. Różnice zdań. Ich przyczyny. — s. 165.

II. Źródła. Dokumenty: I (1208 r.), II (1224 r.), III (1259 r.), IV (1386 r.). Dane etnograficzne; ich hipotetyczność. — s. 168.

III. Analiza tekstów. Zasięg terytorialny. Powszechność zwyczaju. Szczupła ilość wzmianek. Próba wyjaśnienia. Przypadkowość śladów źródłowych. Dane chronologiczne. — Substrat materialny. Srom picia wody. Waga symbolu. Jego publiczność. Stanowisko społeczne zbywcy. Stosowanie zwyczaju przy obrocie nieruchomości ziemskimi. Mienie rodowe i dobra nadane. — Dokonywanie aktu jedynie przez zbywcę, ale już nie przez krewnych. Alienacja następstwem kupna-sprzedaży. Jeden wyjątek. *In testimonium. In signum vendicionis*. Związek z alienacją — s. 173.

IV. Własność i jej przenoszenie. Pierwotna niemożność alienacji. Późniejszy rozwój. Trwałość praw grupy. Retrakt. — Forma przenoszenia własności. Publiczność. Konieczność *aqua abrenuntiationis*. — Retrakt-zabór, retrakt-skup. Konsekwencje przejścia z jednego etapu do drugiego. Obchodzenie retraktu. Jego charakter międzystanowy. Dane chronologiczne. Wadliwość alienacji nieruchomości. — s. 183.

V. Retrakt zbywcy i krewnych. Zbywca rodowcem. Zniesienie jego prawa skupu. Nienaruszone prawa krewnych. — s. 200.

VI. Woda zrzeczenia się a zbycie ruchomości — Nedorzecznosc przypuszczenia. Różnolitość własności na ruchomościach i nieruchomościach. Brak retraktu przy ruchomościach. *Hand wahre Hand*. Niewystępowanie tej zasady przy gruntach. *Aqua* tylko przy nieruchomościach. — s. 203.

VII. Woda zrzeczenia a litkup — Opinie Dąbkowskiego i Abrahama. Podobieństwo instytucyj. Różnice. Znaczenie prawne litkupu. Zastosowanie przy ruchomościach. Kwestia litkupu przy nieruchomościach. Teza Dąbkowskiego. Jej niekonsekwencje. Argumenty przeciwko niej. Rozwój litkupu w Europie i w Polsce. Jego „miejski“ charakter. — „Szlacheckie“ sposoby utwierdzania umów: łajanie, załoga. Zawarcie małżeństwa przez kupno. Wnioski. Odrzucenie domysłu Dąbkowskiego. Starszeństwo wody zrzeczenia się. — s. 207.

VIII. Zobowiązania co do nieruchomości — Rozwój na Zachodzie. W Polsce miarodajne tylko zbycie nieruchomości. Ograniczenie umów kredytowych do ruchomości. — Nawrót do opinii Hubego. Postulat dalszych badań. Domysł o zaniku *aqua* w związku z rozwojem ksiąg sądowych. — s. 220.

IX. Geneza wody zrzeczenia się — Trudności wyjaśnienia. Apel do etnologów. — s. 225.

X. Polskość instytucji — s. 227.

XI. Aqua abrenuntiationis a inne symbole zbywcze — *Naddatek*. Podobieństwa z omawianym zwyczajem. Związek naddatku ze zbyciem, nie z umową. Przeciwstawienie go innym świadczeniom dodatkowym. Wniosek. — s. 227.

XII. Zachód a Słowiańszczyzna — Atrofia obligacji u Słowian. Specyficzne instytucje słowiańskie przy zbywaniu nieruchomości. Przeciwstawienie Zachodowi, — s. 233.

I

Problem „wody zrzeczenia się” w literaturze nie jest bynajmniej nowy. Zajmowała się nim ona już od połowy 18 w. Pierwszym bodajże historykiem, który zwrócił na nią uwagę (opierając się na wydawnictwie *Sommersberga*)¹, był Ch. G. *Haltaus*. Jego zdaniem, picie wody stanowiło *signum solennis renuntiationis allodialis*; wszakże znaczenia jego autor bliżej nie wyjaśnił². Korzystający z tej samej publikacji, co jego poprzednik, Adam *Naruszewicz* dopatrywał się w *aqua abrenuntiationis* próby wody³. J. G. *Worbs* poczytywał wypijanie wody za znak wierności. Opierając się również na akcie z 1208 r. stwierdził on, co następuje: Stefan musiał przyrzec, że nie będzie się domagał już więcej nieruchomości z powrotem; „by zaś ta obietnica albo porozumienie (*Verprechen oder Bündnis*) pozostało niewzruszalne“, książę wymógł na nim wypicie wody⁴. Na dalszej stronicy określił tenże autor informację powołanego (dokumentu jako najlepszy komentarz do obyczaju litkupu, który jest również pozostałością prastarego obyczaju⁵.

Wytykając niefortunną interpretację *Naruszewiczowi* *Lelewel* potraktował wypicie czary miodu (w miejsce wody) za dowód, że zbywca dotrzyma swego zrzeczenia. Była to więc, jego zdaniem, pewna forma zaręczenia, stypulacji⁶. Według J. *Grimma* wypicie wody było znakiem zrzeczenia się (*zeichen der entsagung*)⁷. Justiz-Commissarius *Neumann* w króciutkim artykule umieszczonym przez *Ledebura* prostuje tezę o *weinkauf*, stwierdzając, że pierwotnie pili tylko kontra-

¹ Por. niżej s. 169³.

² *Quaenam autem huic actui cum re fuerit cognatio, nostri non est ingenii explicare*, Glossarium Germanicum mediæ ævi, t. 1—2, Lipsiae 1758, p. 2043, sub verbo *Wasser-Trunk*.

³ A. *Naruszewicz*, Historia narodu polskiego od początku chrześcijaństwa, 2.376—7, Warszawa 1803 (edycja Mostowskiego, I wyd. 1780—1).

⁴ J. G. *Worbs*, Archiv für die Geschichte Schlesiens, der Lausitz und zum Theil von Meissen, Sorau 1798, 94.

⁵ *Diese Stelle ist das beste Commentar über das Leinkauf-Trinken und dieses ebenfalls ein Überrest uralter Sitte*, ib. 95. Dorzućmy, że powyższe uwagi znajdują się w rozdziale zatytułowanym *Über die Orientalismen der Slawen*, ib. 87.

⁶ J. *Lelewel*, Początkowe prawodawstwo polskie, cywilne i kryminalne, do czasów jagiellońskich, Warszawa 1828, 131, 164.

⁷ Deutsche Rechtsaltertümer, 1 (Leipzig 1899⁴), 262—3 (I. wydanie 1828 r.).

henci albo nawet ten tylko, po którym obawiano się złamania umowy. Czynność ta miała oznaczać wyraźne zrzeczenie się wszelkich dalszych roszczeń, unieważnienia umowy albo wykupienia z powrotem. To znaczenie, według jego opinii, tkwiło w czynności picia, tym bardziej, że w pierwotnych czasach pito nie wino, lecz wodę, przy tym niechętnie pozwalano na zmianę tego napoju na inny⁸.

Krótką wzmiankę o zwyczaju omawianym podał A. Winiarz. Jego zdaniem picie wody było zmysłową formą zawarcia umowy, rodzajem zawierania umów⁹. Dla Szelągowskiego ważność aktu zrzeczenia się praw do ziemi przejawiała się w tym, iż był on połączony z pewną formułą prawną, z wypiciem kubka wody zwanej wodą zrzeczenia się. Akt ten miał służyć na świadectwo przeciw sprzedającemu, w razie gdyby chciał później wzruszyć swoją czynność prawną¹⁰. Według S. Estreichera jest rzeczą trudną do wytłumaczenia zanotowana w kilku polskich dokumentach 13 i 14 w. wzmianka o picu wody przez pozbywającego ziemię na znak pozbycia¹¹.

P. Dąbkowski, zajmując się symbolami tradycji nieruchomości, wymienia wśród nich jako najczęściej spotykane w Polsce części ubrania, zwłaszcza zaś płaszcz lub kapelusz, w prawie miejskim — zieloną różgę; po czym dodaje: „Jednym z takich symbolów było także picie wody przez sprzedawcę na znak sprzedaży... Symbol ten zatem zbliżał się do pewnego stopnia do litkupu“¹². Dalej stwierdza tenże autor ponownie, że picie napoju odbywało się przy kontrakcie kupna. Atoli parę wierszy niżej wyraża się inaczej, mianowicie, że *aqua abrenuntiationis* „oznacza zrzeczenie się władzy (ma przy tym na myśli niewątpliwie tę władzę nad rzeczą, jaką daje człowiekowi prawo własności¹³) przez pozbywającego nieruchomości“¹⁴. Na innym znowu miejscu tenże uczony pisze: „Na znak zrzeczenia się własności pito także wodę lub miód“¹⁵. Nieco szczegółowiej zajął się omawianym zwyczajem także W. Abraham. Według niego praktyka picia wody polegała na tym, że sprzedający wypijał kubek wody zwanej wodą zrzeczenia się na znak zawartego kontraktu, *in signum venditionis*, na świadectwo przeciwko sobie, *contra se in testimonium*. Formalność ta,

⁸ L. von Ledebur, Allgemeines Archiv für die Geschichtskunde des preussischen Staats, Berlin, Posen und Bromberg 8 (1832), 375—6.

⁹ A. Winiarz, Sądy boże w Polsce, KH 5 (1891), 290¹.

¹⁰ A. Szelągowski, Chłopi dziedzice we wsiach na prawie polskim do końca XIII wieku (Studia n. historią prawa polskiego, t. 1), Lwów 1899, 14.

¹¹ S. Estreicher, Początki prawa umownego, RAU. WHF. 41 (1901), 121 przyp.

¹² P. Dąbkowski, Litkup, studium z prawa polskiego, Archiwum Naukowe Dz. 1. t. 3. z. 2, Lwów 1906, 44.

¹³ Por. tegoż autora Prawo prywatne polskie 2 (1911), 127.

¹⁴ Litkup, 44.

¹⁵ P. Dąbkowski, Prawo pryw. p. 2. 197.

jego zdaniem, widocznie tworzyła część składową formalności umowy, a jej dokonanie należało do tej strony, która swe prawa przelewała na drugą, i ta druga strona nabywała owe prawa nieodwołalnie dopiero wtedy, gdy owa formalność została dokonana, zarazem posiadała ona znaczenie dowodowe¹⁶. Jednakowoż na dalszych stronicach tego samego dzieła omawiając formalności zdawania rzeczy sprzedanej podkreśla Abraham jaskrawą różnicę między warstwami społecznymi, gdzie oddziaływanie prawa niemieckiego było niewątpliwe (mieszczanstwo i lud), a społecznością szlachecką: „u ludu i w miastach jest stale używany symbol różdżki, u szlachty — wody zrzeczenia się”¹⁷.

Omawiając południowo-słowiański litkup A. Sołowjew powołuje sakralny zwyczaj picia wody albo miodu na znak zrzeczenia się nieruchomości¹⁸, ograniczając się zresztą do powtórzenia przytoczonego wyżej zdania J. Grima. J. Adamus zestawia symbol wzdania przez wypicie wody lub miodu z symbolami wzdania przy pomocy kapełusza i rękawiczki¹⁹. Przygodnie wypowiada się o tej instytucji K. Maleczyński. Sądząc z nielicznych i fragmentarycznych wzmianek wnosi on, że „niektóre przynajmniej czynności prawne, jak np. alienacje dóbr..., połączone były już w tej epoce (przed kolonizacją na prawie niemieckim) niekiedy z symbolicznymi czynnościami mającymi czynność prawną zdziałaną przed świadkami utwierdzić”²⁰. Zalicza ją więc najwyraźniej do czynności alienacyjnych.

Ostatnio szczupłe wzmianki o tym zwyczaju podają: J. Mitkowski, który skłonny jest uważać go za starodawny obrzęd symbolizujący pozbycie wsi²¹, oraz R. Grodecki, który wzmiankuje o symbolice stosowanej przy przelewaniu własności w postaci aktu wypicia publicznie przed sądem i świadkami tzw. wody zrzeczenia się. „Stąd być może, rozwinął się popularny przez długie wieki u nas tzw. litkup”²².

¹⁶ W. Abraham, Zawarcie małżeństwa w pierwotnym prawie polskim, *Studia n. historią prawa polskiego* (= SHPP) t. 9. Lwów 1925, 206—7.

¹⁷ Abraham, op. c. 218; por. też s. 341, gdzie mowa o zwyczaju napitku stosowanego przy pozbywaniu rzeczy.

¹⁸ A. Sołowjew, Osobiennost' dogowora prodaži niedwiżimostiej w sławjanskom prawie, *Przewodnik Historyczno-Prawny* (= Prz HP), 2 (Lwów 1931), 14—15.

¹⁹ J. Adamus, Z badań nad dzierżeniem w polskim prawie średniowiecznym *Pam. Hist. Pr.* (= PHP), t. 12, z. 5, Lwów 1933, 101.

²⁰ K. Maleczyński, Stanowisko prawne dokumentu w polskim prawie prywatnym i przewodzie sądowym do połowy XIII w., *SHPP*, t. 14, z. 4, Lwów 1935, 29 i ib. p. 2.

²¹ J. Mitkowski, Początki klasztoru cystersów w Sulejowie. *Studia nad dokumentami, fundacją i rozwojem uposażenia do końca XIII wieku* (Prace Kom. Hist. PTPN t. 15), Poznań 1949, 206—7.

²² R. Grodecki, *Księga henrykowska*, Poznań-Wrocław 1949, wyd. Instytutu Zachodniego, wstęp s. 74¹⁶.

Przegląd dotychczasowych opinii — nie mamy całkowitej pewności, czy zestawienie nasze objęło absolutnie wszystkie — wywiera na nas wrażenie niezadawalające. W nauce — musimy to stwierdzić — szerzą się poglądy sprzeczne. Nie sprecyzowano znaczenia tej instytucji z punktu widzenia prawnego na tyle nawet, na ile źródła pozwalają. Usprawiedliwieniem tego stanu rzeczy wydaje się okoliczność, że wszyscy autorowie dotyczyli sprawy *aqua abrenuntiationis* przygodnie, z okazji omawiania innych zagadnień. Zresztą przytłaczająca ich większość nie wyczerpuje całego materiału źródłowego, kontentując się tym czy innym zauważonym przez siebie aktem. S. E s t r e i c h e r o w i — żeby ograniczyć się do nowszych historyków — nieznany jest dyplom śląski z 1259 r., III²³. P. D ą b k o w s k i, przytoczywszy uwagi poprzedniego badacza, ograniczył się do zacytowania zwodniczego — jak niżej zobaczymy — aktu z 1386 r., IV. Wyczerpujący wszystkie przekazy źródłowe A b r a h a m oparł się na niewystarczających regestach G r ü n h a g e n a, co mu uniemożliwiło zupełne zrozumienie omawianej instytucji. Na fałszywą drogę zaprowadziło go również, jak przedtem D ą b k o w s k i e g o, literalne tłumaczenie jednego terminu aktu z 1386 r., IV. W ostatnim chronologicznie zestawieniu tekstów J. A d a m u s a brak znowu aktu z 1259 r., III.

W tej sytuacji, chociaż nie zdołaliśmy rozszerzyć podstawy źródłowej, ośmielamy się przedstawić swój pogląd, dzieląc przekonanie, że trafnie pojęty opis nieznanych lub mało znanych instytucyj zawsze posiada swoją wartość²⁴. Na początek zbierzmy przekazy źródłowe wzmiankujące o *aqua abrenuntiationis*.

II

I. 1208: Książę śląski Bolesław Wysoki dokonał zamiany wsi z niejakim Stefanem, synem Marcina, i to tak, że w zamian za Marcinowo otrzymał leżącą w pobliżu Lozzin wieś Blizocin. W nieobecności Stefana, który opuścił krainę śląską, książę nadał tak uzyskaną wieś komeśowi Beronowi. W jakiś czas potem (brak w dokumencie jakichkolwiek wskazówek chronologicznych) Beron umiera zostawiając spadkobiercą Blizocina syna swego, Karola. Tymczasem do kraju wraca pierwotny właściciel wsi, wspomniany Stefan, który wydobywa wieś od Karola, być może drogą sądową¹. — Charakterystyczne przy tym jest milczenie o jakim-

²³ Cyframi rzymskimi I—IV oznaczamy teksty zawierające wzmianki o wodzie rzeczenia, zgodnie z numeracją podaną w następnym rozdziale.

²⁴ J. A d a m u s, Z badań n. dzierżeniem, 14.

¹ J. A d a m u s pisze po prostu „odebrał“, Z badań, 101³. Być może należy tłumaczyć termin *evicit* w jego pierwotnym, rzymskim znaczeniu słowa, zważywszy, że fakt wyzucia Karola z gruntu siłą byłby znalazł wyraz w dokumencie. Przypom-

kolwiek zwrocie równoważnika pieniężnego czy zamienionej niegdyś z księciem wsi. — W tej sytuacji ucieka się poszkodowany do interwencji książęcej. Tymczasem Henryk Brodaty radzi... odkupić sporną dziedzinę od Stefana: *et ego misertus Karoli iuvi eum, ut ipsam a Stephano redimeret. Quam XIII marciis redemit. Et quod nunquam eam de cetero repetere posset, iussus est — prout moris est — hausorium aque ebibere. Sed ego (książę) parcens verecundie sue percepi ei in caph argenteo medonem propinari. Et ebibit coram me et meis baronibus contra se in testimonium*².

II. 1224: Leszek Biały stwierdza, że Chociemir przyciśniony koniecznością³ sprzedał klasztorowi sulejowskiemu wieś Łęczno: *omni iuri suo, quod habere poterat in predicta hereditate, penitus renunciendo. Insuper cum in nostra presencia super eadem hereditate aquam abrenunciacionis bibisset, accedens una cum filiis suis, Nicolao et Leonardo, sepredictam*

nijmy, że o tym właściwym sensie tego czasownika zapomniano później, tak że w dawnym prawie polskim już co innego ma się na myśli, gdy się mówi o ewikcji — zastępie i ewiktorze — zachódzcy.

² Dokument cytujemy według S. Krzyżanowskiego, Monumenta Polonie palaeographica, tab. 41. Drugi egzemplarz tego aktu — ib. tab. 26 — stanowi prawdopodobnie *expeditio duplicata*, Polaczkówna H. Roty przywileju Henryka I Brodatego dla Trzebnicy z 1208 r. (Księga Pamiątkowa ku czci Władysława Abrahama, 1930, 1), 5. W cytowanym miejscu oba egzemplarze nie wykazują zresztą żadnej odmianki. Tekst ten drukowali Sommersberg, Silesiacarum rerum scriptores, Lipsiae 1729, 1. 819, oraz Haeusler, Urkundensammlung zur Geschichte des Fürstentums Oels bis zum Aussterben der piastischen Herzogslinie, Breslau 1883, nr 18. W obszernym regeście daje go Grünhagen, Cod. dipl. Sil. 7¹ (1884), nr 127. Dokument ten, co do którego autorytetności podnoszono dawniej zastrzeżenia, uznał ostatnio za bez zarzutu, tak gdy chodzi o cechy zewnętrzne jak wewnętrzne, H. Appelt, Die Echtheit der Trebnitzer Gründungsurkunden (1203—1218), ZVGSchl. 71 (1937), 9—38. Por. też tegoż autora Die Urkundenfälschungen des Klosters Trebnitz, Breslau 1940, Anhang 1: Übersicht über den Urkundenbestand, nr 11.

Z serii czterech dokumentów zawierających wzmianki o *aqua abrenuntiationis* ten właśnie był najwcześniej znany dzięki edycji Sommersberga. Ta właśnie publikacja sprawiła, że analizowana instytucja znalazła się wśród starożytności germańskich u Haltaus a i późniejszych autorów. Na omawiany akt z 1208 r. powoływali się Haltaus, Naruszewicz, Worbs, Lelewel, Ledebur, Grimm, Winiarz, Szelański, Estreicher, Abraham, Sołowjew, Adamus. Niektórzy z nich nie zaglądali do oryginału, lecz powoływali się na któregoś z swych poprzedników (Sołowjew na Grima) albo też — jak Abraham — opierali się na regeście ogłoszonym przez Grünhagena. Ostatnia okoliczność sprawiła, że tekst cytowany przez znakomitego kanonistę nie zawiera istotnego dla badanej instytucji zwrotu: *et quod nunquam eam de cetero repetere posset*, podanego w regeście tylko w języku niemieckim, Abraham, Zawarcie małżeństwa, 206¹.

³ J. Mitkowski przypuszcza, że ciężkie położenie rycerza spowodował jego udział w wyprawach na Prusaków. Sądzi, że sam domysł nie upoważnia jeszcze do nazywania Chociemira krzyżowcem, Początki klasztoru cystersów w Sulejowie, 206, zważywszy, że przyczyn tej *gravis necessitas* mogło być bez liku.

*hereditatem in manus nostras prenomnatus Chocemir... voluntarie resignavit*⁴.

III. 1259: Książę śląski Konrad stwierdza, że komes Stefan, syn byłego kasztelana krośnieńskiego, Konrada, w odwet za szkody wyrządzone jednej osadzie klasztoru lubiąskiego nadał zakonnikom dwie wsie stanowiące jego własność odziedziczoną po ojcu. Za tę szczodropliwość odpłacili się opat i bracia lubiąscy w ten sposób, że wypłacili wspomnianemu Stefanowi 27 grzywien w srebrze: *Quibus receptis in nostra et baronum nostrorum presencia de consensu unanimi et favore omnium fratrum et consanguineorum suorum domino abbati et ecclesie Lubensi... resignavit dictas hereditates cum prescriptis utilitatibus hereditarie in perpetuum possidendas pacifice et tranquille, sibi suisque successoribus natis et nascendis hausta aqua iuxta terre consuetudinem ius et actionem destituens dictas hereditates in preiudicium domini abbatis et ecclesie sepedicte postmodum redimendi vel requirendi*⁵.

⁴ KDMF. 2, nr 389. Literaturę dyplomatyczną odnoszącą się do tego dokumentu zestawili J. Matuszewski, Immunitet ekonomiczny w dobrach Kościoła w Polsce do roku 1381, Prace Komisji Hist. PTPN t. 10 (1936), 502⁴, oraz świeżo J. Mitkowski, który uznaje akt za podrobiony, Początki klasztoru cystersów w Sulejowie, 50 i nn. Publikując go ponownie J. Mitkowski stara się wydzielić części autentyczne od późniejszych interpolacji, ib. 64—5, dochodzi przy tym do wniosku, że interesujący nas zwrot przejęty został niewątpliwie z niezachowanego autentyku z tej daty, ib. 58, 62; por. też ib. 303 reg. 12. O słuszności tej tezy świadczy najsilniej okoliczność, że jest to jedyna wzmianka małopolska o wodzie rzeczenia. Zresztą, nawet gdyby miała się ona okazać późniejszą interpolacją, z tym większym zaufaniem moglibyśmy się na niej oprzeć nie tyle dlatego, że jej dokonano dość wcześnie (zapewne około r. 1250, Mitkowski, op. c. 63), ale — i przede wszystkim — z tej racji, że byłaby ona najwymowniejszym świadectwem wagi, jaką fałszerz przywiązywał do omawianej instytucji, i jej powszechności w okresie sporządzania fałszyfikatu. Byłby to bowiem bardzo niezręczny fałszerz czy interpolator, wprowadzający do tekstu wzmianki o symbolach, które nie były powszechnie znane. Zaznaczmy jeszcze, że jest to jedyny akt, który używa określenia *aqua abrenuntiationis*. Wyrażenie to przyjęło się w literaturze jako terminus technicus, w tym też znaczeniu użyliśmy go jako tytułu niniejszego przyczynka. W języku polskim oddaje go się przez określenie *woda rzeczenia*: np. Abraham, Zawarcie małżeństwa, wykaz ważniejszych przedmiotów, 472. Można by go też tłumaczyć przez *woda wzdania*, ob. J. Adamus, Z badań nad dzierżeniem, 81.

Tekst małopolskiego dokumentu podają Winiarz, Estreicher, Abraham, Maleczyński, Z. Wojciechowski, Das Ritterrecht in Polen vor den Statuten Kasimirs des Grossen. Aus dem Polnischen, vom Verfasser wesentlich veränderten Texte ins Deutsche übertragen von H. Bellée, Breslau 1930, 49, M. Szczaniecki, Nadania ziemi na rzecz rycerzy w Polsce do końca XIII wieku, Prace Kom. Hist. PTPN, t. 11 z. 3, Poznań 1938, 27, Mitkowski, Kolańczyk, Najdawniejsze polskie prawo spadkowe, Poznań 1939, 38, 64—5.

⁵ L. von Ledebur, Allgemeines Archiv, 8 (1832), 379—380. W. Abraham przytacza tylko króciutki cytat z regestów Grünhagena, 2 (1875), 83 nr 1031, w powołanym wyżej dziele poświęconym zawarciu małżeństwa, 206¹. Ledebur opierał się rzekomo na oryginale, który jednak nie był znany Grünhagenowi.

Zaznaczmy, że w liście świadków tego dokumentu figuruje: *Otto, filius Cunradi, fratris predicti comitis Stephani, qui abrenunciavit et plenarie consensit.*

IV. 1386: Książę mazowiecki Jan poświadcza, że szlachetny Klemens z Bikowa sprzedał za 90 grzywien wagi krakowskiej wieś Załubicze szlachetnemu Dzierżławowi z Okunina: *nichil iuris et dominii sibi et suis pueris in eadem reservans; ...rite ac racionabiliter vendidit et coram nobis perpetuis temporibus irrevocabiliter resignavit tenendam... et ad usus utiles convertendam, secundum quod prefato Derszlao et suis pueris legitimis cum prescripta villa videbitur utilius expedire, nostra tamen et nostrorum successorum ad hoc voluntate accedente. Et in signum huius vendicionis idem Clemens iuxta terre nostre consuetudinem aquam postbibit*⁶.

V. Należy tu omówić jedno jeszcze źródło, które wykorzystuje w swym dziele W. A b r a h a m. Mianowicie uczony ten stwierdził występowanie w weselnych stosunkach polskich ceremoniału, który ma stanowić ich oryginalność; polegał on na tym, że kobieta przy zmówinach konsumowała podany jej napitek⁷.

Podkreślimy najpierw hipotetyczny charakter tego twierdzenia, zaznaczany wielokrotnie przez autora⁸. To samo już wystarcza, by w obawie stworzenia wątpliwej konstrukcji opartej na hipotezach (cudzych) nie wciągnąć tej supozycji do materiału źródłowego. Opierając się na hipotezach gotowiliśmy wejść na błędną drogę, czego chcielibyśmy za wszelką cenę uniknąć. Jednakowoż, by nie sprawiać wrażenia, że zbyt pochopnie pozbawiamy się materiału etnograficznego niezmiernie cennego, zwążywszy zwłaszcza na szczupłą podstawę źródłową, którą operujemy, przyjrzyjmy się bliżej wspomnianej hipotezie A b r a h a m a. Zauważymy przede wszystkim, że opiera się ona na dalszych przesłankach, również tylko przypuszczalnych, a mianowicie, że pierwotnie ten napitek weselny

Temu zaś badaczowi dostępny był tylko odpis znajdujący się w kopiarzyszu lubiańskim z 15 wieku.

⁶ B. U l a n o w s k i, Dokumenty kujawskie i mazowieckie przeważnie z XIII w., Archiwum Kom. Hist. PAU, t. 4, Kraków 1887, 343 nr 50. Cytują go E s t r e i c h e r, D a b k o w s k i, A d a m u s.

⁷ W. A b r a h a m, Zawarcie małżeństwa, 341.

⁸ „gdyby dało się stwierdzić, że pierwotnie jednostronne wypicie napitku przez dziewczynę stanowiło treść i jądro obyczaju“, ib. 205—6; „nasuwałby się przeto wniosek, że może owa forma (picie wody tylko przez narzeczoną) jest starsza aniżeli wzajemne przypijanie do siebie narzeczonych“, ib. 204; „ten zaś polski zwyczaj, jeżeli był przy umowie ślubnej zachowany“, ib. 208. Co prawda na jednej z dalszych stron ten hipotetyczny charakter został już zatarty: „ona (kobieta) oddawała swój wianek i piła podany napój przeciw sobie na świadectwo“, ib. 325.

stanowiła woda⁹, oraz że pierwotnie j e d n o s t r o n n e wypicie napitku przez dziewczynę stanowiło treść i jądro obyczaju¹⁰. Co więcej, nawet gdybyśmy te przesłanki uznali za trafne, napotkamy na dodatkowe trudności, z których niełatwo nam będzie się wywikłać. Jeśli bowiem kobieta wypijała wodę na znak zgody na małżeństwo „oddając się we władzę męża”¹¹, znaczyłoby to, iż jej wola zyskała pewne, chociaż tylko formalne uwzględnienie¹². Prof. A b r a h a m wątpi tymczasem, by o zapytanie do kobiety zwracano się u nas w czasach przedchrześcijańskich¹³, przyjmując, że nastąpiło to najprawdopodobniej pod wpływem chrześcijaństwa¹⁴. Musielibyśmy w konsekwencji przyjęcie zwyczajów chrześcijańskich uznać za czynnik wprowadzający do ceremoniału małżeńskiego *aqua abrenuntiationis*. Obrony tej hipotezy (czwartej z rzędu!) podjęlibyśmy się najniechętniej¹⁵. — W tej sytuacji uważamy za jedynie wskazane na tak kruchej podstawie nie opierać żadnych wniosków niniejszego studium.

Po odrzuceniu więc bardzo niepewnego przekazu etnograficznego nasza wiedza co do badanego zagadnienia ograniczy się do tego, co zdołamy wyczytać w przytoczonych *in extenso* czterech tekstach dokumentowych.

⁹ Op. c. 207, 341. Zwyczaje ludowe oraz informacje źródłowe z zachodniej Europy, Polski i Rusi, zestawione przez A b r a h a m a potwierdzają picie alkoholu (wina, wódki), ib. 202. Co prawda uczony ten dla stosunków polskich przytoczył jeden wypadek, w którym zachodzi picie wody, 207 i ib. przyp. 1, ale nasuwa on następujące zastrzeżenia: 1. tekst publikowany przez B. U l a n o w s k i e g o (— *lacum biberunt* — tłumaczyć trzeba przez wodę ze stawu czy jeziora) budził w A b r a h a m i e takie wątpliwości, że zaglądał do oryginału, l. c. 2.; co gorsza, informacja ta nie odpowiada zupełnie dalszej hipotezie, że napój konsumowała jedynie dziewczyna, albowiem wyraźnie w nim stwierdzono, że *simul in nomine matrimonii biberunt*, ib.

¹⁰ Ib. 206.

¹¹ Ib. 207.

¹² Tak A b r a h a m, op. c. 425.

¹³ Jeżeli więc w czasach, kiedy kobieta była przedmiotem umowy małżeńskiej, „dopełniała tej formalności na rozkaz osób, pod których władzą pozostawała”, A b r a h a m, op. c. 207, ceremonia ta nie mogła posiadać znaczenia prawnego, lecz jedynie obrzędowe; tym samym nie możemy już stawiać dalszego przypuszczenia, że picie wody przez narzeczoną stwarzało jej zobowiązanie, ib. 205.

¹⁴ A b r a h a m, op. c. 328¹, bardziej stanowczo ib. 325.

¹⁵ Nie pisalibyśmy się też na rozumowanie następujące: wypitek napoju przez narzeczoną różny jest od litkupu, tak jak odeń różni się i *aqua abrenuntiationis*, A b r a h a m, op. c. 205—6. Z tego bowiem faktu nie wynika konieczność postawienia znaku równości między różnymi od litkupu instytucjami. Pomijamy już dalszy kontrargument: według A b r a h a m a picie wody przez narzeczoną stwarza jej zobowiązanie, op. c. 205, *aqua abrenuntiationis* zaś — uprzedzamy tu późniejszy swój wynik — dotyczyła alienacji. Jak już stwierdziliśmy, A b r a h a m nie zdawał sobie sprawy z tego rozróżnienia.

III

Zainteresowanie, jakie wzbudza *aqua abrenuntiationis*, jest tym większe, że znana była ona szeroko w Polsce. Jej istnienie poświadczają źródła śląskie, małopolskie i mazowieckie. Z dużym prawdopodobieństwem przyjąć można, że nieobca była też ona i pozostałym ziemiom, tym bardziej, że przytoczone teksty nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do tego, że w wspomnianych dzielnicach nie tylko znano tę instytucję, ale że znajdowała tam ona powszechne zastosowanie: *prout moris est*, wyraża się akt z 1208 r., *iuxta terre consuetudinem* czytamy w dyplomach z 1259 r. i 1386 r. Nie będzie miało w tych warunkach żadnej podstawy przypuszczenie, że ten zwyczaj w Małopolsce nie posiadał charakteru powszechności, skoro dokument stąd pochodzący nie pomieścił właśnie podobnego zwrotu. Tym bardziej, że akt ten budzący zastrzeżenia co do swej autentyczności świadczy wprost jaskrawo o dobrej znajomości i rozpowszechnieniu tej instytucji i w tej dzielnicy¹. Stanowczo zatem nie zgadzamy się z jedną z najstarszych w tej materii wypowiedzi, jakoby to był *mos rarissimus*².

Przy powszechności tego zwyczaju — zważywszy na liczbę wzmianek ograniczającą się do cyfry 4 — uzasadnione będzie jedynie powiedzenie o *rarissima mentio*. Ten zaś fakt jest rzeczywiście zastanawiający, tym bardziej, gdy weźmiemy pod uwagę dużą liczbę dokumentów dotyczących obrotu ziemią³. Co więcej, trzeba zaakcentować jeszcze to, że Księga henrykowska dająca tak barwny obraz zwyczajów trzynastowiecznych i zawierająca tyle interesujących szczegółów z życia prawnego nie podaje ani jednego przykładu picia wody zrzeczenia, chociaż jej powstanie zawdzięczamy właśnie temu, że jej autor, cysters Piotr, pragnął obronić klasztor wobec wszystkich *qualibet de causa se inpetentes*⁴.

Jak wyjaśnić takie zjawisko, że zwyczaj prawny będący w powszechnym użyciu znalazł tak nikłe odbicie w źródłach, i to jeszcze w aktach jakby stworzonych po to, by stwierdzać jego istnienie? Domysłów można tu podać szereg: w 13 wieku — pierwszym stuleciu, dla którego rozporządzamy poważniejszą liczbą dokumentów — dla duchowieństwa, zwłaszcza klasztornego, obcego pochodzenia, jakimi byli np. cystersi henrykowscy, odwoływanie przysporzeń darmych czy odpłatnych przez samego zbywcę⁵ wydawać się musiało wprost sprzeczne z zasadami uczciwości. Jeśli obcy zakonnicy mogli nawet zrozumieć i do stosunków za-

¹ Por. wyżej s. 170 p. 4.

² *Rarissimi moris mentio*, Haltaus, op. c. 2043.

³ O żywym obrocie ziemi w 13 w. ostatnio K. Kolańczyk, *Studia*, 442.

⁴ Księga henrykowska, wyd. Instytutu Zachodniego (J. Matuszewski i S. Rospond), Poznań 1949, 237.

