

II. DROBNE PRACE I MATERIAŁY

HENRYK KUPISZEWSKI (Warszawa)

Locatio conductio rei suae*

(Uwagi na marginesie Papirusu Strasburskiego 248)

Niedawno zasłużony wydawca profesor J. Schwartz¹ opublikował bardzo interesujący dokument. Przedstawia on, zdaniem naszym, dużą wagę dla historyków prawa i dlatego też chcielibyśmy poświęcić szereg uwag analizie prawniczej jego treści.

Na wstępie pozwolimy sobie przytoczyć za wydawcą tekst dokumentu².

P. Strasb. 248

P. gr. 106

6 styczeń 560 po Chr.

ⲟ Ⲙⲉⲧⲁ ⲧⲏⲛ ⲩⲡⲁⲧⲉⲓⲁⲛ Ⲡⲗⲁⲩⲓⲟⲩ Ⲙⲁⲓⲗⲓⲛⲟⲩ ⲧⲟⲩ ⲉⲛⲓⲃⲟⲭⲟⲧⲁⲧⲟⲩ ⲉⲧⲟⲩⲥ
ⲉⲛⲓⲃⲟⲭⲁⲓⲃⲉⲕⲁⲧⲟⲩ ⲧⲩⲃⲓ ⲃⲉⲕⲁⲧⲏⲩ.

* Praca niniejsza została przedrukowana w języku francuskim w „Labeo” 3 (1957), s. 344—353.

¹ *Bulletin de la Faculté des Lettres de Strasbourg*, 35^e année, No 7, 1957 s. 362—363.

² Dokument ten, będący ze stanowiska dyplomatyki homologią subiektywną jest jeszcze jednym przykładem kontraktu zawartego w formie stypulacji pisemnej. Świadczy o tym umieszczona na końcu dokumentu klauzula ⲉⲡⲉⲣⲟⲩⲧⲏⲃⲓⲥ ⲟⲩⲟⲗⲟⲅⲓⲃⲁ. Wedle panującej opinii w nauce, stypulacja pisemna opatrzona wspomnianą klauzulą przedstawia zdegenerowaną stypulację prawa rzymskiego (por. L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 485 n.; L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, s. 800 nn.; W. Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte* 2 wyd., s. 47). Z nową hipotezą na ten temat wystąpił ostatnio F. de Visscher w pracy *La pseudostipulation: ⲉⲡⲉⲣⲟⲩⲧⲏⲃⲓⲥ ⲟⲩⲟⲗⲟⲅⲓⲃⲁ* (*Symb. R. Taubenschlag ded. II*, s. 161 nn.). Głównie w oparciu o P. Oxy 9,905 pochodzący z roku 170 po Chr. neguje twierdzeniu Arangio-Ruiza (*L'application du droit romain en Egypte après la C. A.*, Bull. de l'Institut d'Égypte 21, 1946—47, s. 121 nn. Extr., Le Caire, 1948), jakoby ten typ kontraktu miał się rozprzestrzenić w Egipcie w latach 221—240, a więc po *Constitutio Antoniana*. Jego zdaniem ten kontrakt jest tworem notariatu grecko-egipskiego i ze stypulacją rzymską nie ma nic wspólnego (por. także Gai *Inst.*, III, 93). Z ostrą polemiką przeciwko tezie F. de Visschera wystąpił E. Seidl w *SDHJ* XXIII (1957), s. 358 n.