⁵ Por. niżej s. 200 nn.

chodnich nawiązać znaną lekcję daną przez prepozyta Wincentego o *verum patrimonium*, do którego zgłaszają pretensje *heredes* sprzedawcy⁶, to także *potestas requirendi* ze strony samego zbywcy nie mogła się już pomieścić w ich głowach⁷. Na tym punkcie trudno było się spodziewać jakiegokolwiek kompromisu; zasada związania alienatora jego dyspozycjami musiała pod wpływem pojęć rzymsko-kanonicznych zdobyć sobie zupełne zwycięstwo. Z tym poglądem prawnym zdobywającym sobie coraz więcej prawo obywatelstwa mógł współdziałać fakt, że darczyńca czy sprzedawca z reguły — choć wiemy, że wyjątków było niemało — szanował swoje nadania. Zresztą dokonując ich na rzecz kościoła robił to rycerz najczęściej w testamencie albo też dokonywał darowizny *post obitum*. W większości zatem wypadków nie przez niego nowy właściciel był napastowany, nie było więc racji przeciw niemu się zabezpieczać. Kościół przeto całą energię skierował tam, skąd mu największe groziło niebezpieczeństwo, na walkę z prawem bliższości krewnych⁸. Na nie zaś — jak staramy się niżej wykazać — akt picia wody nie wywierał żadnego wpływu.

To rozumowanie, choć w niejednym wypadku mogłoby niewątpliwie znaleźć uzasadnienie, nie zadawała nas w zupełności. Albowiem, jak stwierdza K. Kolańczyk, i przeciw kaprysom woli darczyńcy zabezpiecza się Kościół przez (zaprzysiężone niekiedy) klauzule o zrzeczeniu się odwołalności aktu⁹.

Przyczyną tego, że cystersi henrykowscy w tak zrozumiałej trosce o integralność swych nabytków nie żądali wypicia wody od osób, które na ich rzecz przenosiły nieruchomości, mógł być fakt, że picie wody uważano za haniebne dla rycerza¹⁰. Byłoby więc nietaktem wobec darczyńcy wymagać tego aktu czy nawet skłaniać księcia, by go zmuszał do tej czynności.

Ale i to tłumaczenie trudno uznać za wystarczające. Na cztery wypadki tylko jeden mówi o *verecundia* rycerza, co prawda najstarszy, ale pochodzący ze Śląska, gdzie wpływy zachodnie najwcześniej się zaznaczały, a z nimi najwidoczniej i pogląd, że rycerzowi nie przystoi picie wody. Zresztą, skoro zwyczaj ten był powszechny, jego przykrości z reguły nie musiano znów tak dotkliwie odczuwać.

Niełatwo także przyjdzie uznać przypuszczenie, że posługiwanie się przez pisarzy przy redagowaniu dyplomów formularzami zachodnimi¹¹,

⁶ Księga henrykowska, 280, ob. K. Kolańczyk, *Studia*, 404.

⁷ Por. rozbiór wielkopolskiego aktu z 1294 r. i końcowy wniosek u K. Kolańczyka, *Najd. pol. pr. spadkowe*, 126—8.

⁸ K. Kolańczyk, *Studia*, 113—5.

⁹ *Ib.* 112.

¹⁰ Por. niżej s. 176.

¹¹ Por. literaturę przytoczoną przez K. Kolańczyka, *Studia*, 116³¹⁷.

w których nie można było znaleźć wzoru dla omawianej instytucji, sprawiło, że z reguły o picu wody nie wspomiano. Wpływ bowiem formularza nie był znowu tak przemożny, żeby rodzime zwyczaje nie znalazły wyrazu w dokumentach, jak to wynika zresztą najdobitniej z czterech wzmianek, którymi rozporządzamy.

Stwierdzając małą siłę przekonywającą powyższych przypuszczeń, musimy właściwego wyjaśnienia szukać gdzie indziej: pewne *consuetudines* szczególnie rozpowszechnione (jak nasza) wydawały się współczesnym niejako z natury rzeczy wypływające, codzienne, a stąd oczywiste do tego stopnia, że pomijano je w aktach prawnych jako wprost niegodne wzmianki. Wyjątkowo tylko któryś z piszących zwrócił na nie uwagę. Zdajemy sobie z tego sprawę, że postawiony domysł rzuca dość ponure światło na wiedzę naszą o średniowiecznych stosunkach prawnych. Nie znamy, być może, całej masy zwyczajów, które były tak powszechne, że pisarze nie zadawali sobie trudu, by je notować¹². Natomiast rzadsze praktyki frapujące uwagę piszących przekazane zostały naszej wiadomości. Trzeba się więc liczyć z możliwością, że opierając się na dostępnych sobie przekazach źródłowych historyk prawa poświęca dużo uwagi instytucjom wyjątkowym, natomiast milczy z konieczności o formach stosowanych powszechnie. Do takich p o w s z e c h n y c h zwyczajów, który wyjątkowo tylko znalazł odbicie w źródłach, należy *aqua abrenuntiationis*.

Woda rzeczenia znana była w Polsce w 13 w. (najstarsza wzmianka śląska datuje z 1208 r.) i 14 w. (najmłodszy ślad źródłowy z Mazowsza z r. 1386). Skoro instytucja ta stanowiła zwyczaj ziemski już w 1208 r., możemy swobodnie przyjąć, że ceremonii picia wody rzeczenia się dopełniało co najmniej w ostatnich dziesiętkach lat 12 w. Nie da się wykluczyć jej żywotności (przynajmniej na Mazowszu) jeszcze w w. 15. Źródłowe wiadomości zestawione dla całej Polski stwierdzają zatem niewątpliwie stosowanie tej praktyki przez dwa stulecia.

Zbyt szczupła ilość tych informacji nie pozwala nawet na snucie domysłów co do jej rozwoju w poszczególnych dzielnicach. Ogólna ewolucja (zaawansowanie Śląska, opóźnienie Mazowsza) da się zaobserwować i na tym ułamkowym materiale.

Na ceremonię *aqua abrenuntiationis* składało się wypicie wody: *hausorium aque ebibere*, I, *cum... aquam abrenuncciationis bibisset*, II, *hausta aqua*, III, *aquam postbibit*, IV.

¹² Por. tu uwagi M. Blocha o skazaniu na milczenie ceremonii, które uchodziły za banalne, Soc. féod. 1. 232—3.

Picie wody uchodziło na Śląsku w początkach 13 w. za krępujące dla rycerza, *parcens verecundie sue*...¹³. By tej nieprzyjemnej okoliczności zapobiec, książę zezwala na zastąpienie wody miodem, I, niewątpliwie z takim samym skutkiem prawnym, jaki pociągało za sobą wypicie wody¹⁴. Nie ulega atoli wątpliwości, że taka zamiana napitku następowała całkiem wyjątkowo, że z reguły napój stanowiła woda, co dało nazwę samej instytucji.

Opisany wypadek zamiany napoju dostarcza nam cennej informacji o wadze, jaką ówczesne prawo przywiązywało do tego aktu. Książę ze względu na wysokie stanowisko alienatora pozwala tylko na zamianę napitku, do tego zatem jedynie ogranicza się jego *ius dispensandi*, natomiast w rachubę nie wchodzi zwolnienie od tej ceremonii. Opierając się na tym tekście stwierdzić musimy, że książę nawet zmuszał do jego wykonania *iussus est... hausorium aque ebibere*, I. Pozwalając zatem na zamianę napoju książę wymaga poszanowania *consuetudo terre*.

Ceremonii picia wody dokonuje zbywca wobec księcia (*coram me*, I, *in nostra presencia*, II, III, *coram nobis*, IV) i jego baronów (*coram... meis baronibus*, I, *in... baronum nostrorum presencia*, III). Wydaje się też niewątpliwie uczestnictwo baronów w dwu innych wypadkach. Odbywa się zatem ona publicznie¹⁵.

¹³ Określenie *verecundia* będące terminem technicznym dla naruszenia czci tłumaczą teksty staropolskie przez *srom*, *sromota*, Handelsman, Prawo karne w statutach Kaz. W., 167, R. Taubenschlag, Prawo karne polskiego średniowiecza, SHPP. t. 14 z. 3, Lwów 1934, 59—60 i 60¹. Oczywiście nie w tym technicznym znaczeniu zostało użyte wzmiankowane słowo w naszym wypadku.

¹⁴ O zamianie z łaski wody na miód pisali S. Estreicher, Początki pr. umownego, 121 przyp., i A. Szelański. Chłopi dziedzice we wsiach na prawie polskim do końca XIII wieku, SHPP t. 1, Lwów 1899, 14.

¹⁵ Posługując się terminem *publiczność* przypisujemy mu odmienne nieco znaczenie niż pokrewnemu określeniu jawności. Jawność obowiązywała wobec wszelkich czynności prawnych, S. Estreicher uważał ją za podstawową zasadę praw obligatoryjnego i rzeczowego ludów aryjskich w ogóle, Studia nad historią kontraktu kupna w prawie niemieckim epoki frankońskiej, Kraków 1894, 74, por. też. P. Dąbkowski, Prawo prywatne polskie, 2 (Lwów 1911), 365, i T. Saturnik, O právu soukromém u Slovanů v dobách starších, w wydawnictwie L. Niederle, Slovanské starožitnosti, oddíl kulturní, dílu II. svazek 2, v Praze 1934, 141. Publiczności - jawności wobec szerokich warstw społeczeństwa i władz (w literaturze niemieckiej określa się ją zresztą terminem *erhöhte Öffentlichkeit*, por. K. Lehmann, Die altnordische (altnorwegisch-altisländische) Auffassung, ZRG GA. 5 (1884), 92) — wymagano tylko dla niektórych aktów, i to przede wszystkim dotyczących nieruchomości, R. Hube, Prawo polskie w wieku trzynastym (1874), Pisma 2 (1905), 439 (pracę tę przytaczam niżej jako Hube I), P. Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 193, i tenże: Dawne polskie prawo prywatne, program wykładów uniwersyteckich, wyd. 2, PHP t. 11. z. 2, Lwów 1932, 28. O identycznych stosunkach w Słowiańszczyźnie południowej ob. W. Namysłowski, Pozasądowe organy porządku prawnego w krajach południowo-słowiańskich i polsko-litewskich, odb. z Księgi pamiątkowej ku uczczeniu czterechsetletniej rocznicy wydania pierwszego Statutu litewskiego, Wilno

Tyle tylko możemy powiedzieć o samej ceremonii picia wody zrzeczenia. Rozpatrzmy w dalszym ciągu inne okoliczności, które by nas mogły bardziej zbliżyć do samej instytucji.

Omawiane dokumenty pozwalają określić stanowisko społeczne osoby pijącej wodę zrzeczenia¹⁶. Co prawda akt z 1208 r. nie podaje tytułu zbywcy, Stefana, o nabywcy jednak nieruchomości dowiadujemy się, że jest synem komesa, I. Komesem jest też sprzedawca ziemi z dokumentu małopolskiego, Chociemir, II, jak i Stefan z aktu śląskiego z 1259 r., syn byłego kasztelana krośnieńskiego, III. Dziedzic Bikowa z przywileju z 1386 r. określony został terminem *nobilis*, IV. Omawianej ceremonii dokonują zatem we wszystkich przypadkach właściciele nieruchomości ziemskich, warstwa, którą już ostatni dyplom nazywa wyraźnie szlachecką¹⁷. Poczyńmy jeszcze obserwacje negatywne: wśród pijących nie występują wieśniacy¹⁸, nie mamy też ani jednego przykładu ze stosunków miejskich. Te wyniki rozpatrzmy jeszcze niżej, albowiem mogą się one wydawać zbyt ryzykowne zważywszy na wyjątkowo szczupłą podstawę źródłową¹⁹. Zaznaczmy jeszcze — już bez powyższego zastrzeżenia — że aktu tego nigdy nie dopełnia książę.

We wszystkich czterech wypadkach czynności picia wody dokonuje osoba zbywająca nieruchomości ziemską.

Akt z 1259 r., III, wskazuje wyraźnie na to, że zbywca odziedziczył alienowaną nieruchomości po swoich przodkach (... *donavit ... duas villas, que sue fuerant et prefati comitis, patris sui...*), że zatem było to mienie rodowe. Nic nie stoi na przeszkodzie, by tę samą ewentualność przyjąć dla wypadków z 1208 r. i 1386 r., I, IV. Jedynie interpolowany akt z 1224 r., II, dotyczy dóbr nadanych. Atoli ponieważ co do tego

1935, 13. Taka sama zasada publiczności obrotu nieruchomościami panowała w państwach zachodnich.

¹⁶ O możliwości wpływu przynależności stanowej na dziedzinę prawa prywatnego ob. P. Dąbkowski, O utwierdzeniu umów pod grozą łajania w prawie polskim średniowiecznym, Archiwum Naukowe, Dz. 1. t. 1. z. 1, Lwów 1903, 12, oraz tenże, Prawo prywatne polskie, 1 (1910), 158.

¹⁷ Tak też W. Abraham, Zawarcie małżeństwa, 218. O podobieństwie czy nawet identyczności określeń *comes* i *nobilis* w źródłach 12. i 13 wieku niedawno A. Rutkowska-Płachcińska, *Comes* w źródłach polskich wcześniejszego średniowiecza i niektórych innych słowiańskich, Spr. PAU. 51 (1950), 684.

¹⁸ W. Abraham skłonny był przyjąć, że woda zrzeczenia się była pierwotnie ogólnym symbolem rezygnacji, a dopiero pod wpływem prawa niemieckiego ten zwyczaj prawny u ludu został usunięty, op. cit. 218—9. Opinia ta zgodna jest z jego poglądem dopatrującym się u szlachty dochowania się rodzimych zwyczajów prawnych w większej czystości aniżeli wśród ludu, op. c. 149, 375; tamże konkretne wypadki różnic w obrzędach ślubnych tych dwu warstw, powstałych zapewne pod wpływem obyczajów niemieckich, 168, 172.

¹⁹ Ob. niżej s. 224—5.

właśnie szczegółu budzi on duże wątpliwości, zmuszeni jesteśmy usunąć go dla tej kwestii z swych rozważań²⁰. Tym samym pozbawiamy się do-

²⁰ Por. J. Mitkowski, Początki klasztoru cystersów w Sulejowie, 64. Omawiany dokument stanowił przedmiot zainteresowań tych badaczy, którzy zajmowali się kwestią czasowych nadań książęcych. Dla Ehrenkreutza poświadczony tym przywilejem wypadek był jedynym dowodem nadania ziemi *ad tempus*, Beiträge zur sozialen Geschichte Polens im XIII. Jahrhundert, 1911, 56. Co prawda inni uczeni (W. Semkowicz, Z. Wojciechowski) przytaczali więcej tekstów mających świadczyć o nadaniach czasowych, jednakowoż po starannej analizie M. Szczaniecki odrzuca wszystkie z wyjątkiem dwóch, z których jednym jest właśnie omawiany akt z 1224 r., Nadania, 20—32, tamże polemika z dawniejszymi poglądami. Jeśli odrzucimy akt z 1224 jako niemiarodajny dla poruszanej kwestii, zmniejszymy ilość bezpośrednich dowodów źródłowych na czasowe nadania o 50%, a tym samym wzmocnimy tezę prof. Szczanieckiego, że „znane nam nadania w zasadzie były nadaniami w wieczystą, nieodwołalną własność“, op. c. 30, albo — bardziej stanowczo — „nadania, które by nie przenosiły na obdarowanych własności dziedzicznej, należą w 13 w. niewątpliwie do zjawisk wyjątkowych“, ib. 46. Zwracamy na ten szczegół uwagę dlatego przede wszystkim, że wywody prof. Szczanieckiego wydają się niektórym uczonym nieprzekonywujące, M. Friedberg, Klientela świecka biskupa krakowskiego w w. XIII—XIV. Ze studiów nad organizacją społeczeństwa w Polsce średniowiecznej, Studia historyczne ku czci Stanisława Kutrzeby, 1 (Kraków 1938), 202¹, oraz tenże wcześniej w recenzji Z. Wojciechowskiego, Prawo rycerskie, Roczn. Herald. 9. 264. — Niestosowne więc przytoczenie opinii Szczanieckiego na dowód lenna służbowego zwrotnego każdej chwili, J. Mitkowski, Początki klasztoru cystersów w Sulejowie, 145⁶¹.

Żeby więc rozpatrzyć hipotezę, iż wodę rzeczenia się pito zarówno gdy chodziło o dobra rodowe, jak i nabyte, zbierzmy wszystkie możliwości interpretacyjne tego tekstu. Zauważmy najpierw, że interesująca nas partia dokumentu należy, zdaniem J. Mitkowskiego, do części interpolowanych, op. c. 46. Ale nawet gdyby ta opinia miała się okazać nietrafną, sam tekst, naszym zdaniem, nie zawiera nic takiego, co by nas zmuszało do stwierdzenia, że chodzi w nim stanowczo o nadanie czasowe. Co do tego szczegółu różnimy się od kol. Szczanieckiego, który zresztą żywił także wątpliwości co do właściwej interpretacji dyplomu, ale — idąc w ślady Z. Wojciechowskiego — ostatecznie je przewyciężył na korzyść czasowości nadania. Rozpatrzmy jego argumentację: 1. dokument stwierdza, że wieś Łęcno — *ab initio ducalis erat*. Ta obserwacja nie stanowi dowodu; w identycznej sytuacji znajdowały się również wsie nadawane dziedzicznie.

2. Inny przywilej z tegoż roku wystawiony przez Leszka Białego w tym właśnie znaczeniu, i to niedwuznacznie, używa terminu *pro tempore*. To już jest argument mocniejszy, ale też nie decydujący. Nie to ważne, że wystawcą drugiego dokumentu jest również Leszek Biały, miarodajne dla proponowanej interpretacji zwrotu *pro tempore* byłoby dopiero stwierdzenie, że oba dyplomy zostały wystawione przez jedną kancelarię i napisane przez tego samego pisarza. A i ono zresztą nie miałoby mocy bezwzględnej, bo autor brulionu mógł użyć jednego wyrażenia w dwu różnych, zresztą dość bliskich sobie znaczeniach.

3. Omawiany zwrot *et eam pro tempore possedisset* pozwala też — jak stwierdza Szczaniecki — także na następującą wykładnię: „którą w tym czasie posiadał“. Za nią przemawia zdaniem powołanego co tylko autora wysokie wynagrodzenie dane przez klasztor Chociemirowi. Dodajmy też dalszy argument; we współczesnym niemal dokumencie z r. 1239 czytamy: *item dux, qui pro tempore fuerit, non transibit per castellaniam de Voybor...*, Album Palaeographicum, ed.

wodu²¹ na to, że *aqua abrenuntiationis* znajdowała zastosowanie także w wypadku zbycia dóbr nieobjętych prawem rodowym.

Ceremonii picia wody dokonuje tylko sam zbywca. Krewnej jego — o ile w ogóle o nich się wspomina — ograniczają się do wyrażenia zgody na alienację (*de consensu unanimi et favore omnium fratrum et consanguineorum suorum*²², III), osobno przy tym zaznacza się fakt zrzeczenia i zgody bratanka (*Otto . . . , qui abrenunciavit et plenarie consensit*, III).

Zbycie nieruchomości następuje w trzech wypadkach w wykonaniu kontraktu kupna—sprzedaży, I, II, IV. Z aktu III dowiadujemy się, że alienowane wsie stanowić mają odszkodowanie za wyrządzone klasztorowi lubiąskiemu szkody²³. W żadnym wypadku nie mamy do czynienia z nieodpłatnym przeniesieniem własności²⁴.

S. Krzyżanowski, *Tabularum textus ediderunt W. Semkowicz et S. Budkowa*, Cracoviae 1935, 15, nr 8. Tu więc tylko ostatnie znaczenie wchodzi w rachubę.

Skoro zatem zwrot *pro tempore* może być z równą racją tłumaczony dwojako, wydaje się ryzykowne interpretowanie go w sposób, który dwukrotnie zwiększa zastanawiająco niską liczbę wzmianek źródłowych o nadaniach czasowych.

Zwróćmy na to jeszcze uwagę, że zdaniem K. Kolańczyka rozpatrywany dokument dostarcza przykładu wsi pochodzącej co prawda z nadania książęcego, ale takiej, do której synowie mieli prawa dziedziczne. Najdawniejsze pol. prawo spadkowe, 38, 64—5. Uczony ten więc dopatruje się w omawianym akcie — i nie bez racji — więcej nawet niż dożytności nadania! W tym samym kierunku idą też przypuszczenia J. Mitkowskiego, że wieś raczej była dziedziczna, a tylko klasztor później we własnym interesie (dla usunięcia prawa bliższości) usiłował niezgodnie z rzeczywistością przedstawić rzecz tak, jakoby stanowiła ona *bonum deservitum*, Początki klasztoru w Sulejowie, 207; o znaczeniu takiego chwytu prawniczego ob. Kolańczyk, *Studia nad relikami*, 431.

Przy takiej niepewności co do interpretacji — zważywszy jeszcze na zdanie wytrawnego dyplomatyka, który zaliczył omawiany ustęp do późniejszych wtętwów — wolimy dla interesującej nas kwestii dokument odrzucić.

²¹ Dość zresztą wątpliwego ze względu na to, że *bona adquisita* w dużym stopniu zostały poddane normom prawa rodowego, K. Kolańczyk, *Najd. p. pr. spadk.* 43, 45, oraz tenże, *Studia*, 246—7, 444—5. Inaczej T. Saturnik, *O právu soukromém*, 117. Pod tym względem rozwój stosunków polskich odbiegał np. od francuskiego, gdzie odróżniano w prawie wyraźnie *propres* i *acquêts*, Bloch, *op. c.*, 216.

²² Por. w tej kwestii K. Kolańczyk, *Studia*, 408.

²³ Przyjmujemy, że suma 27 grzywien, którą zakonnicy wręczyli zbywcy, była równoważnikiem nadwyżki wartości alienowanych nieruchomości ponad straty wyrządzone klasztorowi.

²⁴ Zdajemy sobie z tego sprawę, że odróżnienie czynności odpłatnych i darmych, tak wyraziste w rozwiniętych systemach prawnych, z trudnością tylko da się stosować do stosunków średniowiecznych. Dlatego uważamy za bardzo zręczne określenie *darowizny odpłatne* użyte przez W. Abrahama, *Zawarcie małżeństwa*, 83, 171, 318; por. też przykłady odpłatnych darowizn zestawione przez R. Taubenschläga, *Formularze czynności*, 34⁴. Szersze tło porównawcze dla tego problemu daje S. Estreicher, *Początki prawa umownego*, 39 i *ib. p.* 4; tamże, 66 i *ib. p.* 2. uzasadnienie tego faktu obawą jednostronnej zawisłości osobistej. — Oczywiście przy takim rozumieniu darowizna nie bardzo się przeciwstawia sprzedaży. Atoli jak to

Interpretacja przekazów źródłowych pozwala nam jeszcze zapoznać się z funkcją prawną wody zrzeczenia. Niektórzy autorowie kładą duży nacisk przy tłumaczeniu aktu z 1208 r. na występujące w nim wyrażenie: ... *et ebibit ... contra se in testimonium* ²⁵. Nie chcemy przeczyć, że wypicie publiczne wody zrzeczenia mogło służyć przeciwko zbywcy jako świadectwo w razie jego ewentualnych późniejszych roszczeń, że więc czynność ta miała znaczenie dowodowe. Ale nie jest to jakaś specyficzna właściwość *aqua abrenuntiationis*. Cała symbolika oprócz magicznego znaczenia, które było pierwotną racją jej bytu, przynosiła to dobrodziejstwo, że wszelkie zaszłości prawne dokonywały się w sposób widzialny lub słyszalny ²⁶. Ta zewnętrzna strona aktu, jej forma, wbijała się w pamięć, do której z pewnością niejednokrotnie uciekano się później. Ale nie tu leży istotna rola *aqua abrenuntiationis*.

Dla stwierdzenia funkcji prawnej tej instytucji pełnej wskazówki dostarczają nam dokumenty śląskie, tym pewniejszej, że co do jednej myśli pokrywają się one z sobą w zupełności: *et quod nunquam eam (villam) de cetero repetere posset, iussus et ... hausorium aque ebibere, I; resignavit dictas hereditates in perpetuum possidendas pacifice et tranquille sibi suisque successoribus natis et nascendis hausta aqua ... ius et actionem destituens dictas hereditates post modum redimendi vel requirendi, III*.

Myśl niedwuznaczna tych tekstów jest więc następująca: wypicie wody zrzeczenia się ma uniemożliwić sprzedawcy (w pierwszym wypadku), zbywcy i jego spadkobiercom (w przypadku drugim) występowanie z roszczeniami do alienowanej nieruchomości ²⁷. Omawiana ceremo-

określenie potrzebne jest dla zrozumienia aktów średniowiecznych, dowodzi praca K. Kolańczyka, który tylekrotnie głowi się daremnie nad problemem, czy rozpatrywany przezeń akt mówi o sprzedaży rzeczywistej, pozornej, czy też darowiznie, Najd. p. pr. spadk., 49³, 80, 195³, 211—2. Tenże autor wskazuje na rozpowszechnienie wyobrażeń o odpłatności darowizn, Studia, 447. Oczywiście w praktyce musiały one prowadzić niejednokrotnie do utożsamiania sprzedaży i darowizny, Dąbkowski, Prawo pryw. 2.487—8, 596, i tenże, Charakterystyka prawa prywatnego polskiego, nowe spostrzeżenia (Biblioteka Uniwersytetu Lubelskiego, Wydział Prawa i Nauk Społeczno-ekonomicznych, z. 8), Lublin 1923, 16. Identyczną obserwację dla stosunków zachodnio-europejskich czynią Ed. Meynial, Des renonciations au moyen âge et dans notre ancien droit, Nouvelle Rev. Hist. de droit fr. et étr. 4 (1900), 112, oraz świeżo J. F. Lemarignier, art. cytowany niżej s. 211²⁸.

²⁵ Z dawniejszych autorów Worbs, op. c. 95 i ib., przyp. d, przez spacjejowanie przytoczonego tekstu, z nowszych S. Estreicher, Początki prawa umownego, 121 przyp., W. Abraham, Zawarcie małżeństwa, 206—7, 325, oraz R. Grodecki (w dyskusji nad referatem wygłoszonym na posiedzeniu PAU).

²⁶ Por. niżej s. 225—6.

²⁷ Terminy *requirere*, *reptere* znajdujemy dość często w współczesnych dokumentach; np. Henryk I Brodaty zatwierdzając transakcję postanawia: *ut nullus heredum Stephani de Cobulaglova in dicta silva vel prato habet unquam requirendi aliquam iurisdictionem*, G. A. Stenzel, Liber foundationis claustris Sanctae Mariae

nia ma zatem według aktów śląskich powodować zanik jakichś praw rzeczowych, które utrzymuje alienator (według drugiego aktu także jego krewni) mimo zbycia nieruchomości. Picie wody więc pozostaje w związku ze z b y w a n i e m gruntów ziemskich, stanowi niejako ostatnią fazę w przenoszeniu na nich własności.

Niemniej wyraźny jest też tekst dokumentu małopolskiego: (rycerz sprzedał wieś) *omni iuri suo, quod habere poterat in predicta hereditate penitus renuncciando. Insuper cum in nostra (księcia) presencia super eadem hereditate aquam abrenuncciationis bibisset... sepredictam hereditatem resignavit, II.*

A co nam w tej kwestii przynosi dyplom mazowiecki? Przypomnijmy, że opierając się na nim dwaj badacze, Dąbkowski i Abraham, chcieli dopatrywać się (zresztą w pełnej — jak widzieliśmy — niekonsekwencji z sobą) związku *aqua abrenuntiationis* z kontraktem kupna²⁸. Jak pogodzić ich opinię z przedstawioną wyżej niewątpliwą — jak nam się wydaje — interpretacją trzech tekstów starszych? Przyjrzyjmy się bliżej aktowi z 1386 r. i spróbujmy wyjaśnić, czy daje on podstawę do stawianej przez tych uczonych tezy.

Z całą pewnością zawarte w nim zdanie: *et in signum huius venditionis idem Clemens... aquam postbibit* wykładać można za Abrahamem następująco: „na znak zawartego kontraktu“. Ale taka interpretacja literalna nie jest jedynie uzasadniona. Zacytowane wyrażenie można z równą słuszością rozumieć jako skrótową, nie pretendującą do prawniczej ścisłości formułę obejmującą to właśnie, co jest celem kupna—sprzedaży: przeniesienie własności²⁹. Co więcej, tekst poprzedzający powołany cytat przekonuje nas dobitnie, że w danym wypadku tylko druga wykładnia

Virginis in Heinrichow, Breslau 1854, 150, nr 3 (1229)); Bolesław Wstydlivy usuwając swoich komorników nakazuje im wieczyste milczenie: *ne ad suos agros redire possent vel quoquomodo requirere conarentur*, Kodeks dyplomatyczny katedry krakowskiej św. Wacława (= KDKK), 1. Kraków 1874, nr 81 (1279); (sprzedaż dziedziny) *tali modo, quod ipsi (sprzedawcy) et omnis posteritas ipsorum perpetuo et perpetu-aliter nullum ius requirendi aut repetendi habeant predictam hereditatem*. Kodeks dyplomatyczny Wielkopolski (= KDWP), 2 (Poznań 1878), nr 906 (1306). Przykładów takich można by mnożyć dowolnie. Zamykamy więc powyższe cytaty odesłaniem do tekstu bliższego naszemu dokumentowi czasowo i terytorialnie, mianowicie do Księgi henrykowskiej, używającej zamiennie terminów *requirere* i *redimere*, wyd. Instytutu Zachodniego, 280.

²⁸ Por. wyżej s. 166—7.

²⁹ Sądźmy, że wyrażenie *in signum vendicionis* w swej treści prawniczej nie różni się niczym od podobnego, ale dokładniej ujętego określenia, jakie spotykamy w akcie z 1303 r.: *In signum vendicionis et tradicionis bonorum predictorum et cessionis... pallium suum tradidit et dedit*, KDKK 1. nr 112. Wręczenie okrycia głowy możemy tu łączyć jedynie z przeniesieniem własności, a nie z kontraktem kupna. Zauważmy, że cytowany tu wyimek podaje W. Abraham, Zawarcie małżeństwa, 247¹.

wchodzi w rachubę. Wynika bowiem z niego niedwuznacznie, że wieś była nie tylko przedmiotem umowy kupna, ale że sprzedawca w wykonaniu tego kontraktu już dokonał był przeniesienia własności (... *rite ac racionabiliter vendidit et coram nobis perpetuis temporibus irrevocabiliter resignavit*, IV). Tak więc i ostatni dokument każe nam wiązać czynność picia wody zrzeczenia się ze zbywaniem nieruchomości, a nie z kontraktami mającymi je za przedmiot.

Przytoczone teksty, mniemamy, przesądzają, jakie znaczenie należy przypisać omawianej instytucji. Ale przedstawić możemy dalsze jeszcze argumenty, które tę tezę potwierdzą. Zwróćmy naprzód uwagę na samą jej nazwę: *aqua abrenuntiationis*³⁰. Wskazuje ona niedwuznacznie na to, że określa czynność rezygnacyjną.

Wreszcie — i to jest obserwacja, której przypisujemy znaczenie kapitalne — wskazać musimy na jedną okoliczność, zaznaczoną już wyżej³¹: według aktu śląskiego z 1259 r., III, wypicie wody miało miejsce przy cesji własności, która nastąpiła nie z racji zawartej umowy kupna—sprzedaży, lecz w odwet za wyrządzone klasztorowi szkody. Formułując ostrożnie wniosek oparty na tym spostrzeżeniu możemy bez ryzyka postawić tezę, że omawianej instytucji nie należy wiązać z kontraktem kupna. Co prawda i tu mamy do czynienia z obligacją (*ex delicto*), która jest niewątpliwie podstawą prawną przysporzenia majątkowego. Ale przy tym typie zobowiązania trudno mówić o jego utwierdzeniu, w braku którego zobowiązany (delinkwent) mógłby odstąpić od zaciągniętej obligacji. Z dokumentu zresztą wyraźnie widać, że delikt sam był podstawą wystarczającą, by komes Stefan zechciał za wyrządzone gwałty *inter se et Lubensem ecclesiam componere*. W żadnym więc razie z tym pierwotnym deliktualnym zobowiązaniem nie można wiązać aktu picia wody, z nim nie ma on stanowczo nic wspólnego.

Poczynione spostrzeżenia oraz wnioski oparte na bezpośredniej interpretacji źródeł prowadzą nas do konkluzji, że *aqua abrenuntiationis* była czynnością prawną związaną z przeniesieniem własności (*transfert de propriété*, *Uebereignung*). Tym samym czujemy się uprawnieni do odrzucenia raz na zawsze tezy o związku wody zrzeczenia z kontraktem kupna czy w ogóle z obligacjami³².

³⁰ Występuje ona co prawda w źródłach tylko raz jeden, por. wyżej s. 170⁴, ale określenie to jak najwierniej odpowiada kontekstom innych dokumentów wzmiankujących o konsumowaniu wody.

³¹ Wyżej s. 179.

³² Zaznaczmy, że Karol Dunin, który nie znał omawianej przez nas instytucji, domyślał się jakieś formalności polegającej na uroczystych obrzędach, która służyła do przelewu prawa własności, gdyż sama umowa do tego nie wystarczała, Dawne mazowieckie prawo. Warszawa 1880, 160. Błędnie natomiast Gloger twierdził, że w prawie ziemskim (inaczej niż w stosunkach miejskich) nie było żadnej symbolicznej rezygnacji, Encyklopedia starop. 4.160.

Osiągnięty wynik orientuje nas, w jakim kierunku prowadzić należy dalsze dociekania by jeszcze dokładniej zrozumieć znaczenie prawne badanego symbolu. Zainteresowania nasze musimy zwrócić do działu prawa rzeczowego na gruntach. Przypomnijmy więc pokrótce panującą doktrynę o własności na nieruchomościach i o jej przenoszeniu.

IV

Treść własności¹ słowiańskiej na nieruchomościach nie pokrywała się pierwotnie z zakresem, jaki w sobie zawiera rzymska *proprietas*². Pojęcie jej było o wiele ciaśniejsze, ograniczało się ono, żeby użyć terminologii łacińskiej, tylko do *habere et tenere*³. Nie mieściła się natomiast w tym prawie możność rozporządzania rzeczą, przede wszystkim moc zbywania jej, ani pod tytułem darmym, ani odpłatnym⁴, ani na stałe, ani czasowo.

¹ O jej zmienności A. Blumenstok, *Studia nad historią własności nieruchomości u ludów germańskich*, I. Stosunek człowieka do ziemi u Franków salickich przed wkroczeniem na terytorium rzymskie, odb. z RAU. WHF. 29 (1891), 9. Tamże głębokie uwagi na temat, jak należy rozumieć średniowieczną własność indywidualną, 112.

² Podobnie zresztą i w innych prawach średniowiecznych. Według nich „słowo własność — cytuję jaskrawe sformułowanie M. Blocha — byłoby (dla innych zresztą racji) niemal że pozbawione sensu“, Soc. féod. 1.182—3.

³ T. Saturnik, *O právu soukromém*, 93. Toteż definicja własności, jaką daje P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 135, jest w całości ahistoryczna; obalają ją uwagi poczynione przez autora na następnych stronicach jego dzieła, ob. też ib. 490. Zupełnie nieprzydatny jest też ustęp poświęcony dawnej własności na nieruchomościach przez M. Winawera. Autor ten uznawał „jedynie istnienie stanu środkującego pomiędzy posiadaniem a własnością“, z czym można by się ostatecznie zgodzić, zarzucając mu jedynie operowanie niewłaściwymi terminami (co właśnie innym wytykał). Równocześnie atoli pomieszał kwestię zakresu własności z zagadnieniem, czy była ona indywidualna. Najdawniejsze prawo zwyczajowe polskie, Warszawa 1900 (tłumaczenie polskie z oryginału rosyjskiego opublikowanego w r. 1888), 232—5. Słusznie zatem zgłosił zarzuty przeciw jego wywodom O. Balzer, KH. 4 (1890), 165.

⁴ A. Blumenstok, *Studia*, 113 nn., K. Tymieniecki, *Spółeczeństwo Słowian lechickich (ród i plemię)*, Lwowska Biblioteka Slawistyczna, t. 6. Lwów 1928, 35, K. Kolańczyk, *Studia*, 174 n. oraz przyp. 48 i 50. Analogicznie u Germanów skonstatował S. Streicher niewyrobienie pojęcia alienacji nieruchomości w chwili zetknięcia się z prawem rzymskim, *Studia nad historią kontraktu kupna w prawie niemieckim epoki frankońskiej*, Kraków 1894, 2. O niemożności rozporządzenia gruntem nawet w braku synów wg Lex Salica pisze A. Blumenstok; według wspomnianego prawa szczepowego jedynym w ogóle sposobem przechodzenia ziemi z rąk jednej osoby do drugiej (z ojca na syna) jest spadkobranie, *Studia*, 70, 72. Tenże autor stwierdził niemożność egzekucji w nieruchomości i odebrania gruntu na podstawie wyroku, op. c. 71, 115; zaznaczmy, że tą samą właściwość wykazywały południowo-słowiańskie plemensztyny nie podlegające konfiskacie, W. Namysłowski, *Zarys serbskiego prawa majątkowego w wiekach średnich*, PHP 1. z. 2 (Lwów 1925), 14. — Zdanie R. Hubego, że w prawie własności objęte było prawo dzierżenia majątku i prawo sprzedania go, darowania, zamienienia lub alienowania jakim bądź innym sposobem, I.240, opierało się

Ziemia w całej pełni stanowiła — jak się wyraża Dąbkowski — *res extra commercium*⁵; cechowała ją całkowita *inalienabilitas*⁶. Właściciel ziemi (była nim jakaś zbiorowość szersza lub węższa, rodzina lub ród⁷)

na dyplomie z 1295 r., dla naszych rozważań jest przeto bez znaczenia. W kwestii rozporządzania własnością P. Dąbkowski w osobnym rozdziale swej syntezy poświęconym temu zagadnieniu, 2. 140—144, zwrócił uwagę głównie na problemy, nie mające nic wspólnego z dysponowaniem (kwestia przymusu łanowego, praw górniczych itp.). O niemożności darowania nieruchomości u Słowian ob. T. Saturnik. O právu soukromém, 196. Co do późniejszego rozwoju w kierunku swobody darowizn, ib. 198. Tamże atoli ryzykowny wniosek o nieodwołalności darowizn na podstawie licznych wypadków wieczystych nadań książęcych: akty panujących — rzekomo — nie mogły stać w zasadniczej niezgodzie z poglądem prawnym społeczeństwa.

⁵ Prawo pryw. 1. 254.

⁶ Taż zasada stwierdzona wielokrotnie w literaturze, P. Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 485, T. Saturnik, O právu soukromém, 166, 168, W. Namysłowski, Pozasądowe organy, 17, i ostatnio K. Kolańczyk, Studia, 227—8, 251—260, 476, 485—6. Zadnych zatem wniosków wysnuwać nie należy na tej podstawie o pięknej cesze charakteru Słowian niechętnie wyzbywających się ulubionego przedmiotu — ziemi, jak twierdzi W. A. Maciejowski, Historia praw słow. 3 § 87 (cytuje A. Sołowiej w, Osobiennost' dogowora prodaži niedwizimostiej 6³). O „niechęci“ Słowian do wyzbywania się ziemi pisze też K. Kolańczyk, Studia, 183⁷. O niedorozwoju słowiańskiej własności, która była „durch die Fesseln der hausgemeinschaftlichen Ordnung gebunden“, i wpływie tego faktu na uposażenie kościelne ob. H. F. Schmid, Die rechtl. Grundlagen, 1032.

⁷ Uwagi o rodzie wypowiedziane w niniejszym artykule zawierają jedynie elementy, które — naszym zdaniem — trzeba wziąć pod uwagę przy tak pilnej analizie rodu. (Konieczność opracowania tego zagadnienia słusznie wysunął ostatnio prof. S. Arnold, Uwagi o początkach ustroju feudalnego w Polsce, PH 41 (1950), 11—12). Nie stanowią one jednak wykończonej doktryny. Nie czujemy się na siłach, by taką w tej chwili stworzyć, a nie tu miejsce na referowanie cudzych poglądów w tej materii.

Pozwalamy sobie zwrócić uwagę na dwa słabe punkty teorii rodowej: 1. Nie jest dla nas jasne, czy ród polski jest związkiem agnатыcznym czy kognacyjny lub też mieszanym. Jeśli retrakt pozostaje rzeczywiście w związku z ustrojem rodowym, stwierdzić musimy, że ród nasz musiał być co najmniej agnacyjny-kognacyjny. Według Księgi henrykowskiej bowiem — ograniczamy się ze zrozumiałych względów do jednego tylko przykładu — z pretensjami do Muszkowic występują wnukowie i prawnukowie przez córkę pierwotnego właściciela, Jana Osiny, ob. tablicę genealogiczną tej rodziny w Paul Bretschneider, Das Gründungsbuch des Klosters Heinrichau, Darstellungen und Quellen zur schlesischen Geschichte (Breslau 1927), 133. 2. Wątpliwe wydaje się nam przeciwstawienie stosunków zachodnio-europejskich „rodzinnych“ polskiemu ustrojowi „rodowemu“. Jest ono, być może, następstwem posługiwania się nieprecyzyjnymi, za mało ostrymi terminami. Stworzenie wspólnego mianownika wykaże prawdopodobnie, że przeciwstawienie to jest tylko pozorne. Trudności terminologiczne występują, jak wiadomo, w całej pełni przy tłumaczeniach. Przed wojną jako odpowiednika dla „prawa rodowego“ używano w środowisku poznańskim francuskiego określenia *droit de tribu*. Niewątpliwie niesłusznie. W okresie powojennym prof. M. Szczaniecki wprowadził o wiele odpowiedniejsze wyrażenie *droit de clan*. Ale w jednym z ostatnich tłumaczeń jego pióra (w pewnym stopniu — być może — za naszymi podszeptami) tenże autor użył oboczności *droit de clan*, *droit de famille*. Jeśli tę innowację uznamy za trafną — a taką się ona wydaje — zdobywamy sobie w ten sposób wspólny mianownik dla instytucji właściwej

mógł ją jedynie porzucić. Ale w takim razie grunt dotąd zawłaszczony stawał się *res nullius*, zdalny do zajęcia przez nowego okupanta, oczywiście spośród członków określonej grupy, która władała danym terytorium. Pochodnego nabycia nieruchomości nie znano.

Czy to był przepis zwyczajowy stanowiący *ius cogens*? Nie! Stwierdzić trzeba raczej za Blumenstokiem, że alienacyj nie było, nie zaś,

wszystkim społeczeństwom średniowiecznym. Z *droit de famille* wyrósł wszędzie *retractus ex iure gentilitii* (*retrait lignager*), „instytucja, od której nie ma bardziej powszechnej w społeczeństwie średniowiecznym“, M. Bloch, *Société féodale*, 1.207; ob. też ib. 192. — Nie ma zatem potrzeby przyjmować dla Słowian południowych recepcji prawa bliższosci z Bizancjum, jak to czyni W. Namysłowski, *Zarys serbskiego prawa majątkowego w wiekach średnich*, PHP 1. z. 2 (Lwów 1925), 12—13.

Zauważmy też, że w swej najnowszej pracy, która intensywnie zajmuje się kwestią rodowości, K. Kolańczyk używa wyrażen: „własność rodzinno-rodowa“, 445, organizacja rodzinna i rodowa, 442, konstatuje, że niedział braterski stoi na krawędzi pomiędzy niedziałem rodzinnym a rodowym, 411¹⁵⁹, mówiąc o prawach germańskich stwierdza istnienie kompromisu „pomiędzy dążeniem jednostki do swobody rozporządzania a interesem grupy rodzinnej czy rodowej w utrzymaniu nienaruszalności wspólnego majątku“, 461. O elementach rodzinno-rodowych w ustroju średniowiecznego państwa polskiego mówi też ostatnio W. Sobociński, rec. powołanej pracy K. Kolańczyka, *Roczniki Dziejów Społecznych i Gospodarczych* (RDSG), 13 (1951), 338¹¹. Te wypowiedzi upoważniałyby do postawienia znaku równości między polskim rodem a zachodnią *famille*, (*lignage*, *parentèle*), która według definicji prof. Olivier-Martin — gdy chodzi o średniowiecze — *est beaucoup plus large que celle d'aujourd'hui*. Por. też niezwykle cenne w tej materii spostrzeżenia M. Blocha, *La société féodale. La formation des liens de dépendance* t. 1., w wydawnictwie *L'évolution de l'humanité, synthèse collective*, Paris 1939, 191—221.

Zwróćmy też uwagę na zgłoszony niedawno protest przeciwko dotychczasowej koncepcji rodu germańskiego w nauce niemieckiej. Jak się okazuje, z dwóch znaczeń, w których używano dotąd terminu *Sippe* (*feste, geschlossene, engere Sippe* przeciwstawiano *wechselnde, offene, weitere Sippe*), żadne nie znajduje nawet poszlak źródłowego oparcia; teksty nie używają tego określenia ani razu w sensie, jaki się mu w nauce przypisuje, Felix Genzmer, *Die germanische Sippe als Rechtsgebilde*, ZRG. GA. 67 (1950), 34—7. Rozpatrując przypisywane dotąd rodowi funkcje (służba w wojsku, zemsta i wróżda, okup) autor tego nader ciekawego artykułu dochodzi do wniosku następującego: *Die Sippe als Rechtsbegriff insbesondere als rechtlich gestalteter Verband*, ist *vielmehr eine Erfindung der Professoren des 19. Jahrhunderts*, ib. 49. Wątpliwości jego podziela K. Haff, ZRG. GA. 68 (1951), 495.

Wreszcie, żeby zamknąć już te marginesowe uwagi, zauważmy, że najpełniejsza nasza synteza polskiego prawa prywatnego Dąbkowskiego nie zawiera osobnego rozdziału poświęconego rodowi (powinien się on być znaleźć w ustępie omawiającym osobę sztuczną. Prawo pryw. pol. 1. 232—7), aczkolwiek w dziele rozrzuconych zostało szereg cennych nieraz co do niego obserwacji. Tenże uczony w swej *Charakterystyce prawa prywatnego polskiego* pomieścił osobny rozdział zatytułowany „Prawo państwowe a prawo rodowe“, 46—53, natomiast w jego *Księdze alfabetycznej dawnego prawa prywatnego polskiego* daremnie szukamy wyrazu naczółkowego *ród*. Świadczy to aż nazbyt dobitnie, jak nie ustalone poglądy miał w tej materii czołowy historyk polskiego prawa prywatnego.

że były one zakazane⁸. Zresztą dość trudno wyobrazić sobie obrót ziemią w okresie pierwotnym, gdy gruntów było pod dostatkiem⁹, a równocześnie brakło odpowiednio dużych kapitałów, których wystarczająca akumulacja wydaje się niezbędną przesłanką dla dokonywania transakcyj. Skoro nie było gospodarczej potrzeby¹⁰, nie mogły też wytworzyć się normy prawne, które by regulowały ten obrót nieruchomościami.

Atoli szereg przyczyn zaczyna działać zarówno od wewnątrz, jak i od zewnątrz — procesów tych na tym miejscu analizować nie możemy — przyczyn, które prowadzą do pełniejszego wykorzystania ziemi i ku indywidualizacji własności¹¹. Pojawia się wówczas potrzeba obrotu ziemią, staje się on też coraz częstszy¹². W związku z tym zmienia się pogląd na własność, jej zakres ulega rozszerzeniu, obejmie także i prawo zbycia. Tym samym prawa rodowe do gruntu doznają ograniczeń¹³. Ale nieprędko zasada zupełnej swobody obrotu zdobędzie sobie prawo obywatelstwa. Uprawnienia grupy, która władała daną nieruchomością, ciąży dalej i krępują wolność osobistą i gospodarczą jednostki. Długich trzeba było stuleci, zanim się ona wydobyła spod tego despotyzmu zbiorowości. Najwcześniej — gdy chodzi o Słowian — zaszedł ten fakt u Chorwatów (już w 10 wieku)¹⁴. Gdzie indziej zasada niezbywalności ziemi w obce ręce zaopatrzona jest surową sankcją: poszkodowani przez transakcję krewni mogli alienowane grunty odebrać¹⁵. Uprawnienie to realizowali siłą, co

⁸ Blumenstok, *Studia* 113 nn., 122, 125. Ob. też cytaty z Tymienieckiego dotyczący łązeków powołany niżej str. 193, przyp. 49. Zauważmy, że M. Bloch dopatruje się mniejszego skrupowania aktów alienacyjnych (i to zarówno między żyjącymi jak i *mortis causa*) w okresie królestw barbarzyńskich, aniżeli w stuleciach następnych, op. c., 220. Nie zapominajmy jednak, że ma on na myśli tereny podlegające niegdyś władztwu Rzymu.

⁹ Por. najświeższej daty stwierdzenie w literaturze niemieckiej: „dass noch bis in die Karolingerzeit hinein der Boden weitgehend *terra nullius* war und jeder Freie das Recht des *capturam capere* hatte...“, F. Lütge, *ZRG GA* 68 (1951), 503.

¹⁰ Blumenstok, op. c., zwłaszcza s. 117, oraz K. Kolańczyk, *Studia*, 469 (za Łowmiańskim). Por. też charakterystyczne zwroty Księgi henrykowskiej: *unde cum nemo vellet emere*, 300, *quia in provincia ista nullus curat quicquam hic emere*, *unde nisi tu redimas nos, recedimus et dimitemus iacere*, 303. Trafne jest więc zdanie T. Saturnika o stosunkowo nierozwiniętym obrocie ziemią, O prawu soukromem, 105. O rzadkich wypadkach sprzedaży nieruchomości w okresie dawniejszym pisze też M. Bloch, *Soc. féod.* 1. 206. Por. też niżej przyp. 47 i 49.

¹¹ O poprzedzeniu indywidualizacji prawa własności wcześniejszą indywidualizacją posiadania, produkcji i konsumpcji K. Kolańczyk, *Studia*, 488.

¹² Por. M. Bloch, *Soc. féod.* 1. 206.

¹³ *Ib.* 217.

¹⁴ T. Saturnik, op. c. 166. Tu również nastąpiła stosunkowo wczesna konsolidacja państwa, co się wiąże z żywszymi stosunkami z Zachodem, w szczególności z Włochami, Tymieniecki, *Spółeczeństwo Słow.*, 131.

¹⁵ S. Kutrzeba, *Wspólne podstawy historii praw słowiańskich*, *Czasop. Prawn. i Ekonom.* 1933, 273. Ob. też K. Kolańczyk, *Studia*, 265. Zwróćmy tu

wszakże nie było czynem bezprawnym: egzekwowali bowiem jedynie w drodze pomocy własnej przysługujące im prawo retraktu. Zanim przejdziemy do jego omawiania, przypomnijmy średniowieczną doktrynę dotyczącą przeniesienia własności na nieruchomościach.

Dokonywała się ona drogą tradycji. Na czynność tę składały się dwa elementy, wwiązanie (*vestitura*) oraz zrzeczenie się przez zbywcę — wwiązanie, wzdanie (*resignatio*)¹⁶. Początkowo obie odbywały się na gruncie, później symbolicznie¹⁷. Czynności tych dokonywano publicznie, w dawniejszych czasach wobec opola¹⁸; po wytworzeniu się władzy książęcej ten najważniejszy teraz czynnik zainteresowany w tym, do kogo dobra ziemskie należały, ingeruje również w te sprawy¹⁹. Wzdanie więc odbywa się zasadniczo przed księciem²⁰, z reguły przy udziale wiecu²¹. Co więcej, transakcje odbywają się niejednokrotnie poprzez ręce księcia, zbywca rezygnował z praw do alienowanej nieruchomości *in manus ducis*²², który w ten sposób stawał się niejako gwarantem prawności nabycia²³.

uwagę na przykłady, jakich dostarcza Księga henrykowska na „kupowanie” tych samych dóbr na nowo od każdej generacji, por. niżej przyp. 61.

¹⁶ J. Brissaud, *Manuel d'histoire de droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*, Paris 1935, 308 nn., Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris 1948, 277—8, R. Hübner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*⁵, Leipzig 1930, 257—9, T. Saturnik, op. c. 104—5, S. Estreicher, *Studia n. historią kontraktu kupna*, 45, P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 193 nn., J. Adamus, *Z badań nad dzierżeniem*, 78 nn. Adamus wyowiada myśl, że wzdanie przenosiło prawo, wwiązanie zaś — faktyczne dzierżenie, ib. 94; tamże, 94—5, powtórzenie tej myśli w słowach: „umową rzeczową było wzdanie, natomiast wwiązanie miało jedynie znaczenie przeniesienia dzierżenia”. Nie sądzimy, by prawo (przynajmniej w czasach dawniejszych) mogło przejść bez posiadania, por. Brissaud, op. c. 314, a już w żadnym razie nie zgodzimy się na propozycję prof. Adamusa, by uznać wwiązanie za akt pozaprawny, ib. 97.

¹⁷ Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 196—7.

¹⁸ J. Adamus, *Z badań*, 84.

¹⁹ K. Kolańczyk, *Studia nad relikami*, 203. Z. Wojciechowski przypuszcza, że z księciem w tej mierze usiłował w 12 w. konkurować Kościół, Sądownictwo prawa polskiego w dobie przedimmunitetowej, SHPP, t. 13, z. 1, Lwów 1930, 41—2, za nim K. Kolańczyk, *Studia*, 273², 487; ob. też J. Adamus, *Z badań*, 82—3. Według K. Kolańczyka kontrola obrotu niespornego przez księcia staje się zasadą dopiero w drugiej połowie 13 w., *Studia*, 477—8.

²⁰ J. Adamus, *Z badań*, 82; tamże przypuszczenie o dokonywanych alienacjach wieczystych bez udziału księcia, 85—6.

²¹ K. Kolańczyk, *Studia*, 298.

²² Por. jako przykład dok. z 1224 r., II. Ob. w tej kwestii K. Kolańczyk, *Studia*, 115, gdzie też podana obszerna literatura do tego zagadnienia, 317¹⁸¹; por. też ib. 451³²⁰.

²³ Por. S. Estreicher, *Studia n. historią kontraktu kupna*, 97¹. Oczywiście w interesie strony leżało mieć takiego gwaranta raczej aniżeli zwykłych ludzi, tenże, *Początki prawa um.*, 161.

Do przeniesienia jednak prawa własności nie wystarczał element publiczności i nawet interwencja księcia: alienator musiał dokonać wypicia wody zrzeczenia się. *Aqua abrenuntiationis* stanowiła uzupełnienie rezygnacji dokonywanej głosem i mową²⁴. Stąd treść klauzul wzdawnych przekazanych przez źródła²⁵ pokrywa się z tym, cośmy wyżej ustalili odnośnie do wody zrzeczenia, stąd też identyczny wymóg publiczności stawiany do wzdania²⁶ i do ceremonii wypicia wody.

Formułka zatem słowna z następującym po niej²⁷ aktem napitku stanowiły pełną formalnie dokonaną czynność rezygnacyjną, dzięki której przerywał się ostatecznie kontakt między dotychczasowym właścicielem a zbytą nieruchomością ziemską.

Stwierdziliśmy wyżej²⁸, że formę tę znano tylko przy alienacjach własności feudalnej. A w stosunkach włościańskich i miejskich? Oczywiście i tam nie obywano się bez zewnętrznych aktów rezygnacyjnych, ale w obu środowiskach posługiwano się symbolem zapożyczonym z Niemiec, mianowicie zieloną różdżką²⁹.

Przechodząc do losów praw osób trzecich, tym samym wracamy do porzuconego zagadnienia retraktu. Wiemy już, że dawał on pierwotnie uprawnionemu możliwość odebrania ziemi rodowej osobie trzeciej bez jakiegokolwiek odszkodowania. Przy takim jego rozumieniu jasne jest, że odnosić się musiał do wszelkiego rodzaju alienacji, pod tytułem darmym (chyba tylko wyjątkowym) jak i odpłatnym. Postępujący rozwój ekonomiczny prowadzący do tężenia własności na nieruchomościach nie może jednak takiego stanu rzeczy tolerować. Rozszerzenie zakresu prawa własności odbyć się musi jakimś kosztem; stało się to kosztem rodowców. Retrakt zamienia się w prawo bliższości. Rodowiec może ziemię rodową

²⁴ Ob. J. Adamus, op. c. 84.

²⁵ Por. teksty przytoczone przez J. Adamusa, op. c. 84—5 i 85².

²⁶ Ob. co do publiczności wzdania J. Adamus, op. c. 84.

²⁷ Tak wnosimy z aktu II, w którym mowa najpierw o *renunciare*, następnie o piciu wody. To następstwo czasowe występuje szczególnie jaskrawo w akcie IV, gdzie po rezygnacji sprzedawca *aquam postbibit*.

²⁸ Str. 177.

²⁹ A. Łomnicki, Symbol zielonej różgi w wiejskim prawie polskim, Pamiętnik trzydziestolecia pracy naukowej prof. dr. Przemysława Dąbkowskiego wydany staraniem kółka historyczno-prawnego słuchaczy Uniwersytetu Jana Kazimierza, Lwów 1927, 149. W braku odpowiednich informacji źródłowych nie jesteśmy w stanie odpowiedzieć na pytanie, jakie symbole stosowano na wsi polskiej przed recepcją prawa niemieckiego. Być może, problem to jedynie pozorny wobec tego, że trudno mówić o zróżnicowaniu stanowym w tym okresie. Jeśli więc wszystkie warstwy wiejskie uciekały się dawniej do *aqua abrenuntiationis*, to następstwem prawa niemieckiego było wyparcie wśród chłopów rodzimej formy rezygnacyjnej przez obcą; por. tu opinię W. Abrahama, cytowaną wyżej s. 177¹⁸. Dodajmy, że najstarsza zapiska wiejska o wzdaniu pod zieloną różgą pochodzi z 1485, choć zwyczaj był niewątpliwie znany już dawniej, Łomnicki, op. c. 150.

odebrać, ale pod warunkiem zwrotu ceny kupna czy też równowartości w razie zamiany³⁰. Rzeczowe prawo krewnych nie wyklucza już w sposób absolutny obcych od ziemi rodowej, lecz zacieśnia się do uprawnienia wstąpienia w pozycję obcego nabywcy za cenę zwrotu wyłożonej przezeń gotówki³¹. W tej tak złagodzonej postaci utrzymał się retrakt w Polsce przy ciągłym zresztą jego ograniczaniu (ustalenie terminów przedawnienia skupu³², wykluczenie jego co do pewnych typów alienacji, miano-

³⁰ Jednym z wcześniejszych dokumentów polskich świadczących o wprowadzaniu przez sądy nowej zasady jest akt Leszka Białego z 1212 r. przytaczający dawniejszy wyrok wojewody: *quod si predictus Nyegolaus commutationem illam velit rescindere, cetera supradicta, que a fratribus prefatis de Andrzeiow receperat, ex integro restituat... Quod si facere negligierit, perpetuo se noverit illa privatum, silencio sibi super repeticione eiusdem de cetero imposito*, Kodeks dyplomatyczny Małopolski (KDMP) 1 (Kraków 1876), nr 8. Wyrok zatem nie kwestionuje prawa rescysji Niegosława, ale uzależnia je od zwrotu pobranych przezeń wartości. Najwidoczniej zatem powód wystąpił z pretensją bezwarunkowego zwrotu ziemi rodowej. Szczegółowe omówienie aktu daje K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk. 94—5; ob. też Z. Kozłowska-Budkowa, Repertorium nr 124—5 i uzupełnienie s. 146.

³¹ Co do stosunku prawa skupu do pierwokupu pozwolimy sobie tu zacytować opinię, według której zachodzi między nimi tylko różnica proceduralna w tym sensie, że pierwsze wykonuje się wobec rzeczy już sprzedanej, drugie natomiast do przedmiotu, który ma dopiero zostać sprzedany, E. Chénon, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, 2 (Paris 1929) publié par les soins de Olivier-Martin, 192. Praktycznie osiągało się takie same rezultaty, gdy stało się na zasadzie pierwokupu, jak np. Statut policki, Namysłowski W., *Pozasądowe organy*, 17, czy też przedawniającego się prawa skupu, jak w statutach Kazimierza Wielkiego. Zresztą najczęściej prawo skupu było uzupełnieniem prawa pierwokupu, ob. np. W. Namysłowski, *Prawo bliższości u południowych Słowian*, *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne* 19 (1921), 90 (Serbia), 105 (Chorwacja); ob. też tegoż *Zarys serbskiego pr. maj.*, 12; podobnie w tak odległej Norwegii, K. Lehmann, *Die altnordische Auffassung*, 90—1.

³² K. Dunin, *Dawne mazow. prawo*, 157, P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 505², i ostatnio W. Sobociński, *RDSG*, 335. Wyrażną akcję w tym kierunku — przy równoczesnym utrzymywaniu zasady niepozbyszalności dóbr rodowych, Kolańczyk, *Studia*, 254—5, — wykazują statuty Kazimierza Wielkiego, op. c. 345 oraz ib. przyp. 293. Dorzućmy do podanych tamże trafnych uwag autora uzupełniający je szczegół, mianowicie, że ustalony przez statut małopolski jednoroczny termin skupu dóbr rodowych, które przeszły drogą spadku na kobiety, *Ossol. II. art. 165*, Dąbkowski, *Prawo pryw.* 1. 304, był i w praktyce zachowywany, ib. 2. 20. Zauważmy też, że materiał źródłowy do tej kwestii zestawiony przez K. Kolańczyka wzbogaca o jedną informację W. Sobociński, *RDSG*, 335⁷. Zresztą zagadnienie długości terminu (rocznego czy trzyletniego) jest dla nas bez znaczenia, istotną z naszego punktu widzenia jest sama możliwość przedawnienia prawa skupu. A co do tego punktu nie możemy się zgodzić z P. Dąbkowskim, który w polemice z Przeszkodzińskim nie chciał uznać twierdzenia, że co do czasu trwania uległ retrakt ograniczeniu, *Prawo pryw.* 2. 505². Nasze stanowisko ma za wyraźną przesłankę przekonanie, że pierwotnie prawa rodowców nie przedawniały się nigdy (potomkowie Głaba z Księgi henrykowskiej występują z retraktem po 60 latach: K. Tymieniecki, *Z dziejów zaniku drobnej własności*, 13). Nieruchomość mogła-

wicie darowizny³³, zamiany³⁴, pokładu³⁵, prawdopodobnie również i se-

kolejno zmieniać właścicieli, mimo to zawsze rodowiec mógł zgłosić się po jej odbiór (por. niżej uwagi o zastępie). W tej sytuacji nie byłibyśmy bardzo skłonni przywiązywać wagi do znanej i wielokrotnie powoływanej informacji Vita minor s. Stanisłai, według której pretensje retrahentów mogą zostać zniweczone wyrokiem sądowym w razie dostarczenia dowodu prawności nabycia, por. K. Maleczyński, Stanowisko dokumentu w polskim prawie prywatnym i przewodzie sądowym do połowy XIII w., SHPP t. 14. z. 4, 41—2 i 42¹; tamże cytowane dawniejsze opinie R. Taubenschlaga i S. Kętrzyńskiego. Wbrew prof. Maleczyńskiemu sądzimy, że należy się w tej informacji doparywać sposobu postępowania dowodowego zachodniego.

³³ F. Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 500, 505², 596; K. Kolańczyk, Studia, 176, 183. Por. też uwagi T. Saturnika, O právu soukromém, 117.

³⁴ Obowiązkiwanie pierwotne prawa retraktu przy zamianie stwierdza Dąbkowski, op. c. 2. 500—1, oraz K. Kolańczyk, Studia, 176. Obowiązywało ono i w fazie drugiej, choć retrahent nie może zwrócić tej nieruchomości, za którą ziemię rodową zbyt, nie ma zatem fizycznej możliwości wstąpienia w stanowisko kontrahenta. Zajmując jego miejsce proponował więc najwidoczniej zwrot równowartości w pieniądzu. Licznych przykładów na to, że w okresie retraktu-skupu i przy zamianie znajdowało ono zastosowanie, dostarcza Księga henrykowska: na zamianę dziedziny leżącej w Brukalicach na wielkopolską Ochłę przez Bogusza i Pawła wyrażają zgodę ich bracia stryjeczni, Jakub i Piotr, 301, ob. też K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk. 137¹. Co więcej, gdy cystersi henrykowscy kupują od wspomnianych braci ów żręb w Ochli, książę postanawia wobec baronów, że od tąd prawo skupu ograniczy się do nabytej drogą kupna nieruchomości w jego księstwie z wykluczeniem dawniej posiadanego majątku śląskiego: *ego coram baronibus meis statuum et precipiam, ut si quisquam de eorum cognatione postmodum voluerit redimere, illud redimat, quod hic in ducatu meo in Ochla emptum est, sed ad illud, quod in ducatu Slesie pro commutatione claustrum datum est, nullam habeat redimendi potestatem*, ib. 303, oraz w tekście przywileju Przemysła I z 1256 r.: *quod si postmodum quisquam de parentela predictorum iuvenum voluerit redimere, quod coram nobis est emptum et in terra nostri ducatus iacet, illud redimat; ad illud autem, quod coram nobili principe, domino Henrico duce Slesie, nostro sororio, est donatum pro commutatione, nullum prorsus habeant respectum*, ib. 304—5. Por. też tekst dokumentu Henryka III z 1257 r.: *tali interposita condicione, quod si eadem bona redimere voluerint Bogussa et Paulus, poterunt in futuro, videlicet mansos habitos in Polonia, non autem ipsorum liberi vel affines qualicunque casu mediante. Bona autem in Brucalitz nec ipsi seu ipsorum heredes vel consanguinei qualescunque redimere poterunt quolibet articulo emergente...*, ib. 306. Słusznie zatem stwierdził K. Tymieniecki, że prawo retraktu rodowego nie zostało usunięte, Z dziejów rozwoju wielkiej własności na Śląsku w wieku XIII, Prace Kom. Hist. PTPN t. 4 Poznań 1927, 256. Ta sama zasada przebiega w powołanego wyżej przywileju Leszka Białego z 1212 r., KDMP 1, nr 8. Czy rzeczywiście książę (a właściwie wojewoda, bo wyrok książęcy oparł się na dawniejszym, wojewodzińskim, ob. K. Maleczyński, Stanowisko dok. 39³) próbował tu wtłoczyć prawo bliższości w ramy prawa spadkowego, jak przyjmuje K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk. 94²? Sądzimy, że oparcie się na nowej zasadzie (zwrot równowartości) uczyniło pretensję powoda do całego majątku, jaką niewątpliwie wysuwał, wprost iluzoryczną. Tę sytuację faktyczną najwidoczniej wziął sąd pod uwagę.

Omawiana zasada widoczna też z przywileju Bolesława Wstydlivego z 1275 r. Książę mianowicie, przenosząc swoich łagiewników ze wsi, w której dotąd siedzieli,

kwestru ³⁶ — tak że w rachubę wchodził ostatecznie tylko przy kupnie—sprzedaży i zastawie ³⁷) aż do roku 1768 ³⁸.

do innej postanawia, że ich krewni, którzy by ewentualnie wrócili z niewoli tatarskiej, tracą prawo do nieruchomości rodowej, z której zostali usunięci, natomiast otrzymają *legitima portio* w świeżo nadanej im ziemi, KDMP 1. nr 88 (cytuje A. Szelański, Chłopi-dziedzice, 44). Przytoczmy też wypadek z 1294 r. omówiony przez K. Kolańczyka stwierdzający niedwuznacznie pretensje synowskie do zamienionych przez ojca dóbr, Najd. p. pr. spadk. 126—7. Zauważmy, że jeszcze w późniejszych czasach na Mazowszu charakteryzującym się znacznym archaizmem stosunków (por. K. Tymieniecki, Społ. Słowian lech., 217) spotykamy się ze statutem (1410) postanawiającym, że zamiany gruntów dokonane w obecności księcia względnie jego urzędnika i zapisane w księgach mają trwać wiecznie *et nulla persona ex linea consanguinitatis ipsorum dictam commutationem revocare et impedire potest*, Bandtkie, Ius Polonicum, Varsaviae 1831, 429. Tekst ten powołują P. Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 412, i J. Adamus, Z badań, 94. Znowuż zatem do tego czasu wszelkie zamiany, a od tej chwili zamiany dokonane bez wpisu do ksiąg sądowych podlegają prawu retraktu. Na stanowisku nieodwołalności zamian stoją już zdecydowanie tzw. statuty Goryńskiego, P. Dąbkowski, 2.500. Dla odstraszenia od retraktu dóbr zamienionych nakładali książęta wysokie kary fiskalne, siedemdziesiąt (KDWP 1. nr 22, 1177), czy pięćdziesiąt (ib. nr 566, 1286). — Oba teksty cytowane przez R. Taubenschlaga, Formularze czynności prawno-prywatnych w Polsce XII i XIII wieku, SHPP t. 12 z. 3 (Lwów 1930), 30, oraz tenże, Kary fiskalne w dokumentach polskich XIII wieku, Księga pamiątkowa ku czci Władysława Abrahama, 2 (Lwów 1931), 21.

Przytoczone wyżej teksty wykazują, jak wielki właściciel ziemski (duchowny czy świecki), korzystając z przychylności panującego, stara się o przeniesienie retraktu z dóbr rodowych na inne albo o wykluczenie skupu krewnych przy utrzymaniu jedynie tego prawa wobec samych zbywców, wreszcie o zniesienie retraktu w ogóle. Uzupełniwszy te obserwacje materiałem ze stosunków południowo-wschodnio-słowiańskich, gdzie spotykamy wyrażenia nadające kupnu charakter zamiany, Sołowjew, Osobiennost', 5, 9, możemy uprzytomnić sobie, na jakiej drodze zaczęto dokonywać wyłomu w prawie bliskości. Przede wszystkim przestały mu podlegać grunty alienowane w zamian za inne. Ten kontrakt zatem, który występował co do ruchomości już w stosunkach pierwotnych, T. Saturnik, O pravie soukr. 153, w czasach historycznych odgrywa pierwszorzędą rolę przy obrocie nieruchomościami: drogą zamiany dokonana alienacja staje się pierwszą, na której nie ciąży wada prawna; w rezultacie: *nemo ex propinquitate bona per commutationem assecuta exemere potest*, P. Dąbkowski, Prawo pryw. 2.500, tenże, Charakterystyka prawa pryw. polskiego, 26—7; ob. też T. Saturnik, op. c. 117; por. również uwagi J. Adamusa, Z badań, 94, i przypuszczenie K. Kolańczyka, Studia, 445. Jest to zresztą logicznie uzasadnione: zamiana nie godziła w podstawę egzystencji rodowców, P. Dąbkowski, l. c., K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk. 96.