- † Αὐρηλίω Φοιβάμμωνι νίῳ Ἰωάννου τῷ θαυμασιωτάτῳ ἀπὸ τῆς
 Ἑρμοπολιτῶν
 πα[ρὰ] Φλα(υ)ίου Ἑρ[...]ου Βίκτορος ἐξῆ[ς] ὑπογ[ρά]φοντος ἀπὸ [τῆς]
 [αὐ]τῆς πόλεως
 Ὁμολογῶ [ἐ]κο[υσί]ως καὶ [αὐθ]αιρέτως μ[εμ]ί[σθ]ῃσθαι π[αρά] σου,
 ἐφ' ὅσο[ν] χ[ρ]ό[νον] δια[κα]τέ.ει[ς]
 5 τὴν ὑποθήκην τ[ὴν]...[.]ημένην μοι παρὰ σου, λογιζόμενον ἀπὸ τῆς
 σήμερον
 ἡμέρας ἣτις ἐστὶν Τυβ[λί] δεκάτη ἐνάτης Ἰνδικτιόνος, τὸ ὑποτεθέν σοι
 ὑπὲρ ἐμοῦ ἕμισυ
 τέταρτον μέρος [τῆς] δολοκλήρου οἰκίας [οἷ]ας ἐστὶν διαθέσεως σὺν
 καταγαίῳ καὶ
 ἀνλῇ καὶ φρέατι [καὶ] [χ]ρη[σ]τηρίοις πᾶσι καὶ δικαίοις κατὰ κοινωνεῖ[α]ν
 τοῦ ἐμοῦ ἀδελφ[ο]ῦ
 Πέτ[ρο]υ ἐπ[ὶ] τὸ ὑπόλοιπον τέταρτον μέρος, εἰς σ[υμ]πλήρωσι[ν] τῆς
 προει[ρη]μένης
 10 δολοκλήρου οἰκίας διακειμένης ἐπὶ ταύτης τῆς Ἑρμοπολιτῶν ἐπ'
 [ἀμφο]δου Φρουρίου
 λιβὸς νε[φ]υ[ού]σας εἰς [βορ]ρᾶν πρὸς χρῆσιν ἐμὴν καὶ υἱέσιν τοῦ αὐτοῦ
 ἡμίσεως
 τετάρτου μέρους οἰκίας μετὰ πάντος αὐτῆς τοῦ δικαίου καὶ φίλ[ᾶ]ξω
 ὑπό σε
 τὴν τόπου νομὴν [ἀσ]τασίαστον ἀτάραχον ἀπὸ τοῦ νῦν ὡς προείλη[φα]
 μέχρι ἐπι-
 λύσεως ταύτης μου τῆ[ς] ὑποθήκης Ἡ μίσθωσις κυρία καὶ βεβαία καὶ
 ἐπερ(ωτηθεῖς)
 15 ὁμολόγ(ησα) † (2-ga rēka) † Φλ(άυιος) Ἑρ...ατος Βίκτορος ἀπὸ
 Ἑρ(μουπόλεως) μ[εμ]ισθ[ω]μ[αι] ως πρόκειται (3-cia rēka) †νος
 ...ανου.....οτης ἀπὸ Ἑρ(μουπόλεως) μαρτυρῶ τῇ μισθώσει [ἀκούσας]
 παρὰ τοῦ θεμένου †
 (4-ta rēka) + Λὺρ(ήλιος) Στέφανος.ρ..... ἀπὸ Ἑρ(μουπόλεως) [μαρτ]υρῶ
 τῇ [μισθώσει] ἀκούσας παρ[ὰ] τοῦ θεμένου (5-ta rēka) † Ζαχαρίας..
 θε.... ἀπὸ Ἑρ(μουπόλεως) μαρτυρῶ τῇ μισθώσει ἀ-
 κούσας παρὰ τοῦ θεμένου
 20 (1-sza rēka?) + Δι ἐμ(οῦ)....νο.σὺν θ(εῷ) συμβ....γρ.....

I

Treścią umowy zawartej w tym dokumencie jest dzierżawa nieruchomości. Takich kontraktów przekazały nam papyrasy bardzo wiele³. O ile dobrze wiem jest to jednakże jedyny wypadek, w którym dzierżawcą (*conductor*) jest właściciel nieruchomości⁴. Jako wydzierżawiający (*locator*) występuje wierzyciel hipoteczny, w którego posiadaniu znalazła się obciążona hipoteką nieruchomość. Nasuwa się wobec tego przede wszystkim pytanie, czy do wejścia w posiadanie nieruchomości wystarczyło wierzycielowi samo zawarcie umowy hipotecznej?

Omawiany dokument pochodzi z roku 560 n. e., z okresu, w którym konstytucje cesarskie nader często znajdują zastosowanie w obrocie prawnym Egiptu⁵. Warto się zatem zastanowić, czy zawierane kolejno przez kontrahentów czynności prawne (umowa hipoteczna, umowa dzierżawna) zgodne są również z przepisami prawa justyniańskiego.

Termin *hypotheca* jest jak wiadomo w kompilacji justyniańskiej używany w znaczeniu ogólnym, a więc na oznaczenie zastawu jako takiego, bez względu na to czy posiadanie rzeczy zostało przekazane wierzycielowi. Termin *hypotheca* odpowiada tedy terminowi *pignus* w jego najszerszym znaczeniu⁶. Odnośnie jednego i tego samego stosunku prawnego używają kompilatorzy raz określenia *pignus*, innym razem *hypotheca*⁷. Spotyka się również określenie *pignus hypothecave*⁸. Różnica pomiędzy *hypotheca* a *pignus* sprowadza się tu do różnicy słownej: *inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt*⁹.

W innym znaczeniu przeciwstawiają źródła *hypothecam pignori* w tym sensie, że *pignus* to zastaw ręczny, a *hypotheca* to zastaw bez przekazania

³ Por. zestawienie dokonane przez A. Bergera, *Wohnungsmiete und Verwandtes in den gräko-ägyptischen Papyri* (Zeitschrift f. vergl. RW 29 (1913), s. 378 nn.), uzupełnione w R. Taubenschlag, *Law*, s. 364—365, uw. 1—12 i J. Hermann, *Bemerkungen zu den μισθωσις-Urkunden der Papyri Michaelidae* (Chr. d. Eg., 32 (1957) No 63, s. 121 nn.); Tenże, *Studien zur Bodenpacht im Recht der graeco-ägyptischen Papyri* Münchener Beiträge, Heft 41 (1958), s. 236 nn.).

⁴ Por. w. 4—6, 12—14 w tekście oraz komentarz wydawcy s. 363.

⁵ Patrz J. H. Wolff, ZSSt. 70, s. 55 nn.; A. Steinwenter, *Aegyptus*, 32 (1952), fasc. 1, s. 131—136; H. Gerstinger, *Zur Frage der praktischen Geltung des Justynianischen Gesetzgebungswerke in byz. Ägypten* (Anz. öst. Ak. d. Wissenschaften (1955), No 9, s. 115 i nast.) z najnowsza literatura.

⁶ Por. N. Herzen, *Origine de l'hypothèque romaine*, s. 20 nn.; A. Manigk, RE IX, s. v. szp. 343 nn., a przede wszystkim S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego* II, s. 170 nn.

⁷ Patrz D. 20,2,5; A. Manigk, RE IX, s. v. 344 nn.; S. Wróblewski, *Zarys*, II, s. 171.

⁸ Patrz D. 20,4,12,8; 20,6,10; A. Manigk, RE IX, s. v. 344; S. Wróblewski, *Zarys*, II, s. 171.

⁹ Patrz D. 20,1,5,1; A. Manigk, s. v. 343; S. Wróblewski, *Zarys*, II, 170.

rzeczy w posiadanie wierzyciela hipotecznego: *proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*¹⁰. Istnieje jeszcze w rozumieniu Justyniana trzecie znaczenie obu pojęć: termin *hypotheca* określa zastaw na nieruchomościach, w przeciwieństwie do *pignus* — zastawu na ruchomościach¹¹. Ta różnica pomiędzy *hypotheca* a *pignus* nie została jednak w ustawodawstwie justyniańskim konsekwentnie przeprowadzona¹². Zawarcie umowy hipotecznej, mocą której dłużnik przenosi posiadanie nieruchomości na wierzyciela hipotecznego byłoby więc w zasadzie zgodne z postanowieniami ustawodawstwa justyniańskiego w tym przedmiocie.

Gdy chodzi o prawo grecko-rzymskiego Egiptu to, jak wiadomo, wykształciło ono wiele rodzajów zastawu¹³, wśród nich hipoteka odgrywała niepoślednią rolę¹⁴. Manigk podnosi, że *Ihren Charakter erhält die Hypothek ... durch den Mangel der Besitzübertragung*¹⁵. By w przypadku zwłoki dłużnika wejść w posiadanie obciążonego hipoteką majątku musiał wierzyciel przedsięwziąć ἐμβάτευσις¹⁶. Przedmiotem obciążenia hipotecznego mogła być zarówno ruchomość, jak i nieruchomość¹⁷. Jak z jednej strony nie jest hipoteka jedynym terminem oznaczającym tę formę zastawu prawa

¹⁰ Patrz D. 13,7,9,2; N. Herzen, *Origine de l'hypothèque romaine*, s. 15; A. Manigk, RE IX, s. v. 343; S. Wróblewski, *Zarys*, II, s. 171; F. Schwind, *Römisches Recht*, 244; H. Kreller, *Römisches Recht*, 228; M. Kaser, *Das röm. Privatrecht*, I, s. 389; F. Schulz, *Classical Roman Law*, s. 400 i nast. z bogatą literaturą; B. Biondi, *Istituzioni di dir. rom.* (1956), s. 420, gdzie znajdujemy następujące sformułowanie: *L'ipoteca è invece una semplice convenzione per cui, senza attuale trasferimento di possesso, una cosa è posta a garanzia di una determinata obbligazione; nel pegno il creditore acquista immediatamente il possesso della cosa, nella ipoteca solo nel caso ed al momento dell' inadempimento* (Por. także D. 50,16,238,2).

¹¹ Patrz Inst. 1,4,6,7 in fine: *nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditor, maxime si mobilis sit*; A. Manigk, RE IX, s. v. 343; S. Wróblewski, *Zarys*, II s. 171; T. C. Sandars, *Institutes of Justinians*, s. 436 nn.