³⁵ P. Dąbkowski, Wierna ręka, 26—7.

³⁶ Dąbkowski podaje w swej pracy tylko przykłady na prawo bliskości *ex iure condominiumi*, Wierna ręka, 124, 127, 131, stąd dość zwodniczy zwrot, którego użył dalej mówiąc krótko, że „prawo bliskości znajdowało zastosowanie także przy sekwestrze“, ib. 157.

Zauważmy, że K. Kolańczyk, stwierdzając wyraźny proces odrodzenia się organizacji rodowej, wypowiada przekonanie, że „wtórnym impulsem rozwojowym

Przejście z retraktu zaboru do retraktu skupu³⁹ musiało pociągnąć za sobą poważne następstwa. Co prawda i retrakt—skup przedstawia niewątpliwie dalej niemałą wartość praktyczną dla bliskich⁴⁰, ale nieporównalna ona co do swego znaczenia z retraktem—zaborem. Przyjrzyjmy się

objęte jest... rodowe prawo blizszości...“, *Studia*, 249, ale równocześnie nie waha się mówić o słabnięciu prawa retraktu, *ib.* 183.

³⁷ Przy tych tylko transakcjach (kupno i zastaw na upad) stwierdził występowanie postanowień o retrakcie R. Taubenschlag, *Formularze*, 19, 46—8; natomiast nie zanotował ich przy zamianach, 28—9, darowiznach, 39—42, ugodzie, 42—5, oraz *datio in solutum*, 45. Zauważyć jednak trzeba, że np. w wypadku zamiany występują obszerne klauzule o niewnoszeniu skarg wzajemnych oraz o obronie przed napaścią osób trzecich, *ib.* 29.

³⁸ P. Burzyński, O prawie blizszości w dawnej Polsce, *Rozprawy i sprawozd. z posiedzeń WHF PAU t. 6* (Kraków 1877), 46, 47, 50, 51, Gloger, *Encyklopedia staropolska*, 4.158, P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2.510, tenże, *Charakterystyka prawa pryw. pols.*, 45, tenże, *Księga alfabetyczna dawnego prawa prywatnego polskiego*, PHP 11. z. 3 (Lwów 1932), 6, S. Kutrzeba, *Wspólne podstawy*, 273, J. Adamus, *Z badań n. dzierżeniem*, 94, choć tenże uczony dawniej żywo protestował przeciwko takiej interpretacji konstytucji z 1768 r., *Zastaw w prawie litewskim*, 29², a i ostatnio sprzeciwia się tej wykładni W. Sobociński, *RDSG*, 335⁸ —, K. Kolańczyk, *Studia*, 246. — Przypomnijmy, że prawo dyspozycji testamentowej dobrami rodowymi wyłączono było jeszcze ustawami z 1768 r. i 1775 r., Dąbkowski, *op. c.* 72, oraz tenże, *Dawne prawo polskie prywatne*, Program wykładów uniwersyteckich, wyd. 2, PHP t. 11 z. 2, Lwów 1932, 23. — Zaznaczmy, że we Francji *retrait lignager* skasowała dopiero Wielka Rewolucja, Brissaud, *op. c.* 375, M. Bloch *Soc. féod.* 1.207. U Słowian południowych retrakt z tytułu blizszości utrzymał się w całej pełni w 19 i nawet w 20 w., W. Namysłowski, *Prawo blizszości u południowych Słowian. Część II. Prawo blizszości według ustaw z XIX wieku*, *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne* 19 (1921), III. 59—88. Por. też co do dat jego skasowania w niektórych prawach europejskich P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 510.

³⁹ Nasuwa się tu uwaga co do zakwalifikowania prawa retraktu. Podręczniki zagraniczne uważają je zgodnie za prawo rzeczowe, Brissaud, *op. c.* 370—396, A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 2 (Leipzig 1886), 60—4, Hübner, *Grundzüge*⁵, 422 n., O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 2. 766—790. To stanowisko wydaje się też jedynie poprawne. P. Dąbkowski natomiast traktuje o nim w księdze poświęconej obligacjom, *Prawo prywatne*, 2. 496—512, tenże, *Zarys prawa polskiego prywatnego*, wyd. 3 (Lwów 1922), 339—344, i tenże, *Dawne prawo polskie prywatne* (1932), 38, z czym stanowczo nie można się zgodzić. Ani bowiem w pierwszej fazie (retrakt-zabór) „bliskowników“ — jak ich nazywa Burzyński — umowa krewnego nie interesowała zupełnie, skoro restytucja wzajemnego świadczenia nie wchodziła wcale w rachubę, ani w drugim etapie rozwoju (retrakt-skup) tytuł ich uprawnienia nie powstawał w drodze umowy, chociaż wchodzili w miejsce kontrahenta-nabywcy. Dodajmy na obronę Dąbkowskiego, że poszedł on w tym szczególe za opinią O. Balzera, O obecnym stanie nauki prywatnego prawa polskiego i jej potrzebach (Lwów 1887), 53, 54, 60.

⁴⁰ Jego wartość ekonomiczna przejawia się w możliwości sprzedaży, którą poświadcza np. tzw. zwód Goryńskiego, *ob. Dunin*, *Dawne mazow. prawo*, 149, 156, oraz P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 507.

konsekwencjom towarzyszącym pojawieniu się nowej koncepcji prawa retraktu.

Gruntury można zbywać zarówno alienacją czasową (zastaw⁴¹, wierna ręka⁴², sekwestr⁴³), jak i wieczystą⁴⁴, co prawda pod warunkiem rozwiązyjącym. Ta nowa sytuacja prawna nieruchomości znalazła formalny wyraz w klauzulach alienacyjnych pojawiających się zrazu w aktach prywatnych, od ostatnich dziesiątków lat 13 w. również w dokumentach książęcych, a szczególnie często w przywilejach Kazimierza Wielkiego⁴⁵. Dyspozycje majątkowe są już więc ważne, co więcej, w razie braku kapitałów stają się praktycznie niewzruszalne.

Rozszerzenie prawa własności o dodatkowe tak cenne uprawnienie, jakim jest możność alienacji⁴⁶, nie jest jedyną korzyścią, którą czerpie właściciel. Ono dopiero umożliwiało spieniężenie tej wartości, jaką grunt przedstawiał. W ten sposób klasztor-„finansista“ przy ogólnym braku gotówki wśród ówczesnego ziemskiego społeczeństwa polskiego⁴⁷ staje się dobrodziejem drobnych rodowców⁴⁸; gdyby Boguszy i Pawłowi nie udało się znaleźć w klasztorze henrykowski kupca na swój żreb w Ochli, nie mogąc się na nim utrzymać porzuciliby go z pewnością nie otrzymując w zamian nic⁴⁹, a puścizna taka przypadłaby prawdopodobnie księciu⁵⁰.

⁴¹ T. Saturnik, O právu soukromém, 116—7, pośrednio też Dąbkowski, Wierna ręka, 104.

⁴² Dąbkowski, l. c.

⁴³ Tenże, op. c. 120 nn.

⁴⁴ Zdajemy sobie z tego sprawę, że w pewnym okresie rozwoju gospodarczego i prawnego odróżnienie to jest niewłaściwe, zważywszy na przeważnie konsumpcyjny charakter pożyczek zaciąganych przez rolnika.

⁴⁵ K. Kolańczyk, Studia, 426—438. Trafne wydają się dalsze uwagi tegoż badacza, który wiążąc klauzule alienacyjne z wpływami zachodnimi (prawa niemieckiego, 439) przypisuje im duże znaczenie w procesie indywidualizacji własności ziemskiej, 440. Indywidualizację własności nieruchomości u Serbów wiąże się z wpływami bizantyjskimi, W. Namysłowski, Zarys serbskiego prawa maj. 19; tenże autor stwierdził, że kupno gruntów pojawia się u nich około r. 1300, ib. 26.

⁴⁶ Wtedy też dopiero mogła wytworzyć się cena handlowa dla nieruchomości.

⁴⁷ Por. wyżej przyp. 10 tegoż rozdziału. Ob. też K. Tymieniecki, Z dziejów rozwoju wielkiej własności, 255, chociaż ten uczony nie zamyka oczu na pewną tendencyjność Księgi henrykowskiej, ib. 258.

⁴⁸ Przypomnijmy obserwację dokonaną przez K. Kolańczyka, że swoboda dyspozycji wpłynęła na przesunięcie dużej ilości dóbr z rąk świeckich do rąk kościelnych, Studia, 238—9.

⁴⁹ ...unde nisi tu redimas nos, recedimus et dimitemus (sortem) iacere“, Księga henr., 303. W jakim stopniu sytuacja braci była beznadziejna, świadczy fakt, że zgadzają się oni na taką cenę kupna, jaką ustali nabywca (...rogaverunt obnixe, ut quantumcunque vellet ipsis pro sua sorte in Ochla pecunie coram duce ordinaret... Ks. henr. 303. Pozycja ich faktyczna nie bardzo się różniła zatem od stanowiska łazeków. „Łazeka — jak stwierdza kompetentny w tej materii K. Tymieniecki — opuszcza ziemię bez sprzedaży, gdyż nikt jej nie kupi“.

Co więcej, rodowiec dokonywał z reguły alienacji gruntu zmuszony do tego ciężką koniecznością (klęski żywiołowe itp.). W trudnej znajdując się sytuacji zdany był na łaskę i niełaskę nabywcy, o którego było tak trudno⁵¹, sprzedawałby więc ziemię za bezcen. Niebezpieczeństwo skupu przestrzegało nabywcę w jego własnym interesie, by nadarzającej się okazji za bardzo nie wyzyskiwać⁵².

Ale nie tylko dotychczasowy właściciel zainteresowany był w nowym układzie stosunków. Przejście z etapu retraktu—zaboru do etapu retraktusku odbijało się też niezwykle dodatnio na stanowisku nabywcy. Element górujący swą potęgą finansową będzie w możności powiększania swego majątku kosztem drobnych posiadaczy żrebiów⁵³. Ten moment ekonomiczny doprowadził chyba jako jeden z głównych czynników do powstania większej własności⁵⁴. Drobni właściciele ziemscy nie dysponując wystarczającymi kapitałami, by wykupić rodowców—łupieżców od kary śmierci⁵⁵, nie będą też mogli według wszelkiego prawdopodobieństwa skorzystać w przyszłości z prawa retraktu. W takich warunkach retrakt-skup w swych konsekwencjach umożliwiał uszczuplenie podstawy majątkowej rodu.

Zrazu beneficjariuszem nowego stanu rzeczy był Kościół. Ale prędko wielka własność rycerska obdarzona tymi samymi przywilejami, co instytucje kościelne (immunitetem)⁵⁶, będzie nie tylko w stanie stawić skuteczny opór akcji duchowieństwa; gromadząc odpowiednie kapitały realizować będą moźni przysługujące im prawo skupu wobec Kościoła, choćby to nawet było połączone z kosztownym procesem⁵⁷. Co więcej, również i wielmoże drogą cesyj ziem, robionych mniej lub więcej dobrowolnie przez drobnych posiadaczy, skupiać będą w swym ręku coraz

Z dziejów zaniku drobnej własności na Śląsku w wieku XIII, odb. z Księgi Pamiątkowej ku czci Oswalda Balzera, 2. 20.

⁵⁰ K. Tymieniecki, Społeczeństwo Słowian lech., 73.

⁵¹ Por. plastyczny przykład z Księgi henrykowskiej omówiony w przyp. 10.

⁵² Przytoczmy tu cytowany w literaturze wypadek, w którym klasztor sulejowski wykorzystuje *gravis necessitas*, w jaką wpadł rycerz, ale płaci za nabytą ziemię znaczną kwotę, J. Mitkowski, Początki klasz. w Sulejowie, 206.

⁵³ K. Tymieniecki, Z dziejów zaniku drobnej własności na Śląsku w wieku XIII, 6—21, oraz ostatnio K. Kolańczyk, Studia, 242—3.

⁵⁴ K. Tymieniecki, Z dziejów rozwoju wielkiej własności, 250, 268.

⁵⁵ Księga henrykowska, 260 nn.

⁵⁶ Por. Z. Wojciechowski, Das Ritterrecht in Polen vor den Statuten Kasmirs des Grossen, 68 nn. Jak wiadomo, immunitet stanowiący warunek rozwoju wielkiej własności otrzymało rycerstwo o parę dziesiątków lat później od Kościoła, O. Balzer, Narzaz w systemie danin książęcych pierwotnej Polski, SHPP 11 (Lwów 1928), 557, 564; Kutrzeba S., Historia ustroju Polski w zarysie. Korona, wyd. A. Vetulani, Warszawa 1949⁸, 61, 70.

⁵⁷ Ob. K. Kolańczyk, Studia, 215.

większe obszary⁵⁸. Elementy zatem posiadające gotówkę (wielcy właściciele duchowni i świeccy jak i mieszczenie) biorą górę, a konkurując z sobą w nabywaniu własności ziemskiej tym samym podnoszą jej cenę⁵⁹, co jeszcze bardziej pogarsza pozycję rodowców chcących korzystać z retraktu.

Oczywiście niezamożnym rodowcom dla realizacji roszczeń pozostaje otwarta zawsze droga gwałtu, ale ta z wzrostem władzy państwowej zostaje coraz bardziej ograniczona, poczyną się ją traktować jako przestępstwo. Jeśli się jeszcze szykanuje klasztor, to raczej w tym celu, by w ten sposób wyłudzić odeń nieco grosza, aniżeli z myślą rzeczywistego odbioru majątności przezeń kupionej⁶⁰. W każdym razie wspomniane wypadki szykan świadczą o dużej sile retraktu. Szczególnie jaskrawo występuje to wówczas, gdy klasztor co pewien okres, od każdego niemal pokolenia danego rodu nabywa wieś już dawno kupioną ponownie za gotówkę⁶¹. — Zjawisko to zresztą świadczy o dużej dochodowości ziemi znajdującej się w rękach zakonu. Działanie retraktu—skupu na organizację rodową przejawia się nie tylko w jednym, destrukcyjnym kierunku, odgrywa on w pewnym sensie także rolę konstruktywną. W etapie retraktuzaboru prawa krewnych nie wchodziły w rachubę za życia alienatora. Jako najbliższy krewny bowiem wykluczał on wszystkich innych. Można by więc mówić o tym, że śmierć jego stanowiła *terminus a quo* wyłaniania się retraktu. Ale i z tym momentem nie dla wszystkich krewnych przysługujące im prawo zaboru przedstawiało jakąś realną wartość; nie stanowiło jej ono mianowicie dla krewnych dalszych, których bliżsi zawsze wykluczali od nieruchomości⁶². W okresie retraktu—skupu każdy *amicus*, choćby dalszy, ale gospodarczo silniejszy, bił bezapelacyjnie innych⁶³, nie wyłączając i samego zbywcy, który najwidoczniej miał interes w dokonaniu transakcji i stąd, z reguły, nie był skłonny do jej niweczenia

⁵⁸ Dla nowszej epoki stwierdzenie tego faktu u W. Sobocińskiego, RDSG, 335.

⁵⁹ Por. tu klasyczny pod tym względem wypadek opisany przez Księgę henrykowską, 314—5. Wzrost ceny ziemi w 13 w. — na co tylekrotnie zwracano uwagę w literaturze, A. Szelański, Chłopi-dziedzice, 61—2, a zwłaszcza F. Bujak, Studia nad osadnictwem Małopolski, 377—9, oraz 418—423 — musiał też nie mało zawdzięczać tej względnej — jak na nasze pojęcia — swobodzie obrotu.

⁶⁰ Trudno cytować przykłady mnogie z Księgi henrykowskiej.

⁶¹ Por. przykład Głabowic omówiony przez A. Szelańskiego, Chłopi-dziedzice, 48, którego znów cytuje K. Kolańczyk, Studia, 261, 270. Kolańczyk przytacza również ciekawą historię wsi Muszkowic, 265. Ob. też dobitny przykład cytowany w dawniejszym dziele tegoż historyka, Najd. p. pr. spadk. 91—3.

⁶² K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk. 158 przyp.

⁶³ Por. co do prawa skupu zastawu, Hube, Prawo polskie XIV w. (Hube III), 187.

na podstawie prawa bliższości. Tu może tkwić jedna z przyczyn zaobserwowanego w literaturze przedmiotu zjawiska rozszerzania się kręgu krewnych, którym przysługiwało *ius proximatis*⁶⁴. Z tym wszakże faktycznym następstwem, że dla najbliższych nawet, ale niezamożnych rodowców stanowiło ono jedynie *nudum ius*. Już nie sama bliższość w obrębie rodu była teraz miarodajna, łączyć się z nią musiało posiadanie odpowiedniej gotówki⁶⁵.

Zdajemy sobie z tego sprawę, że rzucona tu koncepcja wymaga szczegółowego rozwinięcia. Ale nie tu na nią miejsce. Zastanówmy się jeszcze, czy prawo bliższości w nowej postaci nie zawierało w sobie dalszych możliwości, które by prowadziły do praktycznego niweczenia prawa krewnych.

Sposobem zmierzającym do tego celu mogło być podanie jako ceny kupna sumy znacznie wyższej od rzeczywistej, kwoty wielokrotnie przekraczającej wartość alienowanego gruntu. Na usiłowania klasztoru miechowskiego idące w tym kierunku zwrócono już uwagę w literaturze⁶⁶. Wątpliwe atoli wydaje się, by praktyka ta (przynajmniej w średniowieczu) się upowszechniła⁶⁷. Na zawadzie tego rodzaju próbom obchodzenia pra-

⁶⁴ K. Tymieniecki, Społeczeństwo Słowian lech., 72—4. Tkwić ona mogła w wroście zamożności społeczeństwa. Jak zauważył K. Tymieniecki, im bogatsza podstawa materialna rodu, tym szerszy krąg rodowców, ib. 59; ob. też M. Friedberg, Kultura polska a niemiecka, 1. 120. Jaskrawego przykładu przyznawania się tłumowi ludzi do zamożnego krewnego dostarcza Księga henrykowska. Na pokrewieństwo z fundatorem klasztoru, Mikołajem, powołują się jednostki, które według redaktora kroniki nie miały z nim ani jednej kropli krwi wspólnej. — Odnosnie do chłopów rozszerzenie prawa bliższości na dalszych krewnych musiało iść w parze z rozciągnięciem na nich praw spadkowych, por. art. 18 statutów Kazimierza Wielkiego, B IV (został on zaliczony do nowo wprowadzonych przez Z. Kaczmarskiego, Monarchia Kazimierza Wielkiego, 1. Organizacja państwa, Poznań 1939, 60), oraz Hube, II. 122, Dunin, op. c. 137—8, 143, Winawer, Najdaw. polskie prawo zwyczajowe, 232, Dąbkowski, Prawo pryw. pol. 2. 65, 109—110, T. Satornik, op. c. 83, v. Brünneck, Die Aufhebung der Leibeigenschaft durch die Gesetzgebung Friedrichs des Grossen und das Allgemeine Preussische Landrecht, ZRG 23 1899), 51, K. Kolańczyk, Studia, 141, oraz niżej p. 74. Mimo powołania wspomnianego artykułu statutów K. Kolańczyk stwierdza dalej, że w Polsce do końca 14 w. nie natrafiono na żadne wyraźne ślady stopniowego rozszerzania się koła uprawnionych do dziedziczenia, 181. Zaznaczmy, że na Zachodzie, od 13 w. począwszy, dokonuje się zacieśnianie parentel, Bloch, op. c. 216.

⁶⁵ Wypadki korzystania ze skupu w obrębie rodu notuje P. Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 506.

⁶⁶ Dąbkowski, op. c. 2. 509, K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk. 49², 79², 80.

⁶⁷ K. Kolańczyk znalazł tylko dwa przykłady z Małopolski, op. c. 79—80.

wa stała publiczność aktu zbycia⁶⁸. Zresztą zawsze pozostawała możliwość stwierdzenia faktycznej ceny kupna przez tak często stosowany w ówczesnej procedurze środek dowodowy, mianowicie przysięgę⁶⁹, której waloru dla owych czasów nie można nie doceniać. Interes nabywcy znowu chroniony był przez przepis, który go wtedy tylko zobowiązywał do złożenia przysięgi, gdy retrahent stawiał się z całą gotówką⁷⁰.

W okresie późniejszym, gdy skupowi podlegały tylko transakcje odpłatne, obejścia prawa skupu można było dokonać przez upozorowanie darowizny⁷¹ czy zamiany⁷². Być może używano u nas także innych sposobów, aby ten sam cel osiągnąć⁷³.

Stwierdziliśmy wyżej ciągle ograniczanie retraktu. Nie nastąpiło ono atoli pod jednym względem: podmiotowym. Prawo bliższości znane jest wszystkim warstwom, zarówno szlacheckiej, jak chłopskiej⁷⁴, nie mówiąc już o miejskiej.

⁶⁸ Wydaje się natomiast posunięciem niezrozumiałym dla zwalczania prawa bliższości sprzedawanie za cenę nie odpowiadającą wartości obiektu (niższą od rzeczywistej), o czym pisze K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk. 211. Toż takie postępowanie stanowiłoby zachętę dla skorzystania z prawa skupu. Zresztą jest ono sprzeczne z zaznaczonym wyżej podawaniem fikcyjnej wygórowanej ceny kupna. Skoro przyjęliśmy zastosowanie tego sposobu, musimy konsekwentnie odrzucić drugi.

⁶⁹ Przykład tego rodzaju z końca 14 w. podaje R. Hube, III. 163; ob. też Dunin, Dawne mazow. pr. 158. Postępowanie takie uznają za regułę Constitutiones et iura terre Lanciencensis, AKP 4 (1921), 440 art. 22.

⁷⁰ Hube, III. 163.

⁷¹ Oczywiście, o ile *fraus* nie została przez uprawnionego ujawniona, por. P. Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 500, 509.

⁷² Ib. 500 (cytowany akt z r. 1478).

⁷³ U Słowian południowych dla zdobycia prawa swobodnego rozporządzania nieruchomościami szlachta otrzymywała masowo zatwierdzenie dóbr rodowych jako basztyn, W. Namysłowski, Zarys serbskiego prawa majątkowego w wiekach średnich, 8—9. Na Litwie znów dla ominięcia retraktu posługiwano się adopcją, J. Bardach, Adopcja w prawie litewskim XV i XVI w., odb. z Wiadomości Studium Historii Prawa Litewskiego USB, 1 (Wilno 1938), 62. Nie pełnił natomiast tej funkcji zastaw, skoro wobec niego utrzymało się prawo skupu bliskich, Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 501, J. Adamus, Zastaw w prawie litewskim XV i XVI wieku, PHP 1. z. 7 (Lwów 1925), 28, choć jako wybieg służył dla ominięcia zakazu alienacji, Bardach, op. c. 38—9; taż sama jego rola stwierdzona w stosunkach francuskich, Brissaud, op. c. 564¹.

⁷⁴ Co prawda P. Burzyński przedstawia jeszcze sprawę tak, jakby było ono właściwością stanu szlacheckiego, O prawie bliższości, 28, 39, 43, 48, 49. Atoli w późniejszej literaturze stwierdza się zgodnie istnienie retraktu w średniowieczu także wśród chłopów, A. Szelański, Chłopi-dziedzice, 47—8, z powołaniem się na akty z 1275 r., KDMP 1, nr 88, i z 1279 r., KDKK 1. nr 81. Stanowisko jego aprobował W. Semkowicz, KH 14 (1900), 107, stwierdzając, że możliwość skupu przysługiwała zarówno ludności wolnej, jak i niewolnej. Z powołaniem się na znaną relację Księgi henrykowskiej o Pirozowicach mówi też o retrakcie wieśniaków książęcych K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk., 89. W świetle tych informacji zabieranie przez

Na jeden moment należy tu zwrócić uwagę, okoliczność dotąd w literaturze nie podnoszoną, mianowicie, że dwie instytucje związane z sobą genetycznie (prawo bliższości wyprowadza się — jak wiadomo — z ustroju rodowego⁷⁵) zaczynają wieść żywot odrębny. Odradzająca się rodowość⁷⁶ ogranicza się do jednej tylko warstwy, mianowicie stanu szlacheckiego⁷⁷. Wśród chłopów, nie mówiąc już o mieszczaństwie obcego pochodzenia, nie ma warunków do jej odzicia⁷⁸. Ale i w warstwie szlacheckiej odradzanie się zasady rodowości nie wpłynęło wcale na wzmocnienie prawa bliższości⁷⁹. Wzrost znaczenia ziemi dla stanowiska społeczno-politycznego jej właściciela parł zwycięsko ku zasadzie indywidualizacji, a tym samym ku uchylaniu krępujących własność jednostkową ograniczeń wynikających *ex iure gentilitii*.

panów dóbr ruchomych i nieruchomych (v. Brünneck pisze tylko o zaborze ruchomości, *Die Aufhebung der Leibeigenschaft*, 51) pozostałych po wieśniakach nie mających zstępnych wygląda rzeczywiście na *abusiva consuetudo*, której chciał zapobiec Kazimierz Wielki upoważniając krewnych bocznych do dziedziczenia, por. literaturę w przyp. 64. Można by więc sądzić, że uprawnienia wynikające *ex iure gentilitii* zaczęły ustępować wobec roszczeń uzasadnionych przez *ius dominii directi*, którą to tendencję zwalcza monarcha. Ale takiemu pojmowaniu ewolucji stoi na przeszkodzie najdawniejszy zwód prawa zwyczajowego, art. 22, ob. Dunin, op. c. 137—8, Winawer, op. c. 222—231, P. Dąbkowski, op. c. 2. 108—9. Nie podejmujemy tu rozstrzygnięcia tej trudności. Nie rozwiązują podniesionych wątpliwości uwagi, które temu problemowi poświęcił W. Sobociński, RDSG, 338. — Aktualność prawa bliższości wśród chłopów w czasach nowożytnych stwierdza np. SPPP 12, nr 5038 (1685 r.); ob. też wypadek powoływania się na prawo bliższości przez poddanego zbiegłego lub jego potomków chcących odebrać grunt nowikowi u S. Szczotki, Uwagi o zbiegostwie włościan w dawnej Polsce, RDSG 11 (1949), 161 n.

⁷⁵ T. Saturnik, op. c. 116, K. Kolańczyk, *Studia*, 174 nn.

⁷⁶ Por. tu K. Kolańczyk, *Studia*, 245 i nn. a zwłaszcza 248¹¹⁴, gdzie po zestawieniu literatury przedmiotu — uzupełnić ją trzeba rozdziałem poświęconym „prawu rodowemu“ w wieku 14. i 15. przez Dąbkowskiego, Charakterystyka prawa pryw. pol., 46—53 — polemika z W. Sobocińskim; ob. też K. Kolańczyk, *Studia*, 486. Zagadnieniu renesansu rodowości poświęcił ponownie szereg krytycznych uwag W. Sobociński, RDSG. 335—339; ob. też wyżej przyp. 36.

⁷⁷ Tak już W. Sobociński w cytowanej w przyp. poprzednim recenzji, RDSG, 336.

⁷⁸ K. Tymieniecki, *Spółceństwo Słowian* lech. 67, 76, 90. Zauważmy, że na Zachodzie seniorowie we własnym interesie niejednokrotnie wpływali na utrzymanie się więzi rodowej wśród poddanych, M. Bloch, *Soc. féod.* 1.203. Wspomnianym autorom chodzi oczywiście o chłopów-poddanych. Inaczej musiała się przedstawiać sprawa, zanim doszło do wytworzenia poddaństwa. Jak stwierdza K. Tymieniecki, w związku z przejściem od gospodarki żarowej do kultury związanej z terenem ściśle ograniczonym grunt „pozostając trwale nie tylko w rękach jednego posiadacza, ale przechodząc i na następne pokolenia nabywa cech własności rodowej“, *Z dziejów zaniku drobnej własności*, 20.

⁷⁹ Wtym samym kierunku zmierzają, jak sądzimy, najnowsze wywody W. Sobocińskiego, RDSG, 335—338.

Nie można dość podkreślić znaczenia tego etapu konsolidacji własności ziemskiej, jaka związana była z przejściem od retraktu-zaboru do retraktu-skupu⁸⁰. Dopiero na tym stadium rozwoju możemy mówić o jej dostatecznym wykształceniu.

Nie podejmujemy się na tym miejscu określać bliżej czasu, w którym nastąpiło przejście z jednej fazy do drugiej. Niewątpliwie wiązać je trzeba z rozszerzaniem funkcji państwa, które starało się nie dopuszczać do tego, by dochodzono praw *privata autoritate*, lecz wszędzie narzucało własne pośrednictwo⁸¹. Wspomniane przejście nie dokonało się też z pewnością w jakimś ściśle określonym momencie. Zapewne szczegółowa analiza źródeł wykaże, że współcześnie zachodziły fakty jednego i drugiego rodzaju. Uprzedzając jej wyniki stawiamy tezę, że nowa zasada zadomowiła się w Polsce na dobre w ciągu 13 w., stwierdza ją jako regułę dla połowy tego stulecia Księga henrykowska⁸². Ale też pełno w niej jeszcze przykładów zaborów dokonanych czy usiłowanych przez rzeczywistych lub fikcyjnych krewnych, którzy zgłaszają pretensje do majątku klasztorowego bez najmniejszej chęci zwrotu ceny kupna⁸³. Ukoronowaniem tego procesu rozwojowego, było rozciągnięcie w następnych stuleciach pełnej ważności dyspozycji na dobra zamienione i — ostatecznie — mienie odstąpione pod tytułem darmym⁸⁴.

⁸⁰ Inaczej, jak się zdaje, rozumie rzecz K. Kolańczyk. Według niego przed w. 13 prawo bliższości „pozostawało niejako w uśpieniu, skoro nie było zbyt intensywnych bodźców, które by pobudzały je do działania. Zapewne kształtowało się ono w wewnętrznych waśniach międzyrodowych [w tekście omyłkowo: między-narodowych] o sporne dziedziny, co do których [waśni] nie zachowały się ślady źródłowe. (W wieku 13 i później) w walce o utrzymanie substancji majątkowej wobec potężnej kampanii majątkowej całego Kościoła, a szczególnie klasztorów cysterskich, prawo bliższości nabiera nowego życia i nowej siły“ (podkreślenia nasze), *Studia*, 246. Zauważmy — bo nie jest to bez znaczenia — że ten cytat znajduje się w ustępie zatytułowanym „nowy rozwój prawa bliższości“, ib. 245.

⁸¹ Zauważ, jakie znaczenie przypisują państwu dla rozwoju pewnych działów prawa, S. Estreicher, *Pocz. pr. umownego*, 9, 47, 85—6, dla obligacji, dla prawa karnego — M. Handelsman, *Prawo karne w Statutach Kazimierza Wielkiego*, 105.

⁸² Księga henrykowska, 303. Por. też tak charakterystyczny przywilej księcia śląskiego, Henryka III, z r. 1266; *surrexit Inwarius cognomine Daleborez... reprensus a clastro prefatam sortem et census molendini; et refudit coram nostro iudicio abbati de Henrichov datam Michaeli pecuniam pro eadem emptione*, G. A. Stenzel, *Liber fundationis claustris...* in Heinrichow, 167 nr 20; tekst powyższy cytują P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 506¹, i Z. Wojciechowski, *Sądownictwo prawa polskiego*, 46². Co do zniesienia prawa zaboru darowizn, ob. niżej przyp. 84.

⁸³ Chyba nie poczytamy za przypadkową zbieżność faktu, że właśnie w 13 w. słabnie widocznie znaczenie majątku ruchomego w życiu rodów, ob. K. Tymieniecki, *Społ. S. lech.*, 71.

⁸⁴ Dąbkowski pisze, że proces ten dokonał się „z biegiem czasu“, op. c. 500. Na podstawie zestawionych przezeń informacji co do darowizn i zamian można by

W tej czy innej postaci prawo retraktu sprawiało, że wszelkie alienacje nieruchomości były prekaryjne. Choćby dokonane w najdoskonalszej formie, nie niweczyły one praw rodowych⁸⁵. Każde zbycie dóbr rodowych było wadliwe⁸⁶, nowonabywca, świecki czy duchowny, n i g d y nie był pewien swego nabytku⁸⁷. Stąd obserwujemy taki rozwój instytucji zastępu⁸⁸. A jaką rolę odgrywała w tym względzie *aqua abrenuntiationis*?

V

Analizując wyżej przekazy źródłowe doszliśmy do wyniku, że wypicie wody zrzeczenia się likwidowało prawo skupu¹. Przyjrzyjmy się bliżej temu zagadnieniu. Czyje prawa skupu wchodzi tu w rachubę?

Prawo skupu, jak wiemy, posiadali krewni. Ale nie tylko oni. Do rzędu rodowców należał przecież także ten, który dotąd stał w najbliższym stosunku do ziemi, jej dotychczasowy właściciel. Czy i ta jednostka korzystała z możliwości retraktu? Wbrew odpowiedzi, jakiej oczekiwaliśmy, wychowani w pojęciach prawnych rzymskich, skonstatować musimy na podstawie wyraźnych informacji źródłowych, że w okresie daw-

wnioskować, że nowa zasada tworzyła się od 13—15 w., ib. 500—1. Jeśli atoli usu niemy akt ks. kujawskiego Kazimierza z r. 1254 (CDP. 2¹ nr 63) jako niemiaro dajny w tym względzie (ob. K. Kolańczyk, *Studia*, 232—8, 251—3, 300¹⁰¹, 304¹¹⁴, 337—340), jeśli — dalej — stwierdzimy, że statuty Kazimierza Wielkiego nie zawierają w tej mierze żadnych postanowień (K. Kolańczyk w ślad za dawniejszą literaturą polską (Hube, Dąbkowski) odnosi słusznie Król. art. 123 do nadań panujących, zwanych przez Dąbkowskiego darowiznami wojennymi, *Prawo pryw.* 2. 595, 597, a nie do darowizn prywatnych, *Studia*, 254—5; inaczej a błędnie T. Saturnik, *O prawnu soukr.*, 196—7, i K. Maleczyński, *Stanowisko dokumentu*, 25), trzeba będzie przyjąć, że nie nabrała ona mocy obowiązującej przed w. 15. Dla darowizn możemy przyjąć, że tak długo nie zniesiono w stosunku do nich prawa retraktu-zaboru, jak długo utrzymały się sprzedaże pozorne, bardzo częste w stosunkach z Kościołem, jak to stwierdził K. Kolańczyk, w 13 i 14 w., *Najd. p. pr. spadk.*, 211, oraz przypuszczalny wypadek tego rodzaju, ib. 195 i tamże przyp. 3. Dla pokładu stwierdza nierespektowanie zasady bliskości Dąbkowski dopiero na podstawie aktu z 1523 r., *Wierna ręka*, 27. Dla naszych rozważań zatem przeprowadzenie nowej zasady nie przedstawia już interesu.

⁸⁵ J. Adamus, *Z badań*, 85 nn., K. Kolańczyk, *Studia*, 269.

⁸⁶ Tenże, ib. 310. Ten moment, sądźmy, został za mało podkreślony w cytowanej pracy prof. Taubenschlaga o odpowiedzialności.

⁸⁷ K. Kolańczyk, *Studia*, 269.

⁸⁸ Por. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 491 i n. Ob. też Hube, III. 161—2 (kupno), 166 (zamiana), 182, 223 (zastaw). Pierwotnie był on czasowo nieograniczony, od statutu wiślickiego (B IV art. 42) obowiązywał tak długo, dopóki nie stał się bezprzedmiotowy wskutek dawności ziemskiej następującej po upływie 3 lat, Hube, III. 161, Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 494—5, oraz J. Adamus, *Z badań*, 70—1.

¹ Wyżej s. 180—2.

niejszym, a z pewnością nawet w wieku 13, zażądać zwrotu nieruchomości mogła i ta osoba, która sama alienowała ziemię². Śladem tego poglądu są klauzule dokumentów, w których sprzedawcy zrzekają się prawa rewindykowania alienowanego gruntu³. Nabywcy zatem groziło niebezpieczeństwo odebrania ziemi zarówno przez samego zbywcę⁴, jak jego krewnych. Zapobiegając takiej niestalości stosunków wytworzono pewne środki, które zabezpieczać miały przed tą niedogodną stroną prawa rodowego. Nie będziemy się wszakże nimi zajmować, tym bardziej, że niedawno stały się przedmiotem wnikliwej analizy K. Kolańczyka⁵. Ograniczymy się jedynie do rozpatrzenia zagadnienia, czy przez wypicie wody

² Tak już Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 485, 487, 531, oraz tenże, Dobra rodowe i nabyte, 89, 90; jego opinię przytacza K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spad. 94. Nie zajmujemy się tu nierzadkimi wypadkami umownego zastrzeżenia prawa odkupu przez zbywcę, ob. Dąbkowski, 2. 485. — Na temat rozwiązalności umów w epoce „barbarzyńskiej“ ob. ciekawe uwagi S. Estreichera, Pocz. pr. umownego, 71. Tamże stwierdzenie, że stosunek taki, który może być każdej chwili unieważniony, któremu zatem porządek społeczny nie zapewnia ochrony, nie jest stosunkiem obligatoryjnym, 69, 71. Sądźmy atoli, że jego uwagi odnoszą się raczej do obrotu ruchomościami, dlatego rescysję zbywcy, o której tu mowa, wiążemy z prawem retraktu; por. tu przykład śląski z tekstu I.

³ Np. *abrenuncians pro se et suis successoribus omni iuri predictum contractum rescindendi...*, KDKK. 1. nr 65 (1266), ob. też akty KDWP. 2. nr 906 (1306) i nr 1274 (1348 r.) przytoczone przez P. Dąbkowskiego, Prawo pryw. 2. 485³. Przyznajemy, że nie potrafimy zająć stanowiska wobec jednego z wielkopolskich artykułów statutów Kazimierza Wielkiego, Król. art. 116. Tekst jego wygląda następująco: *Preterea statuimus et edicto perpetuo servari mandamus, quod quicunque venditam possessionem infra octo annos, volens in ea aliquod ius vindicare, in iudicio non reduxerit reclamando vel hereditatem obligatam infra triginta annos non redimerit per se vel per consanguineos suos, quibus hoc competit de consuetudine speciali, hereditates sic vendite vel etiam obligate evolutis annis predictis... penes ipsos, quibus sunt vendite vel etiam obligate, perpetuo remaneant ipso facto*. Trudność wykładni spowodowana tu została przez stylistyczną zeugmę. Hube — gdy chodzi o interesujące nas zagadnienie — omawia cytowany artykuł w dwóch miejscach, raz w ustępie poświęconym dawności, drugi raz w rozdziale omawiającym sprzedaż. Jeśli przyjmiemy za tym badaczem, że krewni zbywcy mieli prawo wykupienia sprzedanej dziedziny w oznaczonym terminie, Ustawodawstwo Kazimierza Wielkiego, Warszawa 1881 (= Hube II), 194, musimy wówczas przyznać to samo uprawnienie i sprzedawcy. O tym jednak u Hube go ani wzmianki. Następujące wyjaśnienie tego uczonego — „kto praw swoich (*aliquod ius*) do sprzedanej dziedziny przez przeciąg lat ośmiu nie dochodzi, utracą prawa takowe, a nabywca samym prawem staje się pełnym onej właścicielem“, 198, — nie upoważnia chyba do wniosku, że Hube dopatrywał się w tym tekście ograniczonego czasowo prawa rescysji alienatora. Obojętny dla naszego zagadnienia jest sporny okres dawności, ośmioletni (Hube) czy trzyletni (Dąbkowski, Prawo pryw. 1. 305 i ib. p. 8, oraz K. Kolańczyk, Studia, 345²⁰³).

⁴ Jaskrawe przykłady ze stosunków francuskich daje praca p. Yvonne Bongert, *Recherches sur les cours laïques du X-e au XIII-e siècle*, Paris s. d. (1949), 41—3.

⁵ K. Kolańczyk, Studia nad relikdami, zwłaszcza rozdz. II i IV.

zrzeczenia się usuwano retrakt zbywcy, czy też równocześnie i prawa jego współrodowców.

Niestety, tylko dwa teksty zawierają w tej kwestii bliższe informacje. Jeden z nich, I, stwierdza, że przez wypicie wody likwiduje się retrakt zbywcy; o pół wieku późniejszy przywilej, III, wiąże z wypiciem wody nie tylko usunięcie osobistego prawa skupu sprzedawcy, ale także wszystkich jego spadkobierców żyjących jak i tych, którzy w przyszłości się urodzą. Jak pogodzić te odmienne informacje? To wszystko, co skądinąd wiemy o prawach krewnych, o wyjątkowo mocnej pozycji synów względem majątku ojcowskiego⁶, ale także i dalszych rodowców⁷, ta cała masa różnorodnych wiadomości świadczących o bezsilności jednostki wobec potęgi prawa rodowego⁸, nie pozwalają nam brać drugiej informacji à la lettre. Trzeba raczej przyjąć, że odbiorca przywileju z 1259 r. — klasztor lubiąski — omawianej ceremonii starał się przypisać rolę, której ona w rzeczywistości nie odgrywała. Zwłaszcza że i w tekście tego dokumentu spotykamy szczegół, który wprost przeczy rzekomej funkcji picia wody. W liście bowiem świadków powołuje się bratanka zbywcy, Ottona, *qui abrenunciavit et plenarie consensit*. Najwidoczniej zatem wypicie wody przez zbywcę nie wystarczało jeszcze, by zniweczyć prawa synowca. Wziąwszy zatem pod uwagę fakt, że ta rola wody zrzeczenia poświadczona jest przez jeden tekst tylko, że sprzeczna jest z tysiącem innych wiado-

⁶ Synowi przysługiwało w zasadzie konieczne, tj. wolą ojca niewyłączalne prawo do majątku rodzinnego, K. Kolańczyk, *Najd. pol. prawo spadk.*, 72, 96; ob. też przykład cytowany na s. 53. Tego prawa nawet książę nie mógł wzruszyć, ib. 79, 92¹.

⁷ Co do braci ob. K. Kolańczyk, op. c. 162, synowców — ib. 197—8 oraz ib. 195⁵, braci stryjecznych — ib. 212—3.

⁸ Zobowiązanie się zbywcy do defensji w razie zaczepki ze strony krewnych (Michalewicz, O prawie przyzwalania krewnych na pozbywanie nieruchomości w Wielkopolsce aż do ustawodawstwa Kazimierza Wielkiego, PH 4, 1907, 104—5, R. Taubenschlag, Odpowiedzialność za wady prawne przy pozbyciu własności w średniowiecznym prawie polskim, RAU. WHF. 68, 1931, 4), stawianie na to rękojmi (R. Taubenschlag, op. c. 11, ob. również tenże, Dokumenty polskie w sprawach prywatnych XII i XIII wieku, Spraw. PAU 34, 1929, 17), zastrzeżenia wadiów (Taubenschlag, Odpowiedzialność, 6—7) i kary umownej („*quod si... exbrigare nequiverim, quod absit...*“ KDWP 3. nr 1308, r. 1352, cytowany przez Kolańczyka, *Najd. p. pr. spadk.* 67—8; ob. też przykłady, jakie daje R. Taubenschlag w ustępie dotyczącym odpowiedzialności z tytułu ewikcji, Odpowiedzialność, 8—10). Jak wiadomo, również przez rozwiązanie wspólnoty majątek nie tracił nic z dotychczasowej swej spoistości (wbrew Hubemu K. Kolańczyk, *Najd. p. pr. spadk.* 119, 125—130). Z zaczepianiem wyroków sądowych przez rozdzielonych rodowców walczą dopiero statuty Kazimierza W. (Balzer, Statuty Kazimierza Wielkiego z rękopisu pośmiertnego wydał Z. Kaczmarczyk, M. Szczaniecki, S. Weymann, SHPP 19 (Poznań 1947), art. 86, Hube, III. 163, oraz K. Kolańczyk, *Studia*, 263 i ib. p. 494). Wzmiankujmy też o łatwości, z jaką dobra nabyte nabywały cech własności rodowej, por. wyżej 179²¹.

mości źródłowych, czujemy się upoważnieni do jej odrzucenia⁹. Krewnym alienatora przysługiwało w dalszym ciągu dziedziny *ad usus suos revocare*¹⁰ albo przynajmniej nowego posiadacza *pro hereditate inquietare*¹¹.

Pozostaje zatem jedna tylko funkcja wody zrzeczenia się: likwidacja wszelkich praw zbywcy. Dwa niezależne od siebie teksty tę jej rolę poświadczają, wydaje się więc ona niewątpliwa. Zresztą odrzucenie tych wiadomości, nie dające się niczym uzasadnić, prowadziłoby nas do wniosku, że *aqua abrenuntiationis* nie miała w ogóle sensu, albo ostatecznie, że należy go szukać wbrew wyraźnym wzmiankom źródłowym gdzieś poza nimi.

W ten sposób dochodzimy do wyniku, że przez wypicie wody zrzeczenia się zbywca sam (ale już nie inni rodowcy) zrzekał się prawa retraktu. Nie mógł już odtąd domagać się zwrotu ziemi. *Aqua abrenuntiationis* przecinała ostatnią nić, która łączyła go z alienowaną nieruchomością mimo dokonanego przeniesienia własności¹².

VI

Stwierdziliśmy, że picie wody zrzeczenia się miało miejsce — w świetle zachowanych przekazów źródłowych — tylko w wypadku przenoszenia własności na nieruchomościach. Czy rzeczywiście czynności tej nie dopełniano przy alienacji ruchomości? Twierdząc, że ta druga ewentualność nie zachodziła, stawiamy tezę w oparciu na milczeniu źródeł. Tymczasem już tylokokrotnie wskazywano na to, jak ryzykowne są wnioski wyprowadzane *ex silentio*. Jeśli zatem chcemy nasz domysł podtrzymać, musimy się rozejrzeć za dodatkowymi argumentami, które by za nim przemawiały.

Założmy więc, że *aqua abrenuntiationis* była stosowana przy sprzedaży ruchomości. W takim razie dochodzimy do wyniku, który uderza nas od razu swoją niedorzecznością: uroczysta ceremonia zbycia ruchomości musiałyby się dokonywać publicznie wobec księcia i zgromadzo-

⁹ Wniosek nasz identyczny z tym, do jakiego w polemice z Z. Wojciechowskim doszedł J. Adamus, zajmując się znaczeniem konfirmacji książęcej przy obrocie nieruchomościami: przez wzdanie zrzekał się prawa własności pozbywca, nabywał ją nabywca, ale prawa bliskich pozostawały nienaruszone, Z badań nad dzierżeniem, 85—94; ze starszej literatury ob Hube, I. 255.

¹⁰ KDMP. 2. nr 434.

¹¹ KDWP. 1. nr 319.

¹² Symbol nasz zatem różny od używanych wśród ludów germańskich, gdzie w obrocie majątkowym średniowiecznym na oznaczenie rozbratu, renuncjacji z prawa własności używano obrzędu łamania pewnych przedmiotów, S. Estreicher, Pocz. prawa umownego, 112—3, Bloch, Soc. féod. 1.

nych dostojników; ta ewentualność dla stosunków obrotu codziennego jest wprost nie do przyjęcia, zwłaszcza gdy wiadomo nam, że odbywały się one nawet bez ustanowienia odpowiedzialności (*nuda pacta*)¹.

To wszystko, co wiemy o historii prawa własności, nie przemawia też za identycznością form zbycia mienia ruchomego i nieruchomego. Własność na *immobilia* jest młodsza, jak to skonstatowano tylokrotnie w literaturze². Inny charakter rzeczy ruchomych, odmienne przeznaczenie ekonomiczne, ich duża podatność do obrotu, praktycznie nieograniczona liczba, a w konsekwencji i niemożność kontroli zmiany stosunków własnościowych przez społeczeństwo, przy małej z reguły wartości, musiały doprowadzić do wytworzenia norm prawnych znacznie różniących się od reguł dotyczących nieruchomości. Liczba nieruchomości była ograniczona, przy tym ziemia stanowiła w swoim czasie jedyny niemal warsztat pracy³, a więc dobro ekonomiczne o wyjątkowym wprost znaczeniu⁴, czego następstwem była także jej wartość społeczno-polityczna. Nic więc dziwnego, że prawo oplatające nieruchomości jest czymś zupełnie odmiennym od prawa tyczącego ruchomości⁵. Różnica między nimi była tak istotna, że przejawiała się niemal w każdej dziedzinie prawa. Podział na rzeczy ruchome i nieruchome był głównym i zasadniczym podziałem prawa polskiego, jak w ogóle wszystkich praw średniowiecznych⁶. Zajmowały się

¹ S. Estreicher, Początki prawa umownego, 147—8.

² A. Heusler, Institutionen, 2 (1886), 6, K. Tymieniecki, Społeczeństwo Słowian lech., 30—2, tamże zestawiona obfita literatura przedmiotu, 32—4; T. Sałurnik, O právu soukromém, 90. O wcześniejszym władaniu indywidualnym ruchomościami także K. Kolańczyk, Studia, 420.

³ A. Szelański, Chłopi-dziedzice, 3.

⁴ J. Brissaud, op. c. 201. K. Kolańczyk nazywa je najważniejszym dobrem ekonomicznym wczesnej monarchii piastowskiej, Studia, 183, 404. Zastanowić się jednak można, czy w tym okresie głównego bogactwa nie stanowiły ruchomości, trzoda i kosztowności. F. Bujak stwierdził ogromny wzrost wartości ziemi w ciągu 13 w., a więc w końcowym okresie rządów piastowskich. Prof. K. Tymieniecki wiąże fakt, że ziemia stała się najważniejszym dobrem ekonomicznym, z ustaleniem się całkowitym własności ziemi, Społeczeństwo, 72. To stanowisko utrzyma ona w Polsce aż do rozbiorów.

⁵ Dunin, Dawne mazow. prawo, 149, P. Dąbkowski, Prawo pryw. 1. 244, 253; ob. też tegoż Dawne prawo polskie prywatne, wyd. 2. 11. — Co do praw szczepowych germańskich ob. A. Blumenstok, Studia, 119, oraz S. Estreicher, Studia, 4.

⁶ O. Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. 5—8, Hübner, Grundzüge⁵, 179—180, Brissaud, op. c. 199—202; ob. też K. Koranyi, Podstawy średniowiecznego prawa spadkowego, PHP 9. z. 2. (Lwów 1930), 3. Nie przeczy temu fakt, że kwalifikacja prawnicza jakiegoś przedmiotu do jednej czy drugiej kategorii nie była zawsze jednakowa (ob. K. Kolańczyk, Studia, 384²⁶, 400—2, 404, gdzie też obszerna literatura przedmiotu), ani też okoliczność, że pewne prawa (np. francuskie) tworzyły szczególną kategorię dóbr, które w pewnych stosunkach traktowane były jako ruchomości, w innych jako *immobilia*, Brissaud, op. c. 202—3, E. Chénou, op. c. 2. 230. Ważkość tego podziału z punktu widzenia prawa uwydatnia swoboda, jaką

one głównie nieruchomościami, ruchomościom poświęcały stosunkowo niewiele uwagi⁷. Zasadnicza, nas interesująca różnica uwypatniała się w tym, że tylko w odniesieniu do dóbr ziemskich istniały utrudnienia w zbyciu stanowiące pozostałość pierwotnej *inalienabilitas*. Retraktu ruchomości nie znano⁸.

Inny też był związek łączący właściciela z przynależnym doń przedmiotem ruchomym. Na dowód tego wystarczy powołać zasadę ujmowaną w powiedzeniu *meubles n'ont pas de suite* (*Hand wahre Hand*)⁹. Wynika

dają niektóre późniejsze systemy jednostce; od jej woli zależy uruchomienie nieruchomości czy unieruchomienie ruchomości, O. Gierke, op. c. 2. 8, Hübner, Grundzüge⁵, 182—3. Co do teorii Champeaux przyjmującej, że odróżnienie ruchomości od nieruchomości jest zapożyczeniem rzymskim, ob. Alfred von Halban, Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte, Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte herausg. v. O. Gierke, Heft 89, t. 3 (Breslau 1907), 324⁶.

⁷ P. Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 127.

⁸ Przykład podany przez T. Saturnika trzeba będzie traktować, zgodnie z tym uczonym, za jakiś partykularny tylko zwyczaj, który nie nabral nigdy szerszego znaczenia, O prawnu soukr., 120—1. O tym, że w epoce historycznej prawa rodowe ograniczały się tylko do nieruchomości, K. Kolańczyk, Studia, 488.

⁹ O. Gierke, op. c. 2. 558 nn., Hübner⁵, 433 nn., Schröder-Künssberg⁷, 300, 777—8, Brissaud, op. c. 222 nn, Dąbkowski, Wierna ręka, 5. — W literaturze polskiej, o ile nie przeoczyliśmy czegoś, nie znajdujemy specjalnej rozprawy poświęconej temu zagadnieniu. To jednak, co wiemy o normach dotyczących ruchomości, wykazuje bardzo daleko idące analogie z prawem germańskim. Takie instytucje jak *anefang* (R. Taubenschlag, Proces polski XIII i XIV wieku do statutów Kazimierza Wielkiego, SHPP 10, z. 3 (Lwów 1927), 89—93) i zwód (Ruska Prawda, art. 36—40, T. Saturnik, O prawnu soukr. 103, 168, najstarszy zwód polskiego prawa zwycz. art. 11, M. Winawer, Najd. prawo zwycz. p. 146—7, R. Taubenschlag, l. c., W. Namysłowski, Pozasądowe organy, 2) wprost wymagają jako dopełnienia zasady *mobilia non habent sequelam*. Także depozyt Prawdy Ruskiej zdradza dość wyraźnie występowanie takiego poglądu. W niej bowiem patrzy się na przyjęcie cudzej rzeczy w przechowanie nie jak na stosunek obligatoryjny, ale jak na przekazane dobro. Z tego powodu nie wymaga się tam przy chowaniu cudzych rzeczy świadków, jak przy zwykłych umowach. Ten sam wniosek wysnuwa się z polskiej nazwy „wierna ręka”. Widocznie polegała ona na zaufaniu w przyjacielską gotowość danej osoby, wierzyło się jej ręce, T. Saturnik, O prawnu soukr. 161—2. Za istnieniem zasady *mobilia non habent sequelam* w prawie polskim przemawiają też dobitnie obserwacje poczynione przez P. Dąbkowskiego. Co prawda uczony ten stwierdził, że źródła polskie nie rozstrzygają kwestii, czy pokładca w razie pozbycia rzeczy powierzonej przez pokładnika w sposób niedozwolony musiał się trzymać jedynie pokładnika, czy też mógł się zwrócić wprost przeciw każdemu posiadaczowi tej rzeczy, Wierna ręka czyli pokład Studium z prawa polskiego, SHPP 3. z. 2 (Lwów 1909), 63; ale tenże badacz wnosi, że podpokład stwarzał jedynie stosunek między pokładnikiem i podpokładnikiem, nie zaś bezpośredni między pokładcą a podpokładnikiem, ib. 62. Ostatnie spostrzeżenie, sądzimy, jest miarodajne i wystarczające. Zauważmy też, że Dąbkowski mówi o władztwie pokładnika uzasadnionym tradycją rzeczy, ib. 78. Pewną trudność dla przedstawionego toku rozumowania stanowi — przynajmniej — możliwość oddania w wierną rękę także nieruchomości, Dąbkowski, Wierna ręka, 2—3, T. Saturnik,

z niej niedwuznacznie, że związek ten był o wiele luźniejszy. Społeczeństwo nie okazuje szczególnego zainteresowania losami ruchomości, troskę o nie zostawia jednostce. Nie tylko krewni nie mogą do niej zgłaszać pretensyj, ale właściciel sam bez swej woli a nawet w pewnych okolicznościach wbrew niej może własność na ruchomości utracić na zawsze. Oczywiście wyjątek stanowią tu zmiany posiadaczy ruchomości, stanowiące pogwałcenie prawa własności (kradzież); ale poza tymi z prawem karnym w kolizję wpadającymi wypadkami *désintéressement* społeczeństwa co do *mobilia* jest zupełne. Nie mogąc wykonywać kontroli nad ich obrotem grupa tworzy normy, które polecają wyraźnie obiekty ruchome pieczy jednostki: *wo man seinem Glauben gelassen hat, da soll man ihn wieder suchen!*¹⁰.

Własność na ruchomości może ktoś stracić wbrew swej woli, jeśli lekkomyślnie przeniósł jej posiadanie na osobę nie zasługującą na zaufanie; praw własności na nieruchomości jednostka przenieść nie może mimo swej najlepszej woli. Co więcej, przechodzenie gruntu od pierwszego nabywcy w dalsze ręce pozostaje bez wpływu na nie¹¹. Przy *mobilia* stan faktyczny wykazuje tendencję do pokrywania się ze stanem prawnym, przy dziedzinach absolutna moc praw rzeczowych, skutecznych wobec każdego, niemal że nie dopuszcza do zmiany stanu prawnego.

Nie posiadając więc ani jednego wypadku poświadczonego źródłowo stosowania *aqua abrenuntiationis* przy zbywaniu ruchomości, dysponując równocześnie poważnymi argumentami przemawiającymi stanowczo przeciwko przenoszeniu norm dotyczących nieruchomości do prawa o ruchomościach, traktować musimy omawianą instytucję jako właściwą tylko dla obrotu ziemią¹². Wszakże, by wyczerpać zagadnienie różnic prawnych

op. c. 163—4. Nie jest ona jednak takiej natury, iżby stanowiła szkopuł nieprzezwyciężony. Dla uprawdopodobnienia naszej tezy o występowaniu w polskich czy w ogóle słowiańskich stosunkach omawianej zasady niech nam wolno będzie posłużyć się jeszcze następującym rozumowaniem S. Estreichera, który zastosował je do Germanów: trudno przyjąć, że ludy słowiańskie wytworzyły sobie urządzenia zasadniczo odmienne od innych ludów świata i rozwijały je w sposób niepodobny do rozwoju spotykanego gdzie indziej, Początki prawa umow., 15. Przypomnijmy jeszcze, że reguła *Hand wahre Hand* była powszechna w germańskich prawach szczepowych. Jedynie te, które się znalazły pod wpływem rzymskim, przyznają skargę rzeczową przeciwko osobie trzeciej, Brissaud, op. c. 222. W zwyczajach francuskich ta nowa praktyka wprowadza się dopiero w 14—15 w., ib. 234—5.

¹⁰ Zasada *Hand wahre Hand* odnosi się tylko do wypadków dobrowolnego przeniesienia posiadania przez właściciela, nie dotyczy natomiast utraty przedmiotu wbrew jego woli (zguba lub kradzież), jak nieściśle utrzymuje J. Górecki, Przeniesienie własności rzeczy ruchomej, Prace Wrocł. Tow. Nauk. Seria A, nr 36 (Wrocław 1950), 69, 81.

¹¹ Dąbkowski, Prawo pryw. 2.485—6, K. Kolańczyk, Najd. p. pr. spadk. 94. Tenże jednak wypowiada ostatnio odmienne zdanie, Studia, 113³⁰⁸ i 445.

¹² Tak też P. Dąbkowski, Litkup, 44 i Abraham, Zawarcie małż., 206.

między ruchomościami a nieruchomościami, trzeba jeszcze poruszyć kwestię litkupu.

VII

Przy omawianiu *aqua abrenuntiationis* niemal powszechnie w dotychczasowej literaturze przedmiotu zestawia się ją i porównuje z litkupem, wskazując na pewne podobieństwa, jak i podkreślając dzielące te symbole różnice¹. Dąbkowski stwierdził, że „symbol ten (woda zrzeczenia się) ... zbliżał się do pewnego stopnia do litkupu. Tu i tam bowiem mamy do czynienia z piciem pewnego napoju przy kontrakcie kupna“. Tenże autor konstatuje równocześnie między nimi *znaczną* różnicę: „litkup piją obie strony umawiające się wraz ze świadkami, wodę zrzeczenia się pije tylko sprzedawca, pierwszy ma znaczenie utwierdzenia kupna-sprzedaży, druga oznacza zrzeczenie się władzy przez pozbywającego nieruchomość“².

Opinię Dąbkowskiego przytacza W. Abraham³ podkreślając, że zwyczaje te wybitnie się różnią⁴. Niedawno, całkiem przygodnie prof. R. Grodecki wystąpił z przypuszczeniem, że popularny u nas długi wieki litkup rozwinął się, być może, z picia wody zrzeczenia się⁵. Pomijamy już ostatnią opinię dopatrującą się ewolucji od *aqua abrenuntiationis* do litkupu. Wyrażona przygodnie, bez jakiegokolwiek uzasadnienia, nie może się ostać wobec obserwacji już dawniej w literaturze poczynionych, które stwierdzają znaczną, wybitną między tymi instytucjami różnicę. Nie ostoï się tym bardziej w świetle niżej zamieszczonych wywodów. Ograniczamy się przeto do rozpatrzenia też Dąbkowskiego i Abrahama, świadomie nie zajmując się już dawniejszymi wypowiedziami w tej materii.

Na czym polega podobieństwo obu instytucji? Niesłuchanie ono drobne, ogranicza się bowiem do identyczności substratu materialnego, czynności fizjologicznej konsumpcji wody. I to wszystko. Jasną jest rzeczą, że prawnik nie może w żadnym razie budować na tej podstawie wniosków o ich podobieństwie, tym mniej dopatrywać się w niej uzasadnienia do wywodzenia jednej z drugiej. Z pewnością nie jest to legitymacją wystarczającą, zwłaszcza gdy wiadomo nam z prac etnograficznych, że każdy symbol może być zużytkowany dla kilku zbliżonych czy nawet odrębnych idei⁶.

¹ S. Estreicher, Pocz. pr. umownego, 121 przyp., P. Dąbkowski, Litkup, 44, W. Abraham, Zawarcie małżeństwa, 206.

² Dąbkowski, Litkup, 44.

³ Abraham, Zawarcie małż., 206⁴.

⁴ Ib. 206.

⁵ Ob. wyżej s. 167.

⁶ Por. olbrzymi materiał zebrany w Handwörterbuch des deutschen Aberglaubens oraz uwagi S. Estreichera, Pocz. pr. umow. 113¹.

Zresztą już nawet co do tego materialnego substratu konstatujemy rzucające się w oczy różnice: przy *aqua abrenuntiationis* pije tylko jedna osoba, zbywca, przy litkupie — obie strony ze świadkami⁷. Litkup, choć od razu charakteryzuje się jako czynność pod względem gospodarczym zupełnie obojętna⁸, jest w każdym razie libacją sprawiającą przyjemność jej uczestnikom; ten właśnie jego charakter sprawiał, że ludzie zupełnie obcy kontraktowi brali w nim udział. Stanowił przeto, jak się słusznie wyraża Dąbkowski, wynagrodzenie za trud litkupników⁹. Tego charakteru uczty nie posiada wcale *aqua abrenuntiationis*. Rycerz śląski wypijał wodę zrzeczenia na polecenie księcia najniechętniej, dopełnienie tej ceremonii odczuwał jako przykrość tak dużą, że panujący łagodzi ją przez zmianę przedmiotu napitku (I). Już ta obserwacja co do strony materialnej tych instytucyj nie pozwala mówić o ich podobieństwie. Rozejrzenie się w ich znaczeniu prawnym, jedynie miarodajnym z prawniczego punktu widzenia, wykluczy, jak mniemamy, raz na zawsze zestawianie ich z sobą.

Według Dąbkowskiego o litkup jest środkiem utwierdzenia umów w ogóle, kupna—sprzedaży w szczególności¹⁰. Z chwilą dopełnienia *mercipotus* umowa stawała się nieodwołalna i zaskarżalna¹¹, rescysja nie jest więc możliwa¹². To było jego znaczenie istotne. Obok niego litkup posiadał znaczenie dowodowe (obrona przed zarzutem kradzieży)¹³. Gdy libacja następowała po wymianie prestacyj¹⁴, ten jego charakter zaznaczał się przede wszystkim.

Dąbkowski podał wszystkie typy umów, z których okazji pito litkup (najczęstszą z nich było kupno), oraz zestawiał konkretne przykłady *mercipotus* występujące w polskim materiale źródłowym. Okazuje się, że znajdował on jedynie zastosowanie przy obrocie ruchomościami¹⁵.

A przy nieruchomościach? W tej kwestii stanowisko Dąbkowskiego jest następujące: gdy chodzi o czasy historyczne oświetlone

⁷ Tak już Dąbkowski, Litkup, 44, za nim Abraham, Zawarcie małż., 206⁴.

⁸ S. Estreicher, Pocz. pr. umow., 36.

⁹ Litkup, 37, i Prawo pryw. 2. 403. Na liczne wypadki *geselliges Mahl und geselliger Trunk* w zwyczajach prawnych zwraca uwagę Eberhard Frhr. von Künssberg, Rechtliche Volkskunde, Halle/Saale, 1936, 54 nn.

¹⁰ Litkup, 44.

¹¹ Litkup, 34, Prawo pryw. 2. 403; za nim W. Abraham, Zawarcie małż., 205.

¹² S. Estreicher tak definiuje litkup dla interesującego nas okresu: przemienia się on na wspólne jedzenie lub picie stron, w którym bierze udział pewna liczba osób trzecich występujących jako ręczyciele prawności umowy poświadczających dobrą wiarę obu stron i zobowiązanych do bronięcia węzła umownego w razie, gdyby jedna ze stron lub kto trzeci usiłował ten węzeł naruszyć, Pocz. pr. um., 159.

¹³ Dąbkowski, Litkup, 36, Prawo pryw. 2. 403—4.

¹⁴ O. S. Estreicher, op. c. 74, Abraham, op. c. 205.

¹⁵ Litkup, 4—6.

źródłami, zwyczaj litkupu, jego zdaniem, nie miał zastosowania przy sprzedaży gruntów według prawa ziemskiego¹⁶. Znały go natomiast w takim wypadku prawa miejskie i bartne¹⁷. Wytłumaczenie tego zwyczaju przy obrocie nieruchomościami miejskimi podajemy niżej; zaznaczamy tu jedynie, uprzedzając swoje wywody, że należy go tłumaczyć recepcją prawa niemieckiego. Prawo bartne posiada szczególne, sobie właściwe cechy, dzięki czemu możemy spokojnie nie brać go tutaj w rachubę¹⁸.

A jak się przedstawiała ta kwestia w czasach dawniejszych, dla których brak naświetlenia źródłowego? Zaznaczmy od razu niekonsekwencję, w jaką popada Dąbkowski. — Podkreślamy ją umyślnie, by zwrócić uwagę na to, jakie niebezpieczeństwa czyhają na czytelnika jego syntezy polskiego prawa prywatnego¹⁹. — Można by się spodziewać, że pomieszczony w niej artykuł o litkupu (s. 401—4) będzie wiernym powtórzeniem wyników jego własnej pracy analitycznej poświęconej temu zagadnieniu. Porównajmy oba teksty z sobą: według Litkupu posiadał *mercipotus* pierwotnie przy kupnie—przedaży nieruchomości według wszelkiego prawdopodobieństwa to samo znaczenie, co przy kupnie ruchomości. Atoli kiedy państwo wytworzyło nowe sposoby utwierdzenia umów w postaci ksiąg sądowych, w które musiała być wpisana każda zmiana odnosząca się do nieruchomości, ten nowy sposób wyparł litkup z dotychczasowego stanowiska²⁰. Oczywiście te wszystkie twierdzenia stanowią domysł autora, jak to sam w tekście wyraźnie zaznacza. Możemy je akceptować lub nie, ale nie możemy historykowi brać za złe, że takie czy inne stawia przypuszczenie. Tymczasem zamieniło się ono w jego syntezie w pewnik: „znaczenie istotne posiadał niegdyś litkup tak że w odniesieniu do dóbr nieruchomości”²¹. Równocześnie jednak autor nie rozszerzył podstawy źródłowej, nie przytoczył również żadnych nowych argumentów, które by uzasadniały zamianę domysłu w pewnik.

¹⁶ Litkup, 7; autor podał jedynie dwa przykłady z ziem ruskich, ib. 7, 30.

¹⁷ Litkup, 6—7. Co do stosowania litkupu przy sprzedażach barci ob. też J. Rafacz. Regale bartne na Mazowszu w późniejszym średniowieczu, SHPP, 18. z. 1, Lwów 1938, 25.

¹⁸ Obok cytowanej w przyp. poprzednim pracy J. Rafacza por. studium K. Fieradzkiej, Uwagi o bartnictwie na Łużycach, Pamiętnik Słowiański 1 (Kraków 1949), 83—100. O praktyce prowadzenia ksiąg przed sądami bartnymi ob. J. Rafacz, op. c. 27, 52—3. Nie zajmując się bliżej ich genezą wysuwamy przypuszczenie, że wzorem dla nich były księgi ziemskie, skoro w ogóle organizacja sądów ziemskich wpłynęła na ustrój sądów bartnych, J. Rafacz, op. c. 57.

¹⁹ Na jej niekonsekwencję zwraca też niejednokrotnie uwagę K. Kolańczyk, Najd. pol. prawo spadk. 82.

²⁰ Litkup, 35—6.

²¹ Prawo pryw. 2. 403.

Zastanówmy się w tej sytuacji, czy istnieją jakieś logiczne przesłanki, które by mogły podtrzymać ostatnie stanowisko Dąbkowskiego. Jako pierwszy argument *contra* wysuwamy ten, którym się posłużyliśmy wyżej: fakt różnolitego stanowiska prawnego ruchomości i nieruchomości. Odwracamy zatem jedynie zdanie wypowiedziane poprzednio: norm dotyczących obrotu ruchomościami nie możemy uznawać za obowiązujące przy alienacji nieruchomości w braku innych na to dowodów. Z tego więc że przy handlu ruchomościami pito litkup, nie wnosimy — nie mając podstaw źródłowych — że teje ceremonii dokonywano przy alienacji immobilów.