¹² Patrz D. 20,1,13,1: *statuliber quoque dari hypothecae poterit*. D. 20,1,15 pr.; C. 4.24.4 (a. 223) *praedia pignori vel hypothecae data*. D. 11,7,2,9; D. 13,7,34; D. 20,1,1,2; D. 20,1,1,4; D. 20,1,31. Praca M. Fehra, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht* nie była mi dostępna.

¹³ Por. A. Manigk, *Gräko-ägyptisches Pfandrecht* (ZSSr., 30, s. 272 i nast.; A. B. Schwarz, *Hypothek und Hypallagma* (1910); R. Taubenschlag, *Law*² s. 271 i cytowaną tam najnowszą literaturę.

¹⁴ Por. A. Manigk, l. c., s. 275.

¹⁵ Por. A. Manigk, o. c., s. 275.

¹⁶ O postępowaniu zmierzającym do objęcia w posiadanie obciążonego hipoteką majątku w wypadku nieuiszczenia przez dłużnika świadczenia patrz: L. Mitteis, *Grundzüge*, s. 158 nn.; A. B. Schwarz, *Hypothek und Hypallagma*, *passim*; R. Taubenschlag, *Law*², s. 284 i cytowaną przezeń literaturę najnowszą; J. W. Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, s. 238 nn.

¹⁷ Por. A. Manigk, o. c., s. 276 nn.

lokalnego, przy której nie przechodzi w posiadanie wierzyciela obciążona zastawem rzecz¹⁸, tak z drugiej, hipoteka może być użyta w języku papirusów — podobnie jak w prawie justyniańskim — na określenie zastawu ręcznego określanego z reguły terminem ἐνέχυρον¹⁹. Dla ilustracji tego zjawiska przytoczymy P. Ryl. IV 606, kol. II, w. 24—41, gdzie czytamy ἔχομεν δὲ λ[.]ω τίκην ἔνσημος καὶ φαράδιον λινᾶ τοῦ Ἱέρακος τοῦ Συνλαορίτου. ὑποτέτικεν αὐτὰ (δραχμῶν) υ. κεῖται ἐν τῇ μεγάλῃ κάμπτρᾳ καὶ τὰ ἐνεχθέντα σοῦ ἱμάτια κτλ. Termin hipoteka jest użyty tutaj właśnie na określenie formy zastawu polegającej na oddaniu obciążonej zastawem rzeczy w posiadanie wierzyciela²⁰.

Takie samo znaczenie można by przypisać terminowi hipoteka w Pap. Strasb. 248. Ustanowienie zastawu na nieruchomości o której mowa w naszym dokumencie pociągnęłoby w takim razie za sobą jej przekazanie w posiadanie wierzyciela. Aczkolwiek z treści samego dokumentu nie wynika to z całą pewnością i na poparcie tego przypuszczenia nie dostarcza on żadnych dodatkowych argumentów, wydaje nam się, że na postawione na wstępie pytanie możemy odpowiedzieć pozytywnie i to zarówno z punktu widzenia prawa justyniańskiego, jak i prawa lokalnego, bizantyjskiego Egiptu.

Za niezgodną z zasadami prawa justyniańskiego uznać należy natomiast drugą czynność prawną zawartą przez strony w naszym dokumencie, a mianowicie umowę dzierżawy. *Conductio rei suae* była niedopuszczalna zarówno w prawie klasycznym jak i justyniańskim²¹. Do sprawy tej powrócimy jeszcze w końcu niniejszego artykułu. W tym miejscu pragniemy tylko stwierdzić, że jeśli na postawione na wstępie pytanie mogła zostać udzielona odpowiedź w jednakowy sposób, zarówno z punktu widzenia oficjalnego prawa justyniańskiego, jak i prawa lokalnego, to wobec niedopuszczalnego przez prawo justyniańskie *conductio rei suae*, upaść musi przypuszczenie, ażeby w rozważanym tutaj przypadku strony mogły stosować to prawo.

Mamy tu więc do czynienia z praktyką prawną lokalną. Spróbujmy w dalszym ciągu po dokonaniu tego stwierdzenia zastanowić się bliżej, jakie są elementy sytuacji prawnej, którą nam ta praktyka ukazuje w rozpatrywanym tutaj dokumencie.

Zwróćmy uwagę na to w jaki sposób określony został w niniejszej

¹⁸ Por. A. Manigk, o. c., s. 285; J. H. Lipsius, *Das attische Recht*, s. 690 nn.

¹⁹ Por. A. Manigk, o. c., s. 276; J. H. Lipsius, o. c., s. 691; R. Taubenschlag, *Law*², s. 284.

²⁰ Por. R. Taubenschlag, *Law*², s. 285, uw. 61, z zestawionymi dokładnie źródłami i bibliografią.