Przyjęciu hipotezy Dąbkowskiego stoją na drodze inne obserwacje. Zajmując stanowisko tego autora niełatwo będzie ominąć dalszą trudność: dokumentów informujących nas o obrocie nieruchomościami już dla 13 w. i pierwszej połowy 14 w. jest w bród. Żaden z nich atoli nie wspomina o litkupie. Jakżeż więc z systematycznego milczenia źródeł zajmujących się obrotem nieruchomościami wysnuwać wnioski, że symbol ten również co do nich znajdował zastosowanie? ²². Przecież sam prof. Dąbkowski na tej podstawie, że zapiski ksiąg ziemskich nie wspominają o nim ²³, wysnuł wniosek, że litkup nie miał tu znaczenia prawnego ²⁴.

Pozostaje do rozpatrzenia jeden argument *pro* nie wykorzystany przez Dąbkowskiego, argument, któremu nie możemy odmówić dużej siły przekonywającej. Mamy mianowicie na myśli analogię ze stosunkami zachodnio-europejskimi. Na Zachodzie litkup miał rzeczywiście zastosowanie przy umowach dotyczących nieruchomości ²⁵. Ale też między krajami rozwijającymi się na dziedzictwie rzymskim a terenami, które nigdy nie zetknęły się bezpośrednio z rzymskim władztwem i prawem, konstatujemy daleko idące różnice w rozwoju prawnym. U szczepów germańskich obserwujemy powolne przechodzenie od umów realizowanych od razu, z ręki do ręki (*uno actu*, *Zug um Zug*, *actes au comptant*) ²⁶ — a więc

²² Co prawda i z okazji *aqua abrenuntiationis* stwierdziliśmy niedoskonałość informacji źródłowych, wyżej s. 172. Pozostały jednak w nich choć nikłe ślady tej instytucji, natomiast dla omawianego tematu nie ma ich wcale.

²³ Litkup, 36.

²⁴ Ib. 7. Sprzeczność wewnętrzna tu aż nazbyt widoczna. Przepijanie jest tylko wtedy litkupem, gdy ma znaczenie prawne. Stąd więc i dalsze przypuszczenia o mnóstwie wypadków litkupu niewpisanych do ksiąg sądowych, ib. 32, są zbędne. — Zauważmy, że Dąbkowski systematycznie zestawia informacje ksiąg sądowych ziemskich i ksiąg miejskich, co — naszym zdaniem — jest niedopuszczalne.

²⁵ S. Estreicher, *Studia*, 39—41.

²⁶ O charakterze *Zug um Zug* pierwotnego kupna słowiańskiego ob. P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2.524. Przypomnijmy tu, co mówi o rozwoju tego kontraktu w Słowiańszczyźnie T. Saturnik: pierwotnie znany był tylko w formie kupna naturalnego. Samo porozumienie miało charakter przedwstępnej umowy nie wiążącej prawnie. Ale i umowa realna (świadczenie przez jedną ze stron) wskutek słabo roz-

właściwie zamian, przy których nawet nieaktualne jest pytanie, czy to kontrakt realny czy konsensualny²⁷ — do umów kredytowych poprzez rozbięcie kontraktu na dwa etapy, salę i inwestyturę²⁸. Pierwszy z nich, sala, zdobywa sobie coraz bardziej przewagę nad drugim, inwestyturą. W związku z tym powstaje szereg nowych, żywotnych instytucji prawnych, jak zapłata fikcyjna, litkup, przybicie, tworzących się za wzorem rzymskim, bądź też wypływających organicznie z prawa niemieckiego, a zmierzających do oswobodzenia kupna—sprzedaży z ciężących na nim resztek realności²⁹. Znani poprzednio prywatni świadkowie legalności nabycia dowodzić mają teraz zawarcia umowy, która staje się nieodwołalna i zaskarżalna w razie uzewnętrznienia obustronnej zgody przez picie. Tego nowego charakteru nabywa picie-litkup od 12 wieku³⁰. Jako jeden z głównych motorów posuwających naprzód prawo uważał S. Estreicher ewolucję w stosunkach ekonomicznych. Powstanie miast i idące za tym rozwinięcie się żywszego handlu spowodowało za sobą potrzebę kupna na kredyt³¹. Stwierdźmy, czy te zdobycze osiągnięte w warunkach zachodnio-europejskich nie zostały przeniesione do Polski.

Za punkt wyjścia możemy wziąć z całym spokojem „odrębność“ pierwotnych stosunków kontraktowych³². W jakich ramach chronologicznych

winiętego kredytu ograniczona była jeszcze w późnym średniowieczu do całkiem ciasnych granic. Jako kontrakt konsensualny należy umowa kupna u Słowian dopiero do postępowego rozwoju prawa, O právu soukr., 165—6.

²⁷ Nieściśle zatem wyraża się T. Saturnik, jakoby przy zamianie obowiązywała zasada *re contrahitur obligatio*, op. c. 152.

²⁸ S. Estreicher, *Studia*, 44. Mamy tu oczywiście na myśli późniejszy rozwój prawa frankońskiego. W 8 w., jak wiadomo, subtelne pojęcia rzymskie (przynajmniej na terenach leżących na północ od Loary) zostały wyparte przez zwyczaje germańskie, według których „element materialny przeniesienia własności stał się rzeczą istotną, a *negotium* czynnością drugorzędną“; por. tu J. F. Lemarignier, *Les actes de droit privé de Saint-Bertin au haut moyen-âge. Survivances et déclin du droit romain dans la pratique franque*, Mélanges F. de Visscher, t. 4, 35—72; wyniki tego artykułu znane poprzednio z komunikatu ogłoszonego w *Revue Historique de droit franç. et étr.* 26 (1948), 375—6, pt. *Les actes de droit privé mérovingiens et carolingiens de l'abbaye de Saint-Bertin*.

²⁹ S. Estreicher, *Studia*, 71—2. O sile atrakcyjnej prawa rzymskiego dla ludności trudniącej się handlem ob. też M. Bloch, *Soc. féod.* 1.187.

³⁰ Por. też stwierdzenie, że skutki pozytywne (tradycja, gwarancja, wypłata ceny) zdobył sobie litkup, jak zresztą i inne symbole, nie przed wiekiem 12, S. Estreicher, op. c. 40.

³¹ Ib. 71. O doktrynach wiążących jak najściślej rozwój prawa umownego ze stosunkami natury gospodarczej ob. S. Estreicher, *Pocz. pr. umown.* 9.

³² Uznać musimy więc twierdzenie W. Abrahama, że „przed sądy państwowe należały przede wszystkim sprawy o nieruchomości, bez względu na to, czy chodziło o prawa rzeczowe, czy nieruchomości była tylko przedmiotem zobowiązania, Organizacja Kościoła w Polsce do połowy wieku XII (1893³), 228—9, w części zaznaczonej przez nas spacją za anachronizm. Cytując przytoczone wyżej zdanie Abrahama poczytywał je za trafne Z. Wojciechowski, *Sądownictwo*, 43.

dokonało się w Polsce — podobnie jak na Zachodzie — przejście do następnego stadium? Nie zamierzamy w tym artykule dawać pełnej podbudowy źródłowej³³, niezbędnej — z czego zdajemy sobie dobrze sprawę — dla nadania poniższym twierdzeniom charakteru pewnika. Dla naszych celów ograniczymy się do wykorzystania osiągnięć dawniejszych badaczy. Niech wyrazem wspomnianych przemian będzie przede wszystkim rozprzestrzenianie się litkupu.

Najdawniejsze o nim wzmianki z Francji datują się z 9 i 10 wieku, w stuleciach 11 i 12 informacje o *vin de marché* są rzeczą częstą. W Niemczech pierwsze wiadomości o *Weinkauf* pochodzą z 12 wieku. W stuleciu

³³ Nietypowym przykładem, choć często cytowanym, jest znane postanowienie projektu umowy między księciem łęczyckim Kazimierzem a Zakonem Krzyżackim z r. 1252: *item quicquid in foro vendendum fuerit, cum inter venditorem et emptorem de precio conventum est, si statutum precium emptor statim non dederit, venditor rem suam vendere poterit sine pena*, Preussisches Urkundenbuch, politische Abteilung, I¹ nr 260. Cytat u Dąbkowskiego, Prawo pryw. 2.524, i T. Saturnika, O právu soukr., 165¹⁰. Z terenu Rusi identyczny przykład z r. 1229 powołuje T. Saturnik, l. c. Tenże uczony na dowód podobnego zapatrywania w Czechach przytacza art. 229 Księgi rożemburskiej, 166¹¹. — Oczywiście z tekstu kujawsko-krzyżackiego wypływa niedwuznacznie, że porozumienie się stron na targu nie miało mocy wiążącej, lecz było tylko wstępną czynnością obojętną z punktu widzenia prawnego, Dąbkowski, Prawo pryw. 2.192. Ale z identyczną sytuacją mamy niezmiennie często do czynienia i dzisiaj, w szczególności przy spotykanej na każdym kroku sprzedaży odręcznej, ob. J. Górecki, Przeniesienie własności, 31. Trudno więc na tym właśnie przykładzie opierać wnioski o zacofaniu średniowiecznego prawa obligacyjnego.

Żeby dać choć jeden przykład transakcji odpłatnej z ręki do ręki tyczący nieruchomości, przytaczamy *casus* podany przez Księżę henrykowską: piwniczy klasztoru henrykowskiego otrzymawszy nie przewidzianą ofertę kupna żrebiu w Ochli, narażony się z kanonikami poznańskimi i niektórymi przychylnymi cystersom rycerzami *emit ab eis* (Bogusza i Paweł) *coram duce et suis nobilibus sortem, quam habebant in Ochla, pro XX maris argenti, quam pecuniam frater Petrus cellerarius accepit mutuo a quodam canonico Posnaniense et statim ibidem coram duce et suis baronibus... integraliter persolvit*, s. 304. Rzecz zatem dzieje się *uno actu*. Nabywca nie mając z sobą gotówki zmuszony był się zadłużyć, by cenę kupna natychmiast uiścić.

Z tejże Księgi henrykowskiej czerpiemy dowód na to, że sama umowa darowizny nieruchomości najdawniej nie miała żadnego znaczenia prawnego: *qui Wilhelmus, dum viveret, predictam villam huic conventui dedit, sed quia vivens conventum in possessionem predictae ville non introduxit, dux Henricus quartus... predictam villam domui abstulit...*, s. 331. Na ten tekst powołują się: K. Tymieniecki, Z dziejów rozwoju wielkiej własności na Śląsku w wieku XIII, 259—260, K. Kolańczak yk, Najd. p. pr. spadk. 90 i ib. p. 5 oraz tenże, Studia, 365³⁹⁸.

Por. sprostowanie P. Dąbkowskiego, że dawniejsze prawo polskie nie dopuszczało skargi o dopełnienie ceny kupna, gdyż cena musiała być wypłacona od razu, Prawo pryw. 2.525. W 14 w. już można się było umówić o spłatę ratami, Hube, III. 159—160. Atoli przewłaszczenie następowało dopiero po zapłacie całej sumy, ib. 160. Zauważmy jednak, jak słaba była pozycja nabywcy na kredyt: w razie nieuiszczenia dalszych rat kwoty wpłacone przepadały, ib. 159.

następnym rozpowszechnia się litkup po wszystkich ziemiach niemieckich, co więcej przechodzi do krajów „kolonizowanych“, m. i. także do Polski³⁴. Za najstarszą o nim informację polską poczytał S. Estreicher zaписkę sądu miechowskiego z 1385 r.³⁵. Za tą opinią poszedł P. Dąbkowski³⁶, choć ten badacz opierając się na źródłach ruskich, podał też inną datę nieco wcześniejszą (1359 r.)³⁷. Sądzymy wszakże, że nie należy pomijać znacznie dawniejszej wzmianki pochodzącej z pierwszej połowy 13 w. ze Śląska a występującej w pouczeniu Magdeburga dla Wrocławia³⁸. Zwrócił na nią uwagę Dąbkowski, ale zacytował ją tylko w nocie³⁹, nie uważał więc jej widocznie za miarodajną dla stosunków polskich, nie wprowadził też konsekwentnie do swojej syntezy prawa polskiego. Druga wiadomość o litkupie pochodzi z przywileju dla Ząbkowic z r. 1357⁴⁰, następną zawiera dokument małopolski wystawiony przez wójta miechowskiego w 1385 r.⁴¹. Od końca 14 wieku liczba ich zwiększa się poważnie⁴².

³⁴ S. Estreicher, Początki prawa umownego, 120³, za nim P. Dąbkowski, Litkup, 41.

³⁵ S. Estreicher, Początki, 121 przyp.

³⁶ Litkup, 29.

³⁷ Litkup, 30, Prawo pryw. 2.402.

³⁸ Rechtsmitteilung z lat 1232—1241 adresowana do Henryka Brodatego; dawniej uważano, że skierowana ona była do Złotoryi (Goldberg). Schröder-Künssberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin u. Leipzig 1932⁷, 741, według nowszych atoli poglądów (Goerlitz a oraz za nim idącego K. Maleczyńskiego, Dzieje Wrocławia 1, Wrocław 1948, 31, 47—8) odnosi się ono do Wrocławia, por. rec. M. Friedberga, KH 57, 1949, 180; ob. też wcześniejsze, bardzo ostrożne sformułowanie S. Kutrzeby, Historia źródeł dawnego prawa polskiego, 2 (1926), 206—7. Tekst zawierający tę najstarszą wzmiankę wygląda następująco: *item si quis alium pro debitis in querimoniam traxerit, nullis testibus inductis convincere eum poterit, nisi adhibeat illos, qui contractum eorum audiverint et forte vinum in testimonium rei audite biberint*, G. A. Tzschoppe, G. A. Stenzel, Urkundensammlung z. Gesch. d. Ursprungs der Städte, 1832, 273 § 16. Na tekst ten pierwszy zwrócił uwagę Schuster, Berichte aus dem Jahre 1748 über die Sitte des Leikaufs in Schlesien, ZVGS. 22 (1888), 282—3, za nim Dąbkowski, Litkup, 29⁶.

³⁹ Por. przyp. poprzedni.

⁴⁰ G. A. Tzschoppe- G. A. Stenzel, Urkundensammlung, nr 150; cytuje A. Schuster, Berichte, 283; ob. też A. Wagner, rec. w KH 3 (1889), 535.

⁴¹ KDMP 3. nr 942; przytacza go S. Estreicher, Pocz. prawa um. 121 przyp., za nim P. Dąbkowski, Litkup, 29. Przeniesienie Miechowa na prawo niemieckie nastąpiło w r. 1290, KDMP 2. nr 516.

⁴² Dąbkowski, Litkup, 29—30. Wśród innych ludów słowiańskich najwcześniejsza w ogóle wzmianka o litkupie pojawia się w dokumencie chorwackim z r. 1090, S. Estreicher, Pocz. pr. um., 121 przyp., pod przypuszczalnym wpływem Włoch, ib. Później znacznie, bo dopiero w r. 1288 występuje w statucie winodolskim.

Jeden szczegół rzuca się od razu w oczy: najdawniejsze wzmianki w źródłach polskich odnoszące się do litkupu pochodzą z miast (Wrocław, Ząbkowice, Miechów), co wskazuje niedwuznacznie na drogę, którą ta instytucja przebyła, by zadomowić się u nas. Była ona importem niemieckiego prawa miejskiego⁴³. Z zaznajamianiem się z życiem miejskim, z wprowadzaniem organizacji temu życiu właściwej — tego całego spłotu urzędów prawnych i gospodarczych określanego terminem prawa niemieckiego⁴⁴ — przychodziły do nas nowe, postępowe poglądy w dziedzi-

⁴³ S. Estreicher, l. c., oraz T. Saturnik, O právu soukr., 147. Nie bierzemy tu w rachubę mohorycza świadczącego o znajomości litkupu na ziemiach ruskich. Wyrażano bowiem w literaturze uzasadnione, jak się wydaje, przypuszczenie, że przeniknął on tam prawdopodobnie od ludów wschodnich, Saturnik, op. c. 147—8, jak o tym świadczy sama nazwa, Sołowjew, Osobiennost', 13. Zdając sobie doskonale sprawę z trudności, jaką stanowi problem zachodniej czy wschodniej genezy instytucji w prawie ruskim (z analogicznymi trudnościami zetknęli się badacze statutów litewskich, por. tu głos J. Bardacha na VI zjeździe historyków, Pamiętnik VI powszechnego zjazdu historyków polskich w Wilnie 17—20 września 1935 r., 2, Lwów 1936, 99—102), uznajemy domysł ten za trafny, ponieważ znajduje on mocne oparcie w materiale zestawionym przez P. Dąbkowskiego. Na 70 wzmianek o litkupie z lat 1359—1547 47 pochodzi z Rusi Czerwonej, Litkup, 33¹. W dzielnicach czysto polskich równą ilość wzmianek wykazują Małopolska i Wielkopolska, najmniej Mazowsze, ib. 33^{2—4}. Jakże to odmienny obraz od tego, jaki nam dają instytucje, których geneza zachodnia jest niewątpliwa, mianowicie załoga i łajanie. Załoga najwięcej była w użyciu w ziemi poznańskiej i w ogóle w Wielkopolsce, rzadziej stosowano ją w Małopolsce, a już tylko wyjątkowo na Rusi halickiej, gdzie występowała w dwóch przede wszystkim ziemiach: lwowskiej będącej metropolią ziem czerwonoruskich i sanockiej najwięcej na zachód wysuniętej, Dąbkowski, Załoga w prawie polskim średniowiecznym, Archiwum Naukowe, Dz. 1. t. 2. z. 4 (Lwów 1905), 15—16. Dodajmy, że swoje zestawienie o załodze zamknął Dąbkowski w ramach 1331—1454, ib. 14. Rozpatrując znów rozprzestrzenienie umocowania zobowiązań pod grozą łajania stwierdzamy, że zwyczaj ten znajdował zastosowanie przede wszystkim w Małopolsce, Dąbkowski, O utwierdzeniu umów pod grozą łajania w prawie polskim średniowiecznym, Archiwum Naukowe, Dz. 1. t. 1. z. 1 (Lwów 1903), 69—70, znany też był w Wielkopolsce, ib. 70—1, jeden wypadek, i to wątpliwy, pochodzi z Mazowsza, ib. 71. „Zapiski ruskie zaczynają się w przeważnej części dopiero z wprowadzeniem prawa polskiego sądowego na Rusi, to jest z rokiem 1435... Pierwsze wypadki zastosowania umów o prawo łajania odnoszą się dopiero do roku 1437, w dwa lata po wprowadzeniu prawa polskiego“, ib. 71—2; tamże podany wypadek z r. 1431 z zakresu stosunków międzynarodowych. Tenże autor na podstawie licznych zapisek o sekwestrze wnosi o późniejszym rozwoju ziem ruskich, Wierna ręka, 137.

Ten sam szlak wędrówek instytucji prawnych wykazał S. Estreicher, również i dla *denarius Dei*, Początki prawa umownego, 118. — Obserwacje te wprost nie dopuszczają do wyprowadzania mohorycza z litkupu zachodnio-europejskiego, przypisać mu trzeba będzie wschodnią, bizantyjską czy może nawet tatarską genezę. Z naszych rozważań w każdym razie musi być usunięty.

⁴⁴ M. Patkaniowski, Polityka miejska Kazimierza Wielkiego. Spraw. PAU 43 (1938), 87.

nie obrotu, m. i. i pojęcie kontraktu kredytowego⁴⁵; za nimi w ślad szły urządzenia, których zadaniem było zabezpieczenie tego rodzaju umów⁴⁶.

Litkup zatem najwcześniej pojawia się w miastach, znajomość jego na wsiach poświadczają źródła o półtora wieku późniejsze⁴⁷. Bramę wpadową dla niego stanowił Śląsk⁴⁸.

Nie chcemy twierdzić, jakoby nowe poglądy o umowach kredytowych idące z Zachodu ominęły w zupełności warstwę ziemiańską. Spotykamy u niej inną formę utwierdzenia, specyficzną dla tego stanu, mianowicie łąkanie⁴⁹, nie znane niemal wśród mieszczaństwa⁵⁰, a w ogóle nie stosowane wśród chłopów⁵¹. Środek ten importowano w związku z rozszerzeniem się pojęcia czci rycerskiej⁵². Najstarsza o nim wzmianka

⁴⁵ Prostujemy więc tu swoją opinię wypowiedzianą dawniej a wyrażoną w oparciu na autorytecie O. Balzera, jakoby niemieckie prawo średniowieczne importowane do nas było niewyrobione, O biskupstwie lubuskim, uwagi krytyczno-polemiczne, CzPH 2 (Poznań 1949), 77. Obligacjami górowało ono niewątpliwie nad zwyczajowym prawem polskim, które zwracało uwagę w przeważającej mierze na stosunki ziemskie. Przypomnijmy, że nasz najstarszy spis prawa zwyczajowego z połowy 13 w. zna tylko *obligationes ex delicto*, istnienie właściwych zobowiązań wynikających *ex contractu* ledwie w nim znalazło wyraz, Winawer, Najd. prawo zwycz. polskie, 241—3. Co do niefortunnej koncepcji *obligationes ex lege* stawionej przez tegoż autora ob. cytowaną recenzję O. Balzera, KH 4, 165.

⁴⁶ Por. wyżej przytoczone zdanie S. Estreichera oraz P. Dąbkowski, Litkup, 33, J. Adamus, Z badań nad dzierżeniem, 102⁴, T. Saturnik, O pravu soukr., 147.

⁴⁷ Według Dąbkowskiego wzmianki źródłowe z zakresu prawa ziemskiego są niemal współczesne miejskim, Litkup, 29.

⁴⁸ Dąbkowski stwierdza, że nie można postawić i rozstrzygnąć kwestii, w której z dzielnic pojawia się litkup najwcześniej, ib. 33.

⁴⁹ Tenże, O utwierdzeniu umów, 12—13, 17, oraz Prawo pryw. 1.163.

⁵⁰ Dąbkowski, O utwierdzeniu umów, 14.

⁵¹ Ib. 15.

⁵² Ib. 18, 68. Co do konieczności odróżnienia pojęcia dobrego imienia właściwego całej ludności oraz pojęcia czci, „które uformowało się wraz z ukształtowaniem rycerstwa, szlachectwa, może wraz z napływem herbów“, ob. M. Handelsman, Prawo karne w statutach Kazimierza Wielkiego, Warszawa 1909, 128, 143—4, 207; tamże o obeldze specjalnej w stosunkach szlacheckich (zarzut nieprawego pochodzenia), 168. Badacz ten uznawał karę pozbawienia czci za import, który przyszedł do nas z zachodu przez Śląsk, ib. 152—3. O dużej cenie czci szlacheckiej świadczy wysokie zadośćuczynienie *veluti si ipsum occidisset*, B. IV art. 54, ob. R. Hube, II. 109, 137, Z. Wojciechowski, Das Ritterrecht, 115. Stopniowo rycerskie pojęcie czci ogarnia niższe warstwy. W końcu średniowiecza policzek dany plebejuszowi jest traktowany jako zamach na honor w Wielkopolsce, J. Rafacz, Zranienie w prawie mazowieckim późniejszego średniowiecza, SHPP 12. z. 4, Lwów 1931, 15; atoli w tym samym czasie na zapóźnionym Mazowszu wiąże się takie konsekwencje tylko z policzkiem danym szlachcicowi, u nie-szlachty nosi on jedynie charakter pobicia, ib. 9, 70, 79.

w tekstach polskich pojawia się w statutach Kazimierza Wielkiego⁵³. Ze starannego zestawienia dokonanego przez P. Dąbkowskiego wynika, że łajaniem utwierdzone były z reguły pożyczki pieniężne⁵⁴, a więc umowy realne, które najwcześniej znane były społeczeństwu agrarnemu⁵⁵. Niewątpliwie się wydaje, że w tym wypadku import ograniczył się jedynie do samego sposobu utwierdzenia kontraktu.

Zachodniego pochodzenia była również załoga⁵⁶; związana z pojęciami rycerstwa ograniczała się znowu wyłącznie do szlachty⁵⁷.

Co więcej, i wobec warstwy ziemiańskiej spotykamy się ze wzmiankami o litkupie⁵⁸. Dotyczą one jednak — nie rozszerzając kwerendy źródłowej, ograniczamy się do materiałów piętnastowiecznych przytoczonych przez Dąbkowskiego — obrotu ruchomością. Informacje te więc nie zmuszają nas do ustępstw od przeprowadzanego toku rozumowania.

Żeby naszym wywodom opierającym się z konieczności na obserwacji zjawisk datujących z epoki nieco późniejszej nadać charakter bardziej przekonujący, rozejrzyjmy się, czy podobnego rozwoju nie da się stwierdzić w naszych stosunkach także przy innych umowach. Niecharakterystyczne są pod tym względem kontrakty realne, zwłaszcza tego rodzaju jak depozyt. Co prawda i tu wola stron nie stwarzała jeszcze pokładu, lecz trzeba było fizycznego oddania rzeczy (*realiter et cum effectum*)⁵⁹, ale i w zaawansowanych prawodawstwach bywa ten stosunek umową realną. Natomiast szczególnie ostro wystąpi badane zjawisko w zakresie prawa małżeńskiego.

W literaturze naukowej zwracano już uwagę na pewną analogię między litkupem a złożeniami⁶⁰. Omawiając formy zawarcia małżeństwa stwierdził Abraham, że pierwotnie dochodziło ono do skutku drogą kupna realnego lub darowizny odpłatnej *uno actu*, z ręki do ręki⁶¹.

⁵³ F. Dąbkowski, O utwierdzeniu umów, 68, tenże, Litkup, 61—2 i tenże, Prawo pryw. 2.604; ob. też R. Rube, II. 127, 137, i M. Handelsman, Prawo karne w statutach Kaz. W., 167. Przepis omawianego artykułu obowiązywał w Małopolsce i Wielkopolsce, Dąbkowski, O utwierdzeniu, 70. Uważa go za nowo wprowadzony, Z. Kaczmarczyk, Monarchia, 1. 60.

⁵⁴ F. Dąbkowski, O utwierdzeniu umów, 29—32.

⁵⁵ Kontrakty realne uważa słusznie T. Saturnik za pierwsze umowy, w których powstało pewne *spatium temporis*, op. c. 165.

⁵⁶ Dąbkowski, Załoga, 12.

⁵⁷ Ib. 19, oraz tenże, Prawo pryw. 1.163.

⁵⁸ Dąbkowski, Litkup, 47—8.

⁵⁹ Dąbkowski, Wierna ręka, 38.

⁶⁰ W. Abraham, Zawarcie małżeństwa, 205. K. Zawistowicz-Kinżopłowa, Zawarcie małżeństwa przez kupno w polskich obrzędach weselnych, Kraków 1929, 13—14.

⁶¹ Ib. 78—122, 124¹, 318. To co pisze na ten temat S. Kutrzeba, Wspólne podstawy, 269, jest zwięzłym powtórzeniem wywodów Abrahama.

W późniejszych dopiero czasach akt ten rozbił się na dwa odrębne składniki oddzielone od siebie chronologicznie i prawnie, tj. umowę ślubną (*desponsatio*, *Verlobung*, *fiançailles*) i oddanie (*traditio*, *Trauung*, *épousailles*). W Polsce w momencie przyjęcia chrześcijaństwa z tego dawnego sposobu nie wyodrębniła się należycie umowa formalna, tak że jej wykształcenie u nas przypada dopiero na czasy chrześcijańskie, głównie na koniec 10 w. i wiek 11⁶². Jeśli zatem zjawisko to nastąpiło w czasach wczesnohistorycznych⁶³, to wszakże po chrystianizacji kraju.

Cenne są dla nas dalsze spostrzeżenia wspomnianego badacza. Jedno zaznacza krótki pierwotnie okres między z mówinami a zdawinami⁶⁴. Zatem oba momenty, umowy i jej wykonania, niemal się nie wyodrębniają jeszcze czasowo. Drugie, bardziej znamienne, konstatuje, że w Polsce, w czasach gdy już nastąpiło rozdzielenie aktu zawarcia małżeństwa na dwie odrębne czynności oddzielone od siebie chronologicznie i prawnie, akcent główny leżał⁶⁵ na zdawinach; one stanowiły akt rozstrzygający o zawarciu małżeństwa⁶⁶. Prawo wyposażało małżeństwo zawarte przez zdawiny we wszelkie skutki prawne, chociażby nie było z mówin⁶⁷. Wagę główną zdobyły sobie z mówiny później tylko w zakresie stypulacyj majątkowych⁶⁸.

⁶² Ib. 326¹. Nieistotne, naszym zdaniem, jest przypuszczenie A b r a h a m a, że jeszcze w rytuale pogańskim w formułach ślubnych musiały się uwydatnić różnice między z mówinami i zdawinami, ib. 306. Wstępne rozmowy między rodami czy rodzinami — bez nich nie obyło się z całą pewnością nigdy (oczywiście poza wypadkami małżeństwa nieumownego tj. przez porwanie) tak długo nie interesują prawnika, jak długo prawo nie wiąże z nimi skutków prawnych. Stanowią one bowiem tylko obojętny uzupełnić dla niego układ uprzedni, *convenientia*, por. S. E s t r e i c h e r, *Studia*, 59. Zresztą problem ten jest w ogóle nieaktualny dopóty, dopóki małżeństwo dochodziło do skutku *uno actu*.

⁶³ Jak chce A. V e t u l a n i, *Nowe źródło*, CzPRH. 4. 140.

⁶⁴ W. A b r a h a m, *Zawarcie małżeństwa*, 326—7, 368—9, 370¹. Por. Z a w i s t o w i c z, op. c. 18—9, 35.

⁶⁵ A b r a h a m mówi o przesunięciu się punktu ciężkości na stronę zdawin, op. c. 331, wolelibyśmy pisać o jego utrzymaniu się, zwłaszcza gdy przyjmujemy za A b r a h a m e m, że z mówiny są nowym dodatkiem, młodszym od zdawin, op. c. 323.

⁶⁶ A b r a h a m, op. c. 331, 338. Pewną niekonsekwencję autora stanowi wyrażenie, według którego samo z mówienie dziewczyny przez władzę, pod którą pozostawała, rozstrzygało o przejściu do skutku ważnego małżeństwa. „I też nie można wątpić, że tego rodzaju pojmowanie odpowiadało najzupełniej pojęciom najdawniejszego prawa polskiego, które dopiero zwolna naginać się musiało do zasad i poglądów przez kościół przyniesionych“, ib. 385. Zauważyć jednak trzeba, że w dalszym ciągu wywodów pisze A b r a h a m o oddaniu nowopoślubionej, 385—7 i zwłaszcza 388. Poczytać więc chyba trzeba przytoczony *passus* za *lapsus calami*, podobnie jak skorygowany przez autora na s. 326.

⁶⁷ A b r a h a m, op. c. 332. Inaczej rozumie wywody A b r a h a m a A. V e t u l a n i, który również na podstawie powołanego przez nas dzieła znakomitego kanonisty przypisuje mu pogląd, że oba akty — z mówiny i zdawiny — stanowiły istotne ele-

Na tym przykładzie widzimy zatem znowu, z jaką trudnością umowa formalna zdobywa sobie pewną rolę przy zawieraniu małżeństwa. Nie stała się ona istotną nawet w czasach historycznych⁶⁹. Niewątpliwie ta

menty składowe zaślubin, Nowe źródło do historii staropolskiego prawa małżeńskiego, Spraw. PAU 51 (1950), 472, i tenże, Nowe źródło, CzPrH. 4. 141, 145. Co więcej, prof. Vetulani na podstawie odkrytego przez siebie i publikowanego w niniejszym tomie Czasopisma ciekawego źródła dostarcza nowego, jak mu się wydaje, dowodu na poparcie tej tezy. W tym punkcie ośmielamy się z jego cennymi wywodami nie zgodzić. Pierwsza część tekstu wyraźnie podaje jako przyczynę nieważności małżeństwa brak zdawin: *puella non a parentibus neque cognatis tradita*, druga znów, chcąc podkreślić ważność małżeństwa, zaznacza, że *virginem quandam a parentibus et cognatis more terre quesitam duxit uxorem*, co wydawca tłumaczy przez „uzyskaną” u rodziców, 143. Jeśli nawet zgodzimy się na tę interpretację, pierwsza część argumentacji przechylającą akcent na zdawiny wskazuje, co jest zasadniczym elementem zaślubin.

Zresztą — zanotujmy lojalnie — prof. Vetulani na dalszych stronicach swego tyle nowego wnoszącego artykułu wysnuwa niezupełnie zgodnie z swoimi poprzednimi wywodami wniosek o wiele ostroźniejszy, a niewątpliwie bardziej uzasadniony, że na podstawie ogłaszanego przezeń tekstu nie da się z całą pewnością rozstrzygnąć, który z elementów ślubu odgrywał zasadniczą rolę. „Tyle można powiedzieć, że zdawiny — *traditio* — wraz z wprowadzeniem kobiety w dom mężczyzny były niezbędnym potrzebne do powstania ważnego związku małżeńskiego”, ib. 146. Przypomnijmy nadto, że prof. Vetulani w trafnym wywodzie dopatruje się możliwości zawarcia ważnego związku małżeńskiego bez zmówin i bez zdawin, ib. 150—1, 155.

⁶⁸ Abraham, Zawarcie małżeństwa, 331.

⁶⁹ Sądźmy, że tu miejsce na powołanie następującej obserwacji Abraham: uczony ten stwierdza, że proces ostatecznej sekularyzacji sakralnej formy zawarcia małżeństwa, proces, dla którego warunki stworzyło dopiero powstanie państwa polskiego w 10 w., został wstrzymany wskutek dość rychłego przyjęcia chrześcijaństwa, Zawarcie małż., 338. Recypowane dla prawa małżeńskiego prawo kanoniczne hamowało widocznie naturalny rozwój zmierzający w tym samym kierunku, co w prawach germańskich. Ta dziwna, zdawałoby się, rola prawa kanonicznego, które miałoby akcentować moment realny, wydaje się tylko przypadkowa. Kładło ono bowiem szczególny nacisk na jeden czynnik dla niego istotny, konsens nupturientów, Abraham, op. c. 345, 349—350, temu zaś bliższe były z całą pewnością zdawiny niż zmówiny, w których jedna strona (kobieta) w ogóle nie brała udziału, Abraham, op. c., 131, 335. Nie bez wpływu na akcentowanie zdawin były też zapewne chwilowe wahania kanonistów co do znaczenia przypisywanego *copula carnalis*, wahania współczesne pierwszemu stuleciu chrześcijaństwa w Polsce, Abraham, op. c. 345. Tak stawiając sprawę rozumiemy wzrost znaczenia zmówin w dziedzinie stosunków małżeńskich majątkowych, por. Vetulani, CzPrH. 4. 145. Dla tych *accidentalialia negotia* prawo kanoniczne nie przywiązywało większej wagi, zachowało się więc biernie wobec naturalnej ewolucji zmierzającej ku przeniesieniu akcentu z *res* na umowę kredytową, ob. Abraham, op. c. 381. Dorzućmy tu opinię prof. Vetulaniego, który uważając zmówiny za umowę o charakterze majątkowym, wysnuwa słuszny wniosek, że nie odgrywały one żadnej roli wśród sfer uboższych.

Powyższe obserwacje, jeśli je uznać za uzasadnione, zmuszają do sprostowania przytoczonej wyżej tezy Abraham, jakoby wykształcenie umowy formalnej przypadło u nas głównie na koniec 10 i 11 wiek, op. c. 326¹. Chrystianizacja Polski nie mogła od razu wyprzeć obowiązującego dotąd prawa małżeńskiego przez prawo kanoniczne. Jeśli normy powszechne kościelne odnoszące się do stanu duchownego

zgodność wyników uzyskanych niezależnie od siebie popiera walnie ich zasadność. Stwierdźmy teraz, jakie znaczenie mają osiągnięte wyniki dla stawionej przez Dąbkowskiego tezy o stosowaniu litkupu, także w odniesieniu do dóbr nieruchomości.

Archaiczność stosunków ziemskich wyrażała się w rzeczowości umów. Skoro umowy-zbycia dokonywano równocześnie przy udziale czynnika państwowego⁷⁰ i społecznego, nie było miejsca na litkupników. Jeśli cała ziemia asystowała przy transakcji, niepotrzebni byli dla udowodnienia tego faktu osobni świadkowie-litkupnicy, tak konieczni jako prywatni świadkowie dla prywatnej umowy. Gdy zapanuje zwyczaj, że tylko te umowy odnoszące się do nieruchomości mają znaczenie prawne, które wpisane zostaną do ksiąg⁷¹ — nie jest to niczym innym jak zastąpieniem publiczności dla czasów nie znających pisma (analfabetyzm stron i władz) publicznością właściwą epoce, w której pismo znajduje szerokie zastosowanie w życiu prawnym (analfabetyzm stron, piśmienność władz) — znowu nie będzie miejsca dla litkupników. Prywatna umowa, choćby poświadczona głosami paru ludzi obecnych przy jej zawieraniu, nie miała i tak mocy wiążącej, miarodajny był tylko wpis. Dla celów dowodowych wartość litkupu nie jest porównalna z możliwością wglądu każdej chwili w księgi.

Przy takim rozumieniu rzeczy nie potrzebujemy uciekać się do przypuszczenia Dąbkowskiego, że *mercipotus* pierwotnie znajdował za-

napotykały na długotrwałe opory w łonie własnej hierarchii- duchowieństwa, ob. J. Matuszewski, *Bigami Cz. PrH.* 3. 338, to tym trudniej było Kościołowi przeprowadzić jego poglądy w dziedzinnie prawa małżeńskiego interesującego ogół społeczeństwa polskiego. Sądźmy, że wprowadzenie nowych norm i egzekwowanie ich nie mogło faktycznie nastąpić przed zaciągnięciem sieci parafialnej, Abraham, *Zawarcie małż.* 349, co nastąpiło dopiero w drugiej połowie 12 w., a szczególnie w wieku 13, T. Silnicki, *Organizacja archidiaconatu, w Polsce*, SHPP 10. z. 2 (Lwów 1927), 61, tamże, 55, o dawniejszej szczupłej liczbie parafii. Wywody tegoż uczono znalazły całkowite poparcie w badaniach H. F. Schmid, który stwierdził istnienie w Polsce poszczególnych mocno zorganizowanych okręgów parafialnych (poza nieco wcześniej rozwijającym się Śląskiem) dopiero w drugiej połowie 13 w., *Die rechtlichen Grundlagen der Pfarrorganisation auf westslawischem Boden und ihre Entwicklung während des Mittelalters*, Weimar 1938, 343—4. Za powołanymi badaczami idzie ostatnio K. Kolańczyk, *Studia*, 230³²⁷, 240 i ib. przyp. 379. Zgłoszenie parafii pociągnęło za sobą zorganizowanie archidiaconatów nowego typu, T. Silnicki, op. c. 61¹, za nim H. F. Schmid, op. c. 344. Na miejscu znajdujący się sędzia-archidiacon, T. Silnicki, op. c. 152—3, mógł dopiero przez swoją działalność nauczyć respektowania norm prawa kanonicznego, a tym samym doprowadzić do zaniku pierwiastków rodzinnych w osobowym prawie małżeńskim, S. Kutrzeba, *Duch prastłowiańskiego prawa*, 11—12. Przypomnijmy (za Vetulanim), że w końcu 12 wieku nawet księża zawierali małżeństwa według reguł świeckich, a więc nie *in facie ecclesiae*, *Nowe źródło*, *Spraw. PAU.* 471—2, oraz tenże, *Nowe źródło*, *CzPrH.* 4. 146—7.

⁷⁰ Dąbkowski, *Litkup*, 39.

⁷¹ Tenże, ib. 39.

stosowanie przy kontraktach dotyczących dóbr ziemskich, jednakowoż został później wyparty przez wprowadzenie obowiązkowego wpisu do ksiąg sądowych. „Wobec tego litkup przestał być niezbędnym wymogiem ważności kupna, o ile chodziło o dobra nieruchomości, spadł zatem do rzędu formy zwyczajowej”⁷². Jedynie poprawny wydaje się nam wniosek, że litkup w stosunkach ziemskich w ogóle nie znalazł zastosowania.

Jeśli tak się przedstawia sprawa genezy i znaczenia prawnego litkupu, to od razu odpaść musi zestawienie tej instytucji z *aqua abrenuntiationis*. Woda zrzeczenia się jest w społeczeństwie polskim starsza od litkupu, w 1208 r. stanowi już niewątpliwie zwyczaj ziemski. Litkup tymczasem powoli przenika do nas wraz z prawem niemieckim i kolonizacją *iure Theutonico*. Ogranicza się zrazu do ludności niemieckiej, przede wszystkim miejskiej, a z czasem zapewne także i wiejskiej, by rozlać się później wraz z upowszechnieniem prawa niemieckiego szerokim nurtem i stać się jednym z najżywotniejszych zwyczajów⁷³. Jednakowoż z ograniczeniem — w zasadzie — do obrotu ruchomościami,

VIII

Podkreśliliśmy wyżej jako cechę wspólną systemom średniowiecznym różne traktowanie ruchomości i nieruchomości. Dla jednych i dla drugih przedmiotów obowiązuje odrębne prawo rzeczowe. Przy nieruchomościach miarodajne są tylko akty zbywcze¹. Ale na Zachodzie pojawiają się wcześniej obligacje, umowa staje się istotnym elementem obrotu. Przesunięcie na nią akcentu pozostaje w niewątpliwym związku z zamieszkaniem wśród Rzymian, zetknięciem się z ich kulturą, prawem i nowym rozwojem stosunków ekonomicznych². W takiej sytuacji, choć i tam inne normy znajdowały zastosowanie co do *mobilia* oraz *immobilia*, pod jednym względem nastąpiło ich zrównanie: istotną rzeczą przy zbyciu stała się umowa, obojętne już było, czy miała ona za przedmiot ruchomość lub nieruchomość. Wskutek tego i przy kontraktach dotyczących nieruchomości zastosowano te same środki umocnienia, co przy umowach o ruchomości, m. i. znalazł się w użyciu i litkup.

⁷² Tenże, Litkup, 36. Dąbkowski nie wyjaśnia, skąd czerpie wiadomość, że litkup praktykowany był przy sprzedaży nieruchomości, choćby jako nieistotna forma zwyczajowa. Oczywiście tu *petitio principii*.

⁷³ Ob. dane u Dąbkowskiego, Litkup, 30—1, oraz drobiazgowo zestawioną literaturę, ib. 31¹; z późniejszej wzmiankować trzeba dwa przyczynki M. Wojciechowskiej, Litkup (przedruk w Kartkach z przeszłości Poznania (Poznań 1946), 73—85 oraz Dwa odpisy litkupu z aktów poznańskich, Kronika miasta Poznania, 6 (1928), 360—5.

¹ Co do stosunków francuskich ob. Ed. Meynial, Des renonciations au moyen âge, 112.

² Znaczenie rzymskiej bazy akcentuje bardzo silnie A. Blumenstock, Studia n. hist. własności nieruchomości, 5.

W stosunkach polskich (i słowiańskich)³ na tym stadium rozwoju, jaki obserwujemy w 13 w., istotną rzeczą było przeniesienie własności. Umowy kredytowej nie znano w ogóle⁴. Zaznajomiło się z nią nasze społeczeństwo dopiero z wprowadzeniem prawa niemieckiego⁵, i to wobec przedmiotów, które głównie w stosunkach handlu miejskiego wchodziły w rachubę, tzn. ruchomości. Przejmując samą koncepcję umowy kredytowej importowano równocześnie i środki umacniające tę umowę, m. i. litkup⁶. Nie zostało jednak tym importem objęte społeczeństwo ziemskie, przynajmniej gdy chodzi o najistotniejszą jego bazę — dziedziny⁷.

Przedstawiając rzecz w ten sposób nawiązujemy tym samym do opinii wyrażonej już niemal sto lat temu przez Romualda H u b e g o. Jego zdaniem „sprzedaże i zamiany (nieruchomości) występują jedynie jako czynności jednostronne, jako działania tej głównie osoby, która sprzedaje, i tej, która daje w zamian majątek. Sprzedaż i zamiana są tylko przeważnie sposobami rozporządzania swą własnością”⁸. „Sprzedaże, zamiany i darowizny występują w nich (źródłach) wyłącznie jako sposoby zbycia własności. Obok sprzedaży akty kupna zjawiają się jedynie jako świadectwa nastąpionej sprzedaży, zamiana zaś jako podwójny akt sporządzony oddzielnie przez każdą stronę na dowód zbycia własności”⁹. „Charakter obustronnej umowy i wzajemnego zobowiązania znika w nich albo przynajmniej nie ujawnia się”¹⁰.

H u b e jako uzasadnienie swego spostrzeżenia podaje konieczność zezwolenia krewnych i przychylenia się księcia¹¹. Niezupełnie zatem pokrywa się ono z naszym. Co do samego wniosku panuje atoli zupełna

³ Jedyny bodaj wyjątek stanowi tu statut winodolski, według którego litkup znajdował zastosowanie również przy obrocie nieruchomościami, Sołowiew, Oso-biennost', 14. Ale i tu przyczyna podana wyżej odgrywać musiała swoją rolę; nie zapominać też o charakterze miejsko-handlowym tej republiki.

⁴ Por. wyżej s. 211—3.

⁵ Oczywiście pośrednio przejawiają się tu wpływy kultury rzymskiej.

⁶ Przykłady, które przytaczamy, służyć mogą za ilustrację trafnego poglądu Z. Wojciechowskiego, który stwierdził, że recepcja odpowiednich zasad prawa niemieckiego uzupełniła luki polskiego prawa w dziedzinie obligacji. Do tego czasu prawo polskie interesowało się głównie stosunkiem człowieka do ziemi, Państwo polskie w wiekach średnich; dzieje ustroju, wyd. 2 (Poznań 1948), 217.

⁷ Co do oporności stosunków ziemskich wobec nowych prądów por. H u b e, III, 172, gdzie autor skonstatował, że właściwe testamenty napotykają się tylko między duchownymi i w miastach lokowanych na prawie niemieckim.

⁸ H u b e, I. 439. Spacjowanie w tym cytacie jak i w następnych od nas.

⁹ Ib. 452.

¹⁰ Ib. 439. Co prawda i H u b e stwierdził ślady pojmowania tych czynności jako zobowiązań, ib. 439. Teza ta opiera się atoli na dość wątpliwej terminologii dokumentów mieszających z sobą, jak wiadomo, określenia *contractus*, *ordinacio seu commutacio*, ib. 440 oraz tamże przyp. 1.

¹¹ Ib. 439.

zgodność: silne prawa rzeczowe na nieruchomościach nie dopuszczają do rozwinięcia się obligacji¹².

Uznając stanowisko H u b e g o za słuszne, tym samym odrzucamy krytykę jego poglądu wyrażoną przez D ą b k o w s k i e g o w jego syntezie polskiego prawa prywatnego¹³. W opinii H u b e g o — jak sądzimy

¹² Może nie będzie rzeczą niewłaściwą przytoczyć tu zdanie A. von Blumenstoka dotyczące praw szczepowych germańskich: „In den Mittelpunkt des Vermögensrechtes trat das Immobilienrecht, das nicht nur das gesamte Sachenrecht beherrschte, sondern... auch das Familien- und Erbrecht beeinflusste und überdies sogar für das Obligationenrecht wichtig wurde; da nämlich nicht nur die Beziehungen zwischen Immobilien und Mobilien, sondern auch die Beziehungen zwischen Sachen und Rechten unter den Pertinenzbegriff fielen, gelangte auf diesem Wege ein Teil des Obligationenrechts in den Bannkreis des Sachenrechtes und zwar des Rechtes an liegendem Gut“ (podkreślenia nasze) Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten, 323—4.

¹³ D ą b k o w s k i, Prawo pryw. 2. 335¹. Polemika toczona przez tego historyka z R. H u b e m w dużej mierze szermuje dość nieuchwytnym argumentem zasadzającym się na odróżnieniu woli faktycznej i woli prawnej, nie dostrzega zaś w niej autor zupełnie tego, że u H u b e g o cały rozdział poświęcony zagadnieniu własności (treść, zakres, sposoby rozporządzania, I. 405—440) dotyczy niemal wyłącznie własności na nieruchomościach. Jaskrawo rzuca się to w oczy przy lekturze ustępu poświęconego sposobom rozporządzania własnością. Do prawa rzeczowego przeto H u b e przenosi jedynie umowy dotyczące *immobilia*. Naszym zdaniem, trudno mu w tym wypadku nie przyznać racji.

Sądzimy też, że tylko przy rozumieniu rzeczy na modłę H u b e g o można się zgodzić z D ą b k o w s k i m, że *pozbycie* należało do prawa obowiązkowego, Prawo pryw. 2. 484 nn. Sprezycujmy wyraźniej nasze stanowisko: zgoda na to że *pozbycie* jest ogólnym określeniem wszystkich umów, których celem jest przeniesienie własności czy użytkowania (umowy alienacyjne) — D ą b k o w s k i mówi o umowach, „które powodowały przeniesienie własności“ — a więc zamiany, sprzedaży, darowizny, zastawu, dzierżawy, dożywocia, najmu, s. 485, skoro takie znaczenie przypisywano temu terminowi w dawnej polszczyźnie prawniczej, skoro również w dzisiejszej nauce polskiej w tej samej funkcji znaczeniowej używa się słowa *zbycia*, W. G ó r s k i, Przeniesienie własności w nowym prawie rzeczowym, odb. z Rocznika Akademii Handlowej w Szczecinie 1948/49, 40—2, 59. Ale stanowczo nie do przyjęcia jest definicja D ą b k o w s k i e g o, jakoby „przez *pozbycie* (oddalenie, alienację) rozumiano przeniesienie prawa z jednej osoby na drugą drogą umowy“, ib.; por. też tegoż niezręczną definicję darowizny: „przez darowiznę (*donatio*) rozumiano umowę, która przenosiła pewną rzecz lub prawo bezpłatnie na inną osobę“, ib. 595. Zwroty te sprzeczne są z tym, co wiemy o prawach średniowiecznych w ogóle i co uznaje D ą b k o w s k i, a mianowicie, że do przeniesienia własności sama wola nie wystarczała, ale potrzebna była tradycja, ib. 191—2, 378. To przekonanie stanowi niewątpliwie *communis opinio* nauki, por. np. R. Taubenschlag, Formularze, 10⁶. — Do praw średniowiecznych w całości można zastosować rzymską zasadę o przechodzeniu własności przez tradycję. Dopiero niektórym nowoczesnym ustawodawstwom stał się właściwy pogląd, że przenosi się ją drogą umowy. Jednym z pierwszych kodeksów wprowadzających tę zasadę był Code civil, Brissaud, op. c. 342, tamże przedstawienie ewolucji, która doprowadziła do tego wyniku. Przejęło ją też, jak wiadomo, najnowsze ustawodawstwo polskie, aczkolwiek uregulowało omawianą kwestię do pewnego stopnia

— znajdujemy również wyjaśnienie obserwacji R. Taubenschlaga, którego zdaniem „proces z umów nie wykazuje żadnych znaczniejszych odchyśleń w stosunku do procesu o nieruchomości”¹⁴.

Jak się przedstawia późniejszy rozwój obligacji odnoszących się do nieruchomości w Polsce? Wymaga on szczegółowego zbadania w związku z rozwojem ksiąg sądowych. Tego studium na tym miejscu podejmować się nie chcemy. Pozwalamy sobie jedynie podzielić się wrażeniem, że nie bardzo przekonuje nas pogląd naszkicowany przez R. Hubego. Według niego ewolucja szła od rozbicia aktu sprzedaży nieruchomości na dwa składniki (umowy i rezygnacji) do zatarcia się tej różnicy i stopienia całej transakcji w jednej czynności¹⁵. Teksty zestawione przez znakomitego historyka prawa pochodzą z jednego okresu¹⁶, nie pozwalają więc w ogóle mówić o ewolucji. Sądzymy, że w związku z podanymi wyżej wywodami zebrany przezeń materiał źródłowy, łącznie z wiadomościami o treści zapisów z następnych stuleci, upoważnia nas do postawienia następującego przypuszczenia: publiczności — wpisu do ksiąg — wymagały alienacje nieruchomości; umowy wstępne zawierane odnośnie do nich musiały być umocnione w tej samej formie pod grozą nieważności¹⁷. Forma zatem transakcji rzeczowej co do *immobilia* rozciągnięta została i na obligacje co do tychże przedmiotów. W ten sposób ciągły akcent na zbyciu wraz z zasadą publiczności obrotu dziedzinami doprowadził konsekwentnie do nadania księgom sądowym nie tylko mocy dowodowej, ale i konstytutywnej¹⁸. Nie umowy zatem doprowadziły do zrównania pod względem prawnym ruchomości i nieruchomości, lecz stały akcent na zbyciu dziedziny pociągnął za sobą konieczność zawierania ważnych obligacji co do *immobilia* w tej samej formie, w jakiej się dokonywała sama alienacja.

Jakkolwiekby rzecz się miała, jedno wydaje się pewne. Z rozwojem ksiąg sądowych prymitywny środek rezygnacyjny w postaci *aqua abre-*

inaczej niż prawodawca francuski, ob. W. Górski, Przeniesienie własności, 54, 57, 67, 69, oraz J. Górecki, Przeniesienie własności, 16, wzorując się przede wszystkim na prawie radzieckim, Górski, op. c. 106.

¹⁴ Taubenschlag, Proces polski, 94.

¹⁵ Hube, III. 153—6. Stwierdźmy, że tenże uczony nie daje szczególnych informacji w tej materii w pracy poświęconej statutom Kazimierza Wielkiego.

¹⁶ Teksty cytowane przez Hubego na dowód rozbicia aktu pochodzą z lat 1376—1405, op. c. 153, źródła mające świadczyć o jednolitym akcie kupna-zbycia z lat 1397—1405, ib. 156. Zauważmy, że zdaniem Hubego podobna ewolucja miała się dokonać co do zamian, op. c. 164, i darowizn, ib. 171.

¹⁷ K. Dunin, Dawne mazow. prawo, 149.

¹⁸ O. Redlich, Die Privaturkunden des Mittelalters, w pracy zbiorowej: Erben, L. Schmitz-Kallenberg u. O. Redlich, Urkundenlehre (Handbuch der mittelalterlichen u. neueren Geschichte Below u. Meinecke, München—Berlin 1911), 3. 198. Nie wdajemy się tu w rozpatrywanie zagadnienia, w jakim stopniu specyficzny rozwój ksiąg sądowych u Słowian zachodnich, w Polsce i w Czechach, był następstwem niestosunkowo słabego rozwoju prawa lennego.

nuntiationis musiał zaniknąć. Zrzeczenia się nieruchomości, wzdania, dokonywano przez oświadczenie przed sądem¹⁹. A i rola poświadczeniowa wody służącej in *testimonium* przeżyła się niewątpliwie: świadectwo wpisu do ksiąg górowało nad publicznym wypiciem w sposób rzucający się w oczy. Nie mamy zaś żadnego śladu, który by świadczył o tym, że pierwotne, magiczne znaczenie tej ceremonii utrzymywało się jeszcze w świadomości społeczeństwa. — Zatem księgi sądowe, które tak dużą odegrały rolę przy operacjach dobrami nieruchomymi²⁰, zastąpiły starą symbolikę w całości. Rodzima więc instytucja *tabulae iudicii*²¹ wyparła rodzimą instytucję wody zrzeczenia się.

Stwierdziliśmy wyżej, że aktu picia wody dokonywano z okazji przenoszenia dóbr ziemiańskich, feudalnych²². Pod tym względem nie różni się funkcja pełniona przez akta sądowe notujące w przeważającej mierze transakcje własnością „pańską”. Tę rolę ksiąg podkreślają trafnie późniejsze konstytucje stwierdzając, że „na nich zależy bezpieczeństwo życia i fortun szlacheckich”²³.

Wiemy, że żadne z źródeł nie poświadczyło zastosowania wody zrzeczenia się przy transakcjach nieruchomością chłopską i miejską²⁴. Obie też kategorie gruntów nie znalazły dla siebie miejsca w księgach sądowych szlacheckich. Oczywiście to rzecz wobec mienia miejskiego. Mając

¹⁹ Z faktem, że na symbole wpłynęło przeniesienie aktu rezygnacji z gruntu przed sąd, liczy się P. Dąbkowski, *Prawo pryw.* 2. 197—8.

²⁰ One to dopiero np. umożliwiły zastaw nieruchomości bez dzierżenia, T. Satornik, *O právu soukr.*, 128.

²¹ O specyficznym rozwoju (*eine eigenartige Entwicklung*) ksiąg publicznych w Czechach i w Polsce O. Redlich, op. c. 196, 199. W stosunku do jego wartościowej syntezy podnieść można jeden zarzut natury terminologicznej. Mianowicie nazywa on wszystkie księgi sądowe znane w Polsce *Grodbücher* niewątpliwie pod wpływem Lekszyckiego, którego przytacza, nie zaznajomiwszy się najwidoczniej z niedostępnym sobie ze względu na język sprostowaniem O. Balzera, *Grodzkie czy ziemskie*, KH 2 (1888), 572, 580. — Ostre przeciwstawienie Polski i krajów korony czeskiej Niemcom daje R. Hübner, podkreślając, że w pierwszych prowadzono księgi ziemskie już w 13 i 14 w., podczas gdy w Niemczech nie znano ich w średniowieczu w ogóle, *Grundzüge*⁵, 237, a dla późniejszego rozwoju stanowiło dużą zapórę recypowane prawo rzymskie, ib. 238. W takiej sytuacji — według naszego rozumienia — sporny dla niego problem, czy księgi sądowe rozwinęły się „*entweder auf nationalslawischer Grundlage, oder unter dem Einfluss des deutschen Rechts*”, l. c. 237, przesądzony być może tylko w pierwszym kierunku. Dodajmy jeszcze, że w Polsce (choć fakt ten zaznacza się dopiero od 16 w.) sposób prowadzenia ksiąg sądowych prawa ziemskiego wywarł bardzo silny wpływ na prowadzenie ksiąg miejskich, zwłaszcza sądowych, S. Kutrzeba, *Historia źródeł dawnego prawa polskiego*, 2. 252.

²² S. 177.

²³ Cytat ten podaje O. Balzer, *Kancelarie i akta grodzkie w wieku XVIII*, odb. z *Przewodnika Naukowego i Literackiego*, Lwów 1882, 4.

²⁴ Por. wyżej s. 177.

własną organizację stanową wykorzystali ją mieszczenie i dla aktów jurysdykcji niespornej²⁵. Do ksiąg ziemskich nie weszły wszakże i rezygnacje nieruchomości włościńskich znajdując dla siebie miejsce w osobnych księgach wiejskich²⁶.

Ułożyć więc możemy dwa szeregi rozwojowe: własność szlachecka, symbol rezygnacyjny — *aqua abrenuntiationis*. Pojawienie się ksiąg ziemskich powoduje zanik dawnego zwyczaju. Własność chłopska i miejska, symbol rezygnacyjny — zielona różdżka. Nie wypierają go ani księgi miejskie ani wiejskie. Zielona różdżka przyniesiona z prawem niemieckim, używana była aż po koniec 18 wieku²⁷.

IX

Stwierdziwszy rolę, jaką przy alienacji nieruchomości odgrywała *aqua abrenuntiationis*, winniśmy jeszcze wyjaśnić zagadnienie, które zresztą z punktu widzenia konstrukcji prawniczej posiada niewielkie znaczenie, mianowicie wytłumaczyć genezę takiej właśnie a nie innej formy rezygnacyjnej. Stajemy tu jednak wobec wyjątkowo dużych trudności. Symbol sam w sobie nie jest tak wyrazisty¹, żeby znaczenie jego rzucało się w oczy², jak to bywa przy innych formach rezygnacyjnych (np. zeskokczenie ze zbywanego gruntu³ będące fizycznym oddaleniem się od sprzedanego obiektu jest znakiem rezygnacji, a więc oddalenia w rozumieniu prawa) czy innych w ogóle symbolach.

W literaturze polskiej nie zdołaliśmy znaleźć żadnego wyjaśnienia⁴, nie dała go też starsza literatura niemiecka⁵. Zawierający olbrzymi ma-

²⁵ S. Kutrzeba, Historia źródeł, 2. 252.

²⁶ Ib. 322.

²⁷ A. Łomnicki, Symbol zielonej różgi, 150.

¹ Nie bardzo więc wydaje się uzasadnione określenie tego zwyczaju jako *einfaches, naheliegendes Symbol*, Grimm, 1. c.

² Że celem symboliki było przemawianie do wyobraźni człowieka ob. A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts 1 (1885), ustęp 4., zatytułowany Rechtsplastik, 65 nn.; por. też W. Wundt, Völkerpsychologie. Eine Untersuchung der Entwicklungsgesetze von Sprache, Mythos und Sitte, t. 9. Das Recht, Leipzig 1929², 390.

³ Dąbkowski, Prawo pryw. 2. 197; tamże inne przykłady.

⁴ Por. prace przytoczone na początku niniejszego artykułu. Przypomnijmy tu zdanie K. Moszyńskiego, który stwierdził (z powołaniem się na U. Holmberga) występowanie wody w charakterze symbolu u ludów rolniczych natomiast brak jej niemal zupełny u narodów myśliwskich, Kultura ludowa Słowian, cz. 2. z. 1, Kraków 1934, 510.

⁵ Haltaus, Worbs, Grimm.

teriał etnograficzny *Handwörterbuch des deutschen Aberglaubens*⁶ zawodzi nas też w zupełności, podając jedynie informacje o litkupie⁷. Zresztą charakterystyczne pomieszczenie w dotychczasowym dorobku naukowym środków utwierdzających umowy z naszym aktem rezygnacyjnym uniemożliwiło uwypuklenie zasadniczej różnicy zachodzącej między *aqua abrenuntiationis* a *mercipotus*.

Przypisywane wodzie właściwości oczyszczające czy zapładniające⁸ nie prowadzą do bliższego zrozumienia naszego symbolu. Przytaczane zwyczaje staroindyjskie, wykorzystujące również przy alienacji picie wody⁹, są innego rodzaju niż nasza instytucja¹⁰. Nie znaleźliśmy też nic takiego, co by mogło rozjaśnić nasze wątpliwości, w specjalnej pracy poświęconej wodzie w religii i życiu starożytnych¹¹.

Zdani na własne domysły nie ośmielamy się stawiać lekkomyślnych hipotez; oczekujemy wypowiedzi kompetentnych w tej materii etnologów. Aczkolwiek zdajemy sobie sprawę z tego, że niełatwo będzie tę czynność wyjaśnić. Pierwotne jej znaczenie o charakterze sakralnym¹² mogło ulec w ciągu wieków zmianie i stać się dla ludzi trzynastego czy czternastego stulecia równie niezrozumiałe jak nam¹³. A nie uchodzi też naszej wiadomości, że starym formom niejednokrotnie podsuwano treść nową¹⁴.

⁶ E. Hoffmann-Krayer, *Handwörterbuch des deutschen Aberglaubens*, 1—10, Berlin u. Leipzig, 1927—1942.

⁷ Op. c. 8. 1159. Nie wzmiankuje też o naszym zwyczaju E. v. Künssberg, *Rechtliche Volkskunde*, 1936.

⁸ Ob. Kraus, *Real-Encyclopädie der christlichen Altertümer* (1886) oraz F. Cabrol, *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie* (1921). Ob. też Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, 1. 263, oraz M. Ninck, dzieło cytowane w przyp. 11, s. 25.

⁹ Grimm, op. c. 262—3, S. Estreicher, *Początki prawa umownego*, 121 przyp., W. Abraham, *Zawarcie małżeństwa*, 207².

¹⁰ Przykład podany przez Grima nie da się zupełnie porównać z naszym (zbywca wylewa wodę na ziemię, nabywca podejmuje ją ręką i wypija, przez co przechodzi na niego własność). Słusznie zatem S. Estreicher indyjski zwyczaj picia wody przy pozbyciu w połączeniu z przysięgą lub dokonywanie libacji uważa za coś innego, l. c. Inne przykłady podawane przez Grima nie mogą być w ogóle brane w rachubę. Tak np. *investitura per amphoram plenam aquae maris* jest typową tradycją symboliczną, Brissaud, op. c. 309—310, czy też według terminologii technicznej *pars pro toto* (*Teilstück*), K. von Amira — Cl. Frhr. von Schwerin, *Rechtsarchäologie*, Teil I, Berlin—Dahlem 1943, 32.

¹¹ Martin Ninck, *Die Bedeutung des Wassers im Kult und Leben der Alten. Eine symbolgeschichtliche Untersuchung*, *Philologus*, Zs. für das klassische Altertum, Supplementband XIV, Heft II (Leipzig 1921). Uwagę na tę rozprawę zwrócił nam prof. Ryszard Gansiniec.

¹² Por. tu S. Estreicher, *Pocz. pr. um.* 57, 109. O drodze, jaką przechodzą symbole od znaczenia magicznego do wyłącznie prawnego, ob. W. Wundt, op. c. 390.

¹³ Por. S. Estreicher, op. c. 123.

¹⁴ Ib. 45.

X

Zwyczaj picia wody rzeczenia się nie jest znany prawom Europy zachodniej¹. Stąd badacze niemieccy zetknąwszy się dzięki publikacji *Sommersberga* z jego zastosowaniem na Śląsku wywodzili go od słowiańskich mieszkańców Niemiec. Takie przypuszczenie wyraził już w r. 1798 *Worbs*². Za słowiański obyczaj skłonny był też poczytywać go *Grimm*³. Przytaczając jego opinię wyraża *Sołowjew* obawę, czy na podstawie jednego przykładu powołanego w dziele *Grimma* wolno poczynić wnioski ogólniejsze⁴.

Polscy badacze kwestionują nawet słowiańskość *aqua abrenuntiationis*. *S. Estreicher* stwierdził, że nie udało mu się poza wzmiankami dokumentów polskich znaleźć o niej wzmianki ani w dyplomach czeskich, ani też innych słowiańskich⁵. Do takiego wyniku doszedł *W. Abraham*, poczytując wodę rzeczenia się za instytucję rodzimą polską⁶. Do uwag tych badaczy nie jesteśmy w stanie ze swej strony nic dorzucić.

XI

Zastanówmy się jeszcze, czy *aqua abrenuntiationis* była jedynym środkiem, znanym w Polsce, nadającym charakter perfekcji przeniesieniu własności na nieruchomościach. Może konkurowała z nią jakaś inna forma? Rzućmy też nasze wyniki na szersze tło systemów słowiańskich. Skoro nie tylko prawo polskie wykazuje pewien niedorozwój obligacyj, ale też sama cecha występuje w innych prawach słowiańskich, to i one musiały wytworzyć sobie jakąś formę, która identycznej potrzebie czyniła zadość.

Rzeczywiście istnienie takiej instytucji zostało w nauce stwierdzone. Powołujemy się tu na artykuły prof. *Sołowjewa*, który nie tak dawno zajął się „osobliwościami słowiańskiego kontraktu kupna—sprzedaży nie-

¹ *J. Adamus*, Z badań nad dzierżeniem, 101. Co prawda z dalekiej Anglii przytacza *S. Estreicher* przykład picia wina u stóp ołtarza: *cornu, quo bibere consuevit, vino replevit et coram altari Deo et beato Petro omnes terras et redditus flexis genibus propinavit*, Pocz. pr. um. 119¹. Nie odważamy się na podstawie jednej wzmianki przeprowadzać analogii między tymi ceremoniami, zwłaszcza że przedmiot napitku jest różny, a — co więcej — dokonywanie go w Anglii przed ołtarzem świadczyć może o jego liturgicznej genezie. Tymczasem *aqua abrenuntiationis* w czasie, gdy ją poznajemy, jest aktem czysto świeckim.

² Dla niego dok. z 1208 r. jest dowodem na to, że „także u Słowian uroczyscie: wypijany napój był kiedyś znakiem wierności“, op. c. 94.

³ „Also wohl mehr slavische Sitte“, *Deutsche Rechtsaltertümer*, 1. 262.

⁴ *Osobienność*, 14—15.

⁵ Pocz. pr. umownego, 121 przyp.

⁶ Zawarcie małżeństwa, 206. W tymże dziele zastrzeżenie, że może przy bliższym badaniu da się go odnaleźć i gdzie indziej, ib. 341.

ruchomości“¹. Chodzi mianowicie o *bezwietie* prawa chorwackiego², *po-
połnok* ruski³ oraz identyczne zjawisko, co do którego jednak nie zachowa-
wała się nazwa narodowa, w prawie czeskim⁴ i — być może — polskim⁵.

¹ Por. wyżej s. 167¹⁸.

² Sołowjew, op. c. 4—7; por. też tegoż autora artykuł pt. *Priwatno-prawni
ugowori XVI weka iz Policzke župe*, odb. z *Archiw za pravne i drushtvene nauke*,
kn6. XXVIII (XLV), 1934, 9—14. W ostatnim artykule podana oboczność tego terminu
w postaci *brezuwitiye*; tamże zestawienie dawniejszych etymologii i próba własnej,
13—14; nie czujemy się kompetentni, by orzekać o ich trafności, a tym samym, by
wypowiadać się za którąkolwiek z nich.

³ Sołowjew, *Osobiennost'*, 7—10.

⁴ T. Saturnik, *O právu soukr.*, 146 i ib. p. 64.