²¹ Patrz Th. Mayer-Maly, *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien 1956, s. 114 nn.

umowie czas trwania jej ważności. W umowach dotyczących dzierżawy nieruchomości w tej epoce, okres trwania stosunku dzierżawnego określany jest zazwyczaj cyfrowo, tj. przez podanie dnia i miesiąca na oznaczenie terminu początkowego, *dies a quo*²². Mamy też przy dzierżawach z bizantyjskiego Egiptu częstokroć do czynienia z klauzulą, która uzależnia czasokres trwania dzierżawy od woli *conductoris*²³. W naszym wypadku termin początkowy został oznaczony ściśle przez podanie daty odpowiadającej dacie zawarcia samej umowy, jak ma to miejsce w całym szeregu przypadków dzierżawy nieruchomości w tej epoce²⁴. Czas trwania dzierżawy został natomiast określony w sposób budzący zastanowienie. Umowa została mianowicie zawartą ἐφ' ὅσο[ν χ]ρ[ό]νον δια[κα]τέ.ει[ς] τὴν υποθήκην τ[ῆ]ν...[.]. [η]μένην μοι παρὰ σου κ.τ.λ. W dalszym ciągu stwierdza *conductor*: w. 12—14, καὶ φυλ[ά]ξω ὑπὸ σε τὴν τόπου νομὴν [ἀ]σ[τα]σίαστον ἀτάραχον ἀπὸ τοῦ νῦν ὡς προεῖλη[φα] μέχρι ἐπιλύσεως ταύτης μου τ[ῆ]ς υποθήκης κ.τ.λ. Umowa jest więc zawarta na czas nieoznaczony w tym sensie, że będzie trwać ona dotąd, dokąd na mieszkaniu ciążyć będzie hipoteka.

Rodzi się pytanie: co skłoniło strony, ażeby czas trwania umowy dzierżawnej w ten szczególny sposób uzależnić od trwania stosunku obciążenia hipotecznego.

Odpowiedź na nie stanie się możliwa, jeśli zwrócimy uwagę na drugi charakterystyczny szczegół. Strony zawierające umowę dzierżawy nie określają w niej wysokości czynszu, co przecież należy do *essentialia negotii* tego kontraktu²⁵. Według naszych przypuszczeń, ten brak określenia wysokości czynszu dzierżawnego jest tylko pozorny. Otóż umowa dzierżawna następuje po i w ścisłym związku z zawartą poprzednio pierwszą transakcją między stronami, w wyniku której wydzierżawiana obecnie ruchomość została obciążona hipoteką na rzecz Aureliusza Foibammona. Ustanowienie tej hipoteki było oczywiście związane z zaistnieniem stosunku obligacyjnego między obu kontrahentami, przy czym należy się spodziewać, że stosunek obligacyjny, stanowiący podstawę do ustanowienia hipoteki, przewidywał, jak to było we zwyczaju, dokładnie wysokość należnych od długu odsetek²⁶.

Stwierdziliśmy wyżej, że wierzyciel mógł uzyskać posiadanie nieruchomości na podstawie samej umowy hipotecznej. Czy jednak to stwier-

²² Por. J. Modrzejewski, *Additional Provisions in Private Legal Acts in Greco-Roman Egypt* (Journal of Juristic Papyrology, 7/8, s. 220).

²³ Por. J. Modrzejewski, o. c., s. 223 i źródła zestawione w uw. 59.

²⁴ Por. J. Modrzejewski, o. c., s. 221 i źródła zestawione w uw. 47.

²⁵ Por. R. Taubenschlag, *Law*², s. 358 nn.; Th. Mayer-Maly, o. c., s. 128 z bogatą literaturą na ten temat.

²⁶ Por. R. Taubenschlag, *Law*², s. 343 nn.

dzenie zdolne jest w tym miejscu przynieść nam odpowiedź na postawione obecnie pytanie, dotyczące braku postanowienia o wysokości czynszu dzierżawnego. Niewątpliwie z faktu przejścia rzeczy w posiadanie wierzyciela na skutek samej tylko umowy hipotecznej nic jeszcze w tej kwestii nie wynika. Inaczej natomiast wyglądać będzie sprawa, jeżeli założymy, że przeniesienie posiadania nastąpi w związku z dodatkową jeszcze czynnością prawną towarzyszącą ustanowieniu hipoteki, a mianowicie z oddaniem obciążonej hipoteką nieruchomości w antychrezę wierzycielowi.