⁵ Sołowjew, *Osobiennost'* 11—12. Autor powołuje się tu na Hubego
usprawiedliwiając się niemożnością dotarcia do polskich wydawnictw źródłowych,
11². Zbadajmy więc, co Hube na ten temat pisze: „w cenie dodawano czasami
do pieniędzy różne przedmioty, np. suknie, konie“, I. 435. Czy więc w tym zdaniu
rzeczywiście chodziło o naddatek? Zajrzyjmy do tekstów. 1. Cytowany przez Hu-
bego akt z 1238 r. został później opublikowany w Kodeksie dyplomatycznym Mało-
polski, 1. nr 22. Dokument ten informuje nas o tym, że dokonano sprzedaży nieru-
chomości *pro viginti marcis argenti et duabus tunicis... Partem vero argenti ipse*
(nabywca) *solvit, residuum vero a fratribus de Andreov per manum fratris Hugonis*
ipsius domus quondam cellerarii coram domino duce Henrico Cracovie in ecclesia
beati Floriani percepimus et tunicas. 2. Wzmianka o koniu znajduje się w księgach
sądowych krakowskich pod r. 1399 (SPPP 2. nr 546). Mówi się tu o sprzedaży wsi *pro*
CL et V marcis grossorum Pragensium ac pro uno equo valoris XXX marcarum,
cytuje Hube, III. 159. 3. Dorzućmy jeszcze zapiszkę cytowaną przez Dąbkow-
skiego, w której mówi się o sprzedaży dziedziny *pro quadraginta marcis communis*
pecunie monete Cracoviensis, numeri Polonici consueti, et pro equo valoris sex
marcarum, pro octo mensuris silliginis sicut duas marcas, et pro palio valoris simi-
liter duas marcas, SPPP 2. nr. 2743 (r. 1438). 4. Uzupełnijmy, powyższe teksty jeszcze
aktem z r. 1212 (KDMP. 1. nr 8): do zamienionej wsi dodaje się inwentarz żywy,
zboże i pieniądze.

Podane źródła nie zawierają żadnych poszlak, by chodziło w nich o naddatek.
Nie dowodzi bowiem tego występowanie obok pieniędzy pewnych namiastków płat-
niczych, fakt w tych czasach nierzadki a zrozumiały wobec niedużego zapasu towa-
rowego znajdującego się na rynku i małej podaży pieniądza kruszcowego. Łączy się
tu po prostu kupno z zamianą, ob. Hube, I. 438, oraz P. Dąbkowski, *Prawo*
pryw. 2. 520. Sądźmy za Hubem, III. 159 (prawdopodobnie tak samo należy rozu-
mieć i Dąbkowskiego, op. c. 2. 526), że przedmioty te wchodziły w skład
ceny kupna. Za tym przemawia m. i. ich wysoka wartość w stosunku do ceny
wyrażonej w pieniądzu, wartość sięgająca 20% w wypadku drugim, a 25% —
w trzecim.

Jak dotąd zatem występowanie naddatku w Polsce nie zostało źródłowo wyka-
zane. Stąd nie może nas dziwić, że polscy historycy prawa o tej instytucji nie wspomi-
niają, co wytyka Sołowjew, *Osobiennost'*, 11. Tym samym i dalsza teza tegoż
uczonego, jakoby polski naddatek został wyparty przez litkup, l. c., jest co najmniej
przedwczesna, pomijając już to, że w świetle naszych wywodów jest w ogóle nie
na miejscu. Nasza ostatnia uwaga swym ostrzem kieruje się również przeciw twier-
dzeniu, że ruski *popołnok* czy południowo-słowiańskie *bezwietie* wyparte zostały
przez germański litkup, jak to utrzymuje Sołowjew w swym drugim artykule,
Priwatno-prawni ugowori, 12³⁵.

Czescy uczeni używają na nie określenia *prídavek*⁶, dla polskiego języka proponujemy wprowadzenie *substantivum*, „naddatek”⁷.

„Naddatek” polegał na tym, że nabywca dla umocnienia dokonanej transakcji dodawał do ceny kupna bądź jakiś przedmiot, bądź pewną sumę pieniężną. Działo się to zarówno wówczas, gdy podstawą alienacji było kupno⁸, jak i zamiana⁹. Na Rusi stwierdzono powszechność zwyczajów dawania popołnoka w stuleciach 15—17¹⁰, w Słowiańszczyźnie południowej (Bośnia i Czarnogóra) — do ostatnich czasów¹¹. Jedyny znany dotąd przykład czeski datuje się z początku 13 w.¹² Zestawmy te instytucje słowiańskie z polską wodą zrzeczenia się. Zauważymy od razu rążące analogie. Nasamprzód podnieśmy fakt, że obie zachodzą przy kontraktach dotyczących nieruchomości¹³, i to jak Sołowjew podkreśla — i co jest niezmiernie charakterystyczne — jedynie nieruchomości wiejskich, a już nie miejskich¹⁴. Druga zgodność pomiędzy nimi polega na identyczności funkcji: celem ich jest mianowicie nadanie transakcji charakteru nieodwołalności, jej ostateczności¹⁵.

⁶ T. Saturnik, O právu soukr., 146.

⁷ Dla uniknięcia pomieszania z *przydatkiem*, określeniem używanym w swoistym znaczeniu przy zamianie przez P. Dąbkowskiego jako odpowiednik łacińskiego wyrażenia *commutatio cum additamento*, Prawo pryw. 2. 520, 531. O zamianie z przydatkiem ob. też T. Saturnik, op. c. 153. Jako formacja słowna pokrywa się proponowany przez nas termin z niemiecką *Drübergabe*.

⁸ Przykłady w powołanym artykule Sołowjewa, Osobiennost', 7 nn.

⁹ Ib. 6, 9, T. Saturnik, op. c. 146.

¹⁰ Za Szachmatowem Sołowjewa, Osobiennost', 7—8.

¹¹ Sołowjew, Osobiennost', 17. Ob. również drugi artykuł tegoż uczonego Priwatno-prawni ugowori, 12; wspomina tam autor, że spotkał się z tym zwyczajem w czasie swej wędrówki naukowej po Czarnogórze w r. 1933.

¹² T. Saturnik, op. c. 146⁶⁴. Może tutaj zanik naddatku wiązać z rozwojem ksiąg ziemskich. Mogło też w tym kraju niweczącą dla naddatku rolę odegrać prawo rzymskie ze swą zasadą niewzruszalności transakcji.

¹³ Sołowjew, Osobiennost' 4, T. Saturnik, op. c. 145. Co prawda Saturnik na innym miejscu tegoż dzieła łączy, jak się wydaje, naddatek z kupnem w ogóle, ib. 167.

¹⁴ Sołowjew, l. c.

¹⁵ Sołowjew, op. c. 6, 10. Dla ułatwienia czytelnikowi kontroli zestawiamy teksty cytowane w literaturze przedmiotu a precyzujące sens bezwietia czy popołnoka. Dzielimy je na dwie grupy: A. *pro fine, in signum... stabilis et precise venditionis*, Sołowjew, op. c. 5; *et ut hoc concambium inviolabile in perpetuum perseveret, in testimonium confirmationis decem marcas addiderunt*, Saturnik, op. c. 146⁶⁴; *a reczeni prodawać proda u bach wikuwicznim zakonom, a to est za činu i u ime čine libar trideset, brezuwitiou pedest bolanać...*, (1520 r.), Sołowjew, Priwatno-prawni ugowori, 4 nr 1, *a Iwan kupi naszu zemlu liberu franku wikownim zakonom za nas i nakon nas u sterm(inu) za bach, i brezuwitia uzesmp po zakonu policzkomu i statutu naszemu dwi kwarte pszenice*, (1550 r.) ib. 6 nr 4.

B. *quasi pro cambio, in nomine concambii*, Sołowjew, l. c.; *pro tallione*, Saturnik, op. c. 145.

Ale po tych obserwacjach nasuwa się zaraz pytanie, czy nie należy i nadatku — jak to wykazaliśmy odnośnie do *aqua abrenuntiationis* — wiązać nie z umową kupna-sprzedaży, jak twierdzą Sołowjew i Saturnik, lecz z kwestią przenoszenia własności nieruchomości dóbr ziemskich. Zastanawia nas mianowicie moment, w którym *bezvietie* i *popołnok* dochodzą do skutku; nie daje się ich po zawarciu umowy — nie różniłyby się wtedy od zadatku stanowiącego podstawę dla nabywcy, by w drodze przymusu skłonić sprzedawcę do wypełnienia zobowiązania —, ale często po wykonaniu zobowiązania. W takich okolicznościach chodzić mogło jedynie o usunięcie jakichś rzeczowych praw do sprzedanego czy zamienionego obiektu¹⁶. Od zadatku nadatek różni się jeszcze tym, że nie wlicza go się wcale do ceny kupna, co jest w stosunku do pierwszego regułą¹⁷. Te wszystkie spostrzeżenia wydają mi się dość silne, by sprostować pogląd dotychczasowy na znaczenie tych instytucyj: nadatek (*popołnok*, *bezvietie*) miał nie umocnić umowę kupna-sprzedaży, racją jego było nadanie charakteru nieodwołalności przeniesionej własności na nieruchomościach¹⁸.

Oczywiście zdajemy sobie sprawę z tego, że występując z taką tezą, narażamy się na zarzut aplikowania zbyt subtelnych pojęć, które nie były właściwe ludziom stosującym omówione zwyczaje prawne. Dla nich umowa i jej wykonanie nie stanowiły prawdopodobnie oddzielnych stadiów wyraźnie wyróżniających się od siebie, raczej oba etapy zlewały się w jednolitą całość, którą w języku łacińskim oddawał pisarz terminem

Zauważmy, że Sołowjew powołuje jeszcze następujący tekst ruski: *a kupi sebé oderen i swoim détem... a kupi to w wéki*, op. c. 10. Wydaje się, że cytat ten jest bez znaczenia dla omawianej instytucji. Toż *kupno na wieki* jest po prostu równoznaczne z alienacją wielką zaznaczaną właśnie przez dodatek „ha wieki“, by ją przeciwstawić alienacji małej (dzierżawie), określanej również terminem „kupna“, znowuż z jakimś dodatkiem oznaczającym bliżej jego nietrwały charakter (*kupit w gody*), Saturnik, op. c. 150.

¹⁶ Nie chcemy ukrywać, że ten argument sam w sobie nie ma mocy absolutnej. Znamy bowiem również inne środki umocowywania umów, które się stosuje po dokonaniu wzajemnych prestacyj, np. *denarius Dei*, ob. S. Estreicher, Pocz. pr. um., 118, litkup, ib. 122.

¹⁷ Dąbkowski, 2. 379—380. Co do tego zatem szczegółu wspólność z litkupem, S. Estreicher, Pocz. pr. um., 122⁴.

¹⁸ Stawiając tak zagadnienie sprostować musimy twierdzenie Sołowjewa, który — wiążąc *popołnok* z kontraktem kupna — na podstawie jednego przykładu dopatruje się związku ścisłego między kupnem i zastawem, op. c. 9. Przytoczony tamże w przyp. 4. cytat potwierdza, jak sądzimy, nasze rozumienie rzeczy. Nabywca ziemi, dotychczasowy wierzyciel zastawny, dodaje dłużnikowi do właściwej sumy zastawnej wręczonej już dawniej dodatkową sumę pieniężną, która jest nazwana *popołnokiem*. Czasowy zatem dzierżyciel, zastawnik, mając się stać dzierżycielem wieczystym, właścicielem, odczuwa potrzebę obdarzenia dłużnika-zbywcy nadatkiem. Zbędny przy alienacji małej okazuje się więc nadatek konieczny przy alienacji wielkiej.

venditio. Przeciw takiemu zarzutowi trudno się bronić. Atoli zauważmy, że z tą samą bronią wystąpić możemy przeciwko autorom wiążącym naddatek z umową. Toż dokonują oni identycznej z nami operacji myślowej, z tą jedynie różnicą, że kładą akcent na inny etap tej całości. Dowolność to zatem równa naszej. Sądźmy, że wyrażona przez nas teza zbliża się więcej do zapatrywań średniowiecza, tym bardziej, że ludzie ówczesni, jak to zaznaczyliśmy, stali na stanowisku, że dopiero tradycja zmienia stosunki własnościowe, a nie sama obligacja, tym samym więc — w pewnych sytuacjach — ostro przeciwstawiali czynności rozporządzające zobowiązującym¹⁹. Podkreślmy też, że rozumowanie strony przeciwnej opiera się w dużym stopniu (o ile nie wyłącznie) na tej okoliczności, że tę całość (umowa + jej wykonanie) nazywają teksty łacińskie najczęściej terminami *contractus*, *venditio*, o wiele rzadziej *alienatio*²⁰. Ale jest to bardzo słabe uzasadnienie: tłumaczenie bowiem, jak wiadomo, jest często zgrabnie ukrytą *petitio principii*.

Wreszcie — sądźmy, że tego argumentu nie należy sobie lekceważyć — o tym, że nasze rozróżnienie stosunków obligatoryjnych i rzeczowych nie jest tylko jakąś finezją historyka wtłaczającego gwałtem współczesne sobie pojęcia do poglądów epoki minionej, niech świadczy spostrzeżenie bynajmniej nie nowe o retrakcie krewnych. Toż oni powołując się na prawo bliższości nie łamali żadnej umowy, bo sami w stosunek kontraktowy do nabywcy nigdy nie weszli. Kto inny grunt sprzedął, kto inny zgłaszał do niego pretensje. Robił to oczywiście z tytułu praw rzeczowych, którym cudze (czy nawet własne) obligacje nie były w stanie szkodzić²¹.

Przed ostatecznym zestawieniem naddatku z *aqua abrenuntiationis* należałoby jeszcze rozstrzygnąć pytanie, czyje prawa likwidował naddatek zbywcy tylko, czy także jego krewnych. Niestety, w artykułach S o ł o w j e w a ten problem nie został rozstrzygnięty, a cytaty przezeń po-

¹⁹ Niedopuszczalne jako kontrargument twierdzenie, że konkretna osoba (osoby), żyjąca np. w 13 wieku, zdradza zupełną nieznajomość tego zasadniczego podziału prawa prywatnego. Jednostek „nieuświadomionych“ prawniczo można wskazać bez liku i dla wieku dwudziestego. — Przypomnijmy tu jeszcze, że w literaturze już dawno wyróżniono obrzędy stosowane u Germanów przy zawieraniu umów od obrzędów rezygnacyjnych, S. E s t r e i c h e r, Pocz. pr. um., 112—3. Co zresztą nie przeszkadzało, że pewne symbole służyły równocześnie do przeniesienia własności jak i do zawierania kontraktów, ob. B r i s s a u d, op. c. 311.

²⁰ W omawianym związku pozwalamy sobie przykładowo zacytować dokument następujący: w r. 1266 rycerz Sławomir sprzedał kanonikowi krakowskiemu rolę we wsi Łosośkowice *abrenuncians pro se et suis successoribus omni tūri predictum contractum rescindendi, si quod umquam sibi competere posset in futuro*, KDKK 1. nr 65. Atoli z tekstu wynika niedwuznacznie, że sprzedawca odebrał cenę kupna i przeniósł już posiadanie sprzedanego obiektu.

²¹ Por. R. T a u b e n s c h l a g, Odpowiedzialność, 7.

dane nie zawierają wyraźnych w tym względzie wskazówek. Przypuścić jednak można, że chodziło jedynie o rezygnację z praw alienatora. Nie mógł bowiem on przez swoje czynności prawne usuwać praw osób trzecich wynikających *ex iure gentilitii*. Zauważmy też, że w krajach południowo-słowiańskich znano inny sposób, który tę właśnie pełnił funkcję: znoszono retrakt bliskich przez oferowanie pierwokupu w obecności przystawa²².

Skoro odrzucamy związek naddatku z kupnem, tym samym musimy wystąpić przeciw zestawieniu z nim litkupu²³, porękawicznego²⁴, datku na szczęście²⁵, czy wreszcie germańskiego *Schlüsselgeld*²⁶. Inna jest ich funkcja prawna. W oczy też rzuca się dzieląca je różnica faktyczna: świadczenia przeciwstawiane tu naddatkowi nie szły na korzyść sprzedawcy. Jeszcze porękawiczne czasami zabierał sprzedawca, ale z reguły przeznaczone było ono na rzecz osób trzecich (pośredników) za szczególne trudy poniesione przy sprzedaży²⁷; tzw. *Schlüsselgeld* otrzymywała żona albo córka sprzedawcy²⁸, a już pieniądze na szczęście — świadczył nie nabywca sprzedawcy, lecz właśnie sprzedawca nabywcy²⁹. Odrębność litkupu podkreślona została dobitnie już przez T. S a t u r n i k a: nie tylko nie szedł on wyłącznie na korzyść sprzedawcy, owszem, kiedyś on go właśnie świadczył, albo też obaj kontrahenci nań się składali; celem zaś jego było wspólne przepicie³⁰.

Zestawiając *aqua abrenuntiationis* z naddatkiem nie chcemy zapoznać istniejących między nimi różnic. W pierwszym wypadku czynność dokonywana przez zbywcę była ekonomicznie obojętna, w drugim drobne świadczenie dawane przez nabywcę o znaczeniu raczej symbolicznym. posiada bądź co bądź jakiś walor gospodarczy³¹. Obie atoli instytucje są wyrazem jednej i tej samej potrzeby: uczynienia dokonanej alienacji niewzruszalną dla zbywcy. I to z prawniczego punktu widzenia wydaje się istotne. Obojętną dla nas będzie rzeczą, że obok tej zasadniczej funkcji, która je powołała do życia, odgrywały jeszcze taką czy inną rolę dodatkową.

²² W. Namysłowski, Pozasądowe organy, 18.

²³ Sołowjew, op. c. 12—14, Saturnik, op. c. 147—8.

²⁴ Sołowjew, 11—12, Saturnik, op. c. 146—7.

²⁵ Sołowjew, op. c. 12.

²⁶ Tenże, l. c.

²⁷ Sołowjew, l. c., Dąbkowski, Litkup, 46—7, tenże, Prawo pryw. 2. 527. Zresztą nie mówią o nim polskie źródła średniowieczne, Dąbkowski, Litkup, 47.

²⁸ Sołowjew, op. c. 12.

²⁹ Ibidem, Dąbkowski, Litkup, 48, tenże, Prawo pryw. 2. 529.

³⁰ Saturnik, op. c. 147—8.

³¹ W jednym wypadku wartość naddatku wynosiła około 10% ceny sprzedaży, Sołowjew, Osobiennost', 10, oraz tenże, Priwatno-prawni ugovori, 13.

XII

W prawach słowiańskich zachodzi pewna atrofia obligacji. W związku z tym pozostaje niedostatek form obligatoryjnych, które zresztą wykazują bardzo mało szczególnych właściwości¹. Nie bez przyczyny zapewne terminy pewnych charakterystycznych instytucyj zobowiązań są zapożyczeniami z języków obcych (kupno², lichwa³, litkup⁴).

Za to w systemach słowiańskich stwierdzamy pewne, im tylko właściwe formy związane ze zbyciem nieruchomości ziemskich. Występują one bądź w większości ziem słowiańskich, południowych, wschodnich i zachodnich (naddatek), albo też reprezentowane są tylko w niektórych krajach (woda zrzeczenia się)⁵. Instytucje te nie są znane prawom zachodnio-europejskim⁶. Pod tym względem można je zatem przeciwstawić syste-

¹ Saturnik, op. c. 150—1, Kutrzeba, Wspólne podstawy, 272, stosunkowo niewiele obligacji w statutach cara Duszana stwierdził W. Namysłowski, Zarys serbskiego prawa maj., 24—5.

² Brückner, Słownik etymologiczny języka polskiego, Kraków 1927, 282. Inna rzecz, że u Germanów, u których zapożyczyliśmy się, rzeczownik ten jest według wszelkiego prawdopodobieństwa przejętkiem łacińskiego *caupo*, F. Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Strassburg 1899⁶, 198—9.

³ Brückner, op. c. 298, T. Saturnik, op. c. 155.

⁴ A. Brückner, op. c. 300; ob. też S. Estreicher, Pocz. prawa urh., 120².

⁵ Zestawiając naddatek w jednym rzędzie z *aqua abrenuntiationis* opowiadamy się tym samym przeciw wyjaśnieniu Kostrenčiča dopatrującego się uzasadnienia bezwietia w niedowierzaniu, jakim darzyli ciągle dewaluujący się pieniądz ludzie przywykli do gospodarki naturalnej, ob. Sołowjew, Osobiennost', 5, i tenże, Priwatno-prawni ugowori, 10, 13. Gdyby nawet nasze zestawienie okazać się miało nietrafne, przyjęcie domysłu Kostrenčiča stałoby w sprzeczności z obserwacją Sołowjewa dowodzącego, że na Rusi popołnok miał nie tyle ekonomiczne, ile symboliczne znaczenie, Osobiennost', 10, Priw.-prawni ugowori, 11. Zresztą przypuszczenie Kostrenčiča budzi też zastrzeżenia natury teoretycznej, w które nie chcielibyśmy tu wnikać.

⁶ Co do naddatku silnie akcentuje to Sołowjew, Priwatno-prawni ugowori, 11—12. Tenże uczony wskazał na podobne zjawisko w dalekiej Norwegii, powołując Amiry Nordgermanisches Obligationenrecht, 2 (Leipzig 1892), 683, przy czym wszakże cytuje tego autora niedokładnie podając dla norweskiego terminu *yfirgjøf* odpowiednik niemiecki *Draufgabe* (=zadatek), Osobiennost', 18², zamiast użytego faktycznie przez Amirę słowa *Drübergabe* (= naddatek), co jest zresztą oczywiście *lapis calami*, skoro w streszczeniu francuskim użył już Sołowjew określnika właściwego, op. c. 22. — Dorzućmy tu jeszcze następującą uwagę: omawiając formalne wzdanie w Norwegii (*skeyting*) stwierdza Amira, że w wypadku sprzedaży nieruchomości (a już nie przy zamianie czy darowiźnie) nabywca obok ceny kupna uiszczał sprzedawcy jeszcze szczególną sumę pieniężną — *skeytingsaurar* — występującą w różnym stosunku do ceny, nigdy jednak nie spadającą tak dalece, by stać się tylko świadczeniem pozornym, op. c. 687.

Gdyby ułożyć norweską *Drübergabe* ze słowiańskim naddatkiem a zwyczaj angielski *cornu tradere* (ob. wyżej s. 227¹) z polską *aqua abrenuntiationis*, musieliśmy stwierdzić, że praktyki te układają się wieńcem w krajach nie mających bezpośredniej styczności z rzymskim światem wyobrażeń. Silną wagę do tego kon-

mom słowiańskim. Obok zatem elementów wspólnych obu grupom praw⁷, słowiańskie systemy wykazują cechy swoiste.

Są one wyrazem szczególnego stanowiska, jakie w nich zajmuje nieruchomości ziemiska. Co prawda prawo dotyczące nieruchomości także i w zwyczajach germańskich wybitnie wykazywało różnice w porównaniu z normami regulującymi własność na nieruchomościach. Jednakowoż pod wpływem specjalnych warunków, w jakich się znalazły, rozwijające się kontrakty wypływały w tych systemach na plan pierwszy. Umowy działają tam niwelująco na podział dóbr na ruchome i nieruchome. Kontrakty zawierane zarówno co do pierwszych, jak i drugich odbywają się w tych samych formach⁸, identyczne też pociągają za sobą następstwa. W takich warunkach środki gwarantujące moc umowom (*litkup*, *zadatek*, *denarius Dei*) czynią zbędne wszelkie akty zmierzające do zapewnienia nieodwołalności alienacji: już kontraktu odpowiednio umocnionego nie wolno wzruszać, tym bardziej wszelkie zakusy na alienowaną już nieruchomość można odeprzeć na tej podstawie. Nie ma więc żadnej potrzeby dodatkowych postanowień gwarantujących niewzruszalność zbycia.

U ludów słowiańskich umowy mające za przedmiot nieruchomości są niewiążące, miarodajne są tylko alienacje dziedzin i te należało uczynić niewzruszalne. Zadanie to pełniły instytucje, które wzdaniu nadawały charakter perfekcji, mianowicie *naddatek* i *aqua abrenuntiationis*.

JÓZEF MATUSZEWSKI (Poznań)

AQUA ABRENUNTIATIONIS

Résumé

L'eau de renonciation a attiré, depuis longtemps, l'attention des savants allemands et polonais. Le grand *Glossarium Germanicum medii aevi* de C. G. H a l t a u s (1758) en fait déjà mention. Mais ni son auteur, ni les nombreux historiens du XIX^e et du XX^e siècles — et il y a parmi eux des noms de mar-

taktu przywiązuje ostatnio K. Kolańczyk, *Studia n. relikami*, 209²¹⁰; por. też wyżej przyp. 2, rozdz. VIII.

⁷ Podkreśla je silnie K. Koranyi, *Podstawy średniowiecznego prawa spadkowego*, PHP. t. 9 z. 2 (Lwów 1930), 4; ob. też K. Kolańczyk, *Studia*, 38¹⁴⁴.

⁸ Co prawda W. Namysłowski konstatuje, że w prawie chorwackim konieczna była bezwzględnie obecność przystawa tak przy umowach o ruchomości jak i nieruchomości, Pozasądowe organy, 13, a więc i tam przestrzegano by identycznej formy przy transakcjach dotyczących obu kategorii dóbr. Przytoczona opinia jest wszakże, jak autor zaznacza, jego własnym domysłem. Nie jesteśmy skłonni dać mu wiary. Zresztą nawet gdybyśmy go przyjęli, stwierdzić musielibyśmy i tak zasadniczą różnicę w porównaniu ze stosunkami zachodnio-europejskimi: nastąpiłoby bowiem zrównanie obrotu ruchomościami z obrotem nieruchomościami, a nie odwrotnie, jak na Zachodzie.

que — n'ont pas abouti à expliquer son rôle juridique d'une façon satisfaisante.

La raison en est évidente. L'historien étudiant ce problème se voit réduit à quatre documents qui, d'ailleurs, sont fort peu explicites. Certes, ne saurait-on pas parler de la profusion des renseignements à ce sujet. Cependant, ne vaut-il pas la peine de préciser le rôle de cette cérémonie, méconnue — à ce qu'il semble — des autres droits médiévaux, germaniques et slaves, même au prix d'un grand effort, d'une analyse approfondie? C'est pourquoi l'*aqua abrenuntiationis* forme l'objet d'une étude particulière que nous nous permettons de présenter aux lecteurs des Annales.

Le rite est bien simple: l'aliénateur d'un immeuble boit de l'eau en présence du prince et des grands. La cérémonie est connue en Silésie (2 mentions), en Petite Pologne (1) et en Mazovie (1). Sa pratique dans d'autres régions est probable. Malgré la rareté des informations, elles font entrevoir sa large diffusion; partout, elle constitue une coutume de terre. Les sources attestent son existence au XIII^e et au XIV^e siècles (1208—1386). Les traces de l'établissement se sont effacées ultérieurement.

L'usage est mentionné à l'occasion du transfert des immeubles. Pour ne pas tirer de l'argument *a silentio* un parti excessif, l'auteur rassemble des arguments qui contredisent son application en cas d'aliénation des meubles. Ces derniers étant en nombre pratiquement illimité, ayant, d'ordinaire, une valeur médiocre, ne sauraient-ils pas admettre des rites solennels, effectués dans les assemblées, présidées par le prince. De plus, le principe *meubles n'ont pas de suite* les a rendu superflus. Force est donc d'admettre, que l'*aqua abrenuntiationis* ne fut appliquée qu'en cas d'aliénation de fonds de terre. Voilà la première observation qu'il nous faut retenir.

Ailleurs, nous connaissons une autre cérémonie qui ressemble, dans une certaine mesure, à la nôtre. Nous pensons au vin de marché (*Litkouf*, *Weinkauf*, *mercipotus*). Sont — elles, toutes les deux, du même ordre? Jouent — elles le même rôle dans la vie juridique du moyen âge? C'est ce qu'ont prétendu certains savants qui s'occupèrent du sujet. Cependant une telle thèse est insoutenable, car, bien que les ressemblances soient nombreuses, les nuances ne le sont pas moins. Bornons-nous à rappeler quelques indications sommaires relatives au vin de marché.

Les plus anciennes sources françaises qui le relatent datent du IX^e et du X^e siècles, les diplômes des XI^e et XII^e siècles en abondent déjà. En Allemagne, les peu nombreuses chartes du XII^e siècle commencent à en parler, au XIII^e siècle le *mercipotus* y est en plein développement. À la même époque, déferle-t-il dans les pays avoisinants. Voilà les plus anciennes dates qui attestent son existence en Pologne: 1232—1241 (ville de Wrocław), 1337 (ville de Zabkowice, en Silésie), 1385 (ville de Miechów, en Petite Pologne). Le XIV^e siècle finissant, les mentions deviennent fréquentes.

Relevons deux points qui nous semblent, toutefois, très significatifs: les plus anciennes informations concernant le vin de marché en Pologne ne sont pas de beaucoup antérieures à la moitié du XIII^e siècle. L'eau de renonciation constitue une coutume terrestre, au moins, au début du même siècle. Ce qui est plus grave encore: les renseignements sur le *litkup* proviennent, tous, des

villes, donc du milieu où l'échange, au sens strict, tenait, dans la vie économique, la place dominante. Mais, le droit qui y règne, c'est le *ius Theutonicum*. Il est apporté de l'extérieur avec toutes les institutions facilitant les échanges, entre autres, le vin de marché. L'eau de renonciation constituant au début du même siècle un *mos terre*, son origine polonaise ne peut soulever aucun doute. Par contre, et il faut le souligner, elle est méconnue dans la vie urbaine.

Nous avons donc affaire à deux rites repartis dans les milieux différents, un, particulier à la vie agraire, l'autre connu de la population citadine.

Il y a encore une raison d'ordre juridique qui, décidément, n'admet pas la juxtaposition de deux usages. Le vin de marché — on le sait — sert à valider les contrats (en particulier celui de vente). En est-il de même avec l'*aqua*? Certainement pas. Le nom du symbole — *aqua abrenuntiationis* — indique déjà qu'il concerne non point le contrat, mais le transfert de propriété. Un fait incontestable le prouve encore mieux: la charte de 1259 où figure la mention de notre usage ne se rapporte pas à la vente; d'après ce diplôme, un noble cède deux villages pour dédommager les moines de Lubiąż des dégâts infligés par lui-même.

Force est de conclure que l'eau de renonciation reste en rapport étroit avec le transfert de propriété et non pas avec une obligation. Aussi, les deux rites diffèrent-ils totalement. Du point de vue juridique, ces deux catégories sont nettement tranchées.

Il s'ensuit, que le *ius terrestre*¹ d'alors — par opposition aux coutumes bourgeoises introduites de l'extérieur — mettait l'accent sur l'élément du transfert au détriment du contrat; il négligeait même ce dernier.

Quel rôle jouait l'*aqua abrenuntiationis* dans le domaine des droits réels? Deux textes précieux nous renseignent là-dessus. En buvant de l'eau, l'aliénateur rompait le dernier lien qui l'unissait au fonds transféré, il ne pouvait plus demander sa restitution. L'acte d'aliénation devenait ainsi parfait. Il faut cependant remarquer que la cérémonie ne supprimait pas le retrait lignager. En Pologne, les *amis charnels* jouissaient de leur droit, d'ailleurs limité de plus en plus, jusqu'en 1768.

Nous avons constaté que le dernier texte mentionnant l'eau de renonciation provient de la fin du XIV^e siècle; ce qui ne semble pas fortuit. C'est à partir de cette époque que se répandent, chez nous, les livres judiciaires (*tabulae iudicii*). Ceux-ci, ayant une valeur dispositive et testimoniale supé-

¹ Au concept du *ius terrestre* = droit général du pays, en Pologne, il faut ajouter — en se référant aux pertinentes remarques de Marc Bloch — des observations suivantes. Au centre de l'Europe continentale figure l'Allemagne avec son droit biparti, le *Landrecht* et le *Lehnrecht*. Ce dualisme reste méconnu dans les pays voisins, notamment en France et en Pologne, mais pour des raisons différentes. En France, il n'y a que le *Lehnrecht*, en Pologne, on ne trouve que le *Landrecht*, le droit des fiefs y étant ignoré. Le droit des villes, en Pologne, est importé de toutes pièces de l'Allemagne; celui des paysans, bien qu'il se soit inspiré, dans une large mesure, du droit général, subit, lui aussi, l'influence prépondérante du droit allemand, constituant — comme l'a précisé M. Tymieniecki — l'instrument juridique de la grande propriété. Ainsi le *ius terrestre* finit par devenir le droit propre à la noblesse. Il n'est donc pas étonnant, que ce soit lui qui accuse les traits les plus originaux.

rieure — cela va de soi — à celle de *hausta aqua*, assumèrent-ils la fonction exercée auparavant par la dernière. Ainsi l'*aqua abrenuntiationis* tomba-t-elle en désuétude.

Voilà les éclaircissements que nous apportons au sujet. Il nous semble difficile de les élargir, à moins que l'on ne découvre des textes nouveaux.

Mettons le résultat obtenu dans le cadre de l'évolution juridique du moment. L'aliénation du patrimoine familial réputée, jadis, illégitime, les proches et l'aliénateur lui-même pouvaient toujours la révoquer sans indemnisation. Les causes d'ordre surtout économique dont l'examen ne saurait être abordé ici, ne surent pas maintenir cet état des choses à l'infini. Les transformations étant survenues, on était tenté de supprimer les entraves anciennes. D'un côté, on a soumis le retrait lignager à l'obligation du remboursement du prix; de l'autre, on a abrogé d'une façon décisive les droits respectifs de l'aliénateur par l'intervention d'un acte cérémoniel. Pour se dévêtir intégralement de son bien immeuble, le détenteur primitif était tenu de boire de l'eau de renonciation.

Mais, puisque les obligations en matière d'immeubles, dans d'autres pays slaves, se développèrent aussi tardivement, le besoin analogue de perfectionner les transferts des fonds de terre aurait dû s'y faire jour de même. En effet, nous trouvons une coutume particulière chez les Slaves du Sud et de l'Est, aussi bien que chez les Tchèques. En quoi consistait — elle? L'acheteur d'une terre ajoutait au prix consenti un „surplus“ (*bezwietie, popołnok*) en habits, souliers, draps, bétails, ou même en argent. La valeur économique de ce supplément était de moindre importance. En l'acceptant l'aliénateur renonçait à jamais à tous les droits à la chose vendue. L'aliénation devenait ainsi irrévocable. Cette pratique est attestée, en Bohême, au XIII^e siècle, elle était répandue en Grande Russie aux XIV—XVI siècles, au Monténégro et aux Bouches de Cattaro, on l'a notée en 1933!

D'un certain point de vue on peut opposer les droits slaves aux autres systèmes juridiques de l'Europe médiévale. Partout, quant aux droits réels, nous avons affaire à un traitement différent des meubles et des immeubles, aussi bien chez les Germains que chez les Slaves. Mais, à l'Occident, la vie économique étant plus intense, et, probablement, sous l'influence beaucoup plus considérable du droit romain aussi bien que du droit canon, la division en *mobilia* et *immobilia* ne se maintint pas quant aux contrats. Ceux-ci éclipsés à la fin de l'époque mérovingienne et au début de la période carolingienne (*Lemaringnier*) reprirent, dans la suite de l'élan. Quel que fût leur objet, meuble ou fonds de terre, ils se conclurent de la même manière. On y employa indifféremment, les arrhes, le denier à Dieu, le vin de marché et d'autres. Au XIII^e siècle, on commença à valider les contrats purement consensuels. Chez les peuples slaves, longtemps, les contrats concernant les fonds de terre étaient réputés nuls. Aussi, par exemple, le vin de marché ne put y être même pas imaginé. C'étaient, seulement, les transferts qui comptaient, c'est à eux qu'il fallait donner le trait de perfection. Ce rôle jouait, dans la plupart des pays slaves, le „surplus“, en Pologne, en particulier, l'*aqua abrenuntiationis*.