Przypuszczenie nasze idzie mianowicie w tym kierunku, że Flavius Her... os oddał Aureliuszowi Foibammonowi nieruchomość w antychrezę, celem zaspokojenia jego pretensji z tytułu odsetek od powstałego długu. Aureliuszowi Foibammonowi przysługiwało w konsekwencji prawo bądź korzystania z mieszkania i zaspokojenia w ten sposób swych pretensji do odsetek, bądź też wydzierżawienia tego mieszkania osobie trzeciej i zaspokojenia pretensji z uzyskanego w ten sposób czynszu dzierżawnego²⁷.

Wierzyciel skorzystał oczywiście z tych uprawnień. Wydierżawił on mieszkanie, ale nie osobie trzeciej, lecz samemu dłużnikowi, będącemu właścicielem rzeczy. Gdy doszło do zawarcia umowy dzierżawnej potrzeba ustalenia wysokości czynszu odpadła. Czynsz dzierżawny posiadał bowiem z punktu widzenia interesu stron, funkcję zaspokojenia pretensji wierzyciela do odsetek od długu. Ponieważ wysokość tych odsetek została ustalona już poprzednio w samej umowie pożyczki i związanej z nią bezpośrednio umowie hipoteczno-antychretycznej, nie zachodziła obecnie potrzeba ustalania wysokości czynszu dzierżawnego, jako że był on w tej sytuacji tylko ekwiwalentem odsetek od długu, których wysokość obu stronom była znana.

To co zastanawia niewtajemniczonego w skomplikowany dosyć układ stosunków między stronami interpretatora, było dla samych stron rzeczą wiadomą i oczywistą. Wydaje nam się, że wysunięta przez nas hipoteza oddaje w sposób możliwie najprawdopodobniejszy naturę tych stosunków i wyjaśniając nam zjawisko braku postanowienia określającego wysokość czynszu dzierżawnego dostarcza jednocześnie zadowalającej odpowiedzi na postawione przed tym pytanie co do sposobu określania czasokresu trwania umowy dzierżawnej.

Dla mocniejszego jeszcze ugruntowania tej hipotezy, pozwolimy sobie przypomnieć jak częste są w prawie rzymskiego i bizantyjskiego Egiptu przypadki kombinowania hipoteki z antychrezą²⁸. Wśród nich występują

²⁷ Dopuszczalność wydierżawiania rzeczy otrzymanej w antychrezę konstatuje P. Lips. 10 (240 po. Chr.), kol. I, w. 38: *καρτεῖαν καὶ διαμίσθωσιν καὶ πρόσοδον πᾶσαν κ. τ. λ.* Por. do tego dokumentu komentarz L. Mitteis'a, s. 37.

²⁸ Por. R. Taubenschlag, *Law*², s. 286, jak również cytowane tam źródła i literaturę.

często takie, gdzie przedmiotem obciążenia hipotecznego i oddania w antychrezę wierzycielowi jest właśnie, tak jak w naszym przypadku, mieszkanie dłużnika (wraz z różnymi urządzeniami gospodarczymi, jak studnia, piwnice, szopy etc.).

W P. Fouad 44 (44 A. D.) strony postanawiają: w. 10—12, ... ἀντὶ τῶν τοῦτων τόκων [έάσειν τὴν Διδύμην καὶ τοὺς παρ' αὐτῆς ἐνοικεῖν ἐν τῷ ἐπιβάλλοντι τῷ Λουκίῳ μ]έρει πατρικῆς οἰκίας κ.τ.λ.; wiersz 24—26... [Ἐ]ὰν δὲ τοῦ χρόνου ἐνστάτος μὴ κομίση[τ]αι ἡ Διδύμη τὸ π[ρο]κείμενον κεφάλαιον, κρατεῖν αὐτὴν καὶ κυρ[ε]ύειν τοῦ σημαينوμένου μέρους τ[ῆς] οἰκίας κτλ. Podobnie w Oxy. 1105 (89—96 A. D.) kobieta nazwiskiem Tbekis oddaje w antychrezę wierzycielowi Thoonis mieszkanie wraz z przynależnościami, obciążone na korzyść tego ostatniego hipoteką²⁹. Ołączeniu hipoteki z antychrezą mówi również Wessely, *Wiener Studien*, VII pp. 130—131: πρὸς δὲ ἀσφάλειαν... τοῦ αὐ[τ]οῦ χρ[έ]ους ὑπεθέμην σοι... μέρος τρίτον... οἰκίας .. πρὸς τῷ σε ἔχειν τὴν ταύτου χρῆσιν τε καὶ οἴκησιν ἀντὶ τῆς παραμυθείας κ.τ.λ.³⁰

Dodajmy, że w uprawdopodobnionej przez nas sytuacji, zarówno antychreza, jak i dzierżawa mają w stosunku do umowy hipotecznej charakter akcesoryjny. Wyraża się on tym, że w momencie gdy zgaśnie hipoteka — wygaśnie antychreza i dzierżawa. Odpadnie bowiem przyczyna, która je powołała do życia. Dłużnik Flavius Her... os po zapłaceniu długu i uwolnieniu się od ciężającej na jego majątku hipoteki nie będzie miał obowiązku płacenia odsetek.

Pozostaje jeszcze do wyjaśnienia dlaczego strony zawarły umowę dzierżawną, mimo że prościej było umowę antychretyczną rozwiązać i wtedy dłużnik byłby zobowiązany do płacenia umówionych odsetek. Wydaje się, że powodem, dla którego strony tak właśnie ukształtowały swoje stosunki, była chęć wierzyciela Aurelius Foisbammona do jak najlepszego zabezpieczenia swoich interesów. Oddając w dzierżawę otrzymaną w antychrezę rzecz, wierzyciel nie tracił jej posiadania i gdyby się okazało, że dłużnik-conductor nie jest w stanie uiścić czynszu dzierżawnego — mógł on umowę dzierżawy natychmiast rozwiązać i rzecz otrzymać z powrotem³¹.

²⁹ Por. A. Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, s. 21 nn.; A. S. Hunt, *The Oxyrhynchus Papyri*, VIII, 177.

³⁰ Cytuję za A. S. Hunt, *The Oxyrhynchus Papyri* VIII, s. 177. Patrz również L. Mitteis, *Hermes* 30, s. 607.

³¹ Wydaje się, że nie od rzeczy będzie jeśli w tym miejscu pozwolimy sobie zwrócić uwagę iż tego rodzaju regulacja stosunków pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem jaką tutaj usiłowaliśmy zrekonstruować znajduje analogię na gruncie prawa greckiego, u Dem. c. Pant. § 4—5 czytamy: Ἐδανείσαμεν πάντε καὶ ἑκατὸν μνᾶς ἐγὼ καὶ Εὐεργος, ὃ ἄνδρες δικασταί, Πανταίνετῳ τουτωί ἐπ' ἐργαστηρίῳ τ' ἐν τοῖς ἔργοις ἐν Μαρωνεῖᾳ καὶ τριάκοντ' ἀνδραπόδοις. — § 5 in fine: μισθοῦται δ' αὐτός (scil. τὸ ἐργαστέριον wraz z ἀνδραπόδοις) παρ' ἡμῶν τοῦ γιγνομένου τόκου τῷ ἀργυρίῳ, πάντε καὶ ἑκατὸν δραχμῶν τοῦ μηνὸς ἐκάστου.

W przypadku rozwiązania umowy antychretycznej niewypłacalność dłużnika w zakresie samych nawet odsetek zmusza wierzyciela do przedsięwzięcia postępowania zmierzającego do zrealizowania hipoteki, co z natury rzeczy musiało być bardziej uciążliwe.

II

Omówiony przez nas dokument nie posiadałby szczególniejszego znaczenia, poza ciekawym i skomplikowanym charakterem dochodzącej w nim do głosu sytuacji prawnej, gdyby nie fakt, że pozostaje on, jak nam się wydaje, w bliskim związku z pewnymi przepisami prawa pojustyniańskiego i pozwala rzucić na treść tych przepisów pewne nowe światło.

Chodzi tu mianowicie o zagadnienie *conductio rei suae* w prawie rzymskim i w bazylikach. Zagadnienie to było już w nauce niejednokrotnie dyskutowane³². Ostatnio wiele miejsca poświęcił mu Th. Mayer-Maly w cytowanej już rozprawie: *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, dowodząc w sposób przekonywujący, że *conductio rei suae* była w prawie klasycznym i justyniańskim niedopuszczalna³³. W prawie justyniańskim taka umowa była nieważna, nawet w przypadku błędu po stronie właściciela:

C. 4. 65, 20: *Qui rem propriam conduxit existimans alienam, domi-*

Καὶ τιθέμεθα συνθήκας, ἐν αἷς ἢ τε μίσθωσις ἦν γεγραμμένη καὶ λύσις τοῦτω παρ' ἡμῶν ἐν τινὶ ῥητῷ χρόνῳ κ.τ.λ.

Podobnie Demec. Apat. § 8 *in fine*: ...ὄνῃν ποιοῦμαι τῆς νεῶς καὶ τῶν παίδων ἕως ἀποδοίῃ τὰς τε δέκα μνᾶς ἄς δι' ἐμοῦ ἔλαβεν, καὶ τὰς τριάκοντα ὄν κατέστησεν ἐμὲ ἐγγυητὴν τῇ τραπεζίτῃ κ.τ.λ.

W obu przypadkach (por. J. H. Lipsius, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, s. 691 f.) strony posługują się formą zastawu zwaną *πρασις ἐπὶ λύσει*, której istota polega na tym, że dłużnik prawo własności do rzeczy, mającej stanowić zabezpieczenie, przynosi drogą kupna-sprzedaży na wierzyciela, z zastrzeżeniem, iż ten w przypadku zwrotu dłużnej sumy będzie musiał prawo własności do rzeczy dłużnikowi zrestytuować. Równocześnie zawierają strony umowę dzierżawy, mocą której wierzyciel zobowiązuje się oddać dłużnikowi używanie nabytej rzeczy, dłużnik zaś ze swej strony zobowiązuje się do płacenia czynszu, którego zryczałtowana suma równa jest wysokości pożyczki (Por. H. G. Hitzig, *Griechisches Pfandrecht*, s. 4, n.; J. H. Lipsius, o. c., s. 692, 986; E. Weiss, *Griechisches Privatrecht*, s. 241 nn. 70 i passim; F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, s. 117 nn. i ostatnio J. W. Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford, 1956, s. 237.

³² Patrz literaturę cytowaną przez Th. Mayer-Maly, o. c., s. 114 nn. Zasadnicza na ten temat wcześniejsza praca: G. Longo, *La locatio conductio* (1920—1921) nie była mi dostępną.

³³ D. 50,17,45 pr : *Neque pignus neque depositum neque praecarium neque emptio neque locatio rei sue consistere potest*. Por. dalsze źródła u Th. Mayer-Maly, o. c., s. 114 nn.

nium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit (a. 293) ³⁴.

C. 4. 65, 25: *Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare* (a. 293) ³⁵.

Niedopuszczalność *conductio rei suae* przez prawo justyniańskie posłużyła nam na wstępie niniejszego artykułu za punkt wyjścia przy zakwalifikowaniu do sfery prawa lokalnego, prawa dochodzącego do głosu w niniejszym współczesnym Justynianowi dokumencie.

Inaczej rzecz wygląda w prawie późniejszym, pojustyniańskim. W szczególności zwraca naszą uwagę przepis Bas. 20.1.55 ³⁶, który mówi: 'Εὰν ὁ δανειστής μισθῶσῃ τῷ χρεωστῇ τὸ ἐνέχυρον, αὐτὸς μὲν ἔχει κατὰ τοῦ μισθωτοῦ ἀγωγὴν, ὁ δὲ χρεωστής οὐκ ἔχει κατὰ τοῦ μισθῶσαντος ἀγωγὴν.

Zestawiając ten przepis z naszym dokumentem musi nas uderzyć zbieżność sytuacji prawnych, występujących w obu punktach. Zarówno w jednym, jak i drugim wypadku mamy do czynienia z oddaniem przez zastawnika w dzierżawę zastawcy rzeczy obciążonej prawem zastawu. Bas. 20.1.55. formułuje tę sytuację w sposób teoretyczny. Papirus strasburski byłby jej pierwszą — o ile nam wiadomo — ilustracją w żywej praktyce. Różnice terminologii — tu ἐνέχυρον, a u nas hipoteka — nie ma, w świetle poczynionych przez nas na wstępie uwag o przemianym stosowaniu obu terminów w nomenklaturze bizantyjskiej, żadnego znaczenia. Korzystna sytuacja wierzyciela w stosunku do dłużnika-conductora, która, jak to zauważyliśmy w przypadku papirusu strasburskiego, była głównym motorem takiego, a nie innego ukształtowania stosunków prawnych między stronami, podkreślona jest również w tekście ustawy bizantyjskiej.

Przedstawiony tu związek między sformułowaniem tekstu bazylik, a sytuacją prawną zachodzącą w P. Strasb. 248 ma swoją szczególną wymowę. *Conductio rei suae* zanim stało się dopuszczalne w prawie pojustyniańskim, było, jak wyraźnie widać, stosowane już na kilka wieków wcześniej w praktyce prowincjonalnej.

Jeżeli przepisy oficjalnego prawa justyniańskiego tak stanowczo formułują niedopuszczalność *conductio rei suae*, to praktyka prowincjonalna idzie wyraźnie w odwrotnym kierunku. Toruje sobie tutaj drogę lokalny *usus* prawny, który w widocznej kolizji z obowiązującym ustawodawstwem wchodzi śmiało w życie, o ile zastosowanie jego odpowiada praktycznym

³⁴ Podobne postanowienie znajdujemy w *Edictum Theodorici* c. 136: *Si quisquam rem suam nesciens a possessore conduxerit, nihil sibi praeiudicat: sed de proprietate ipsius agere poterit.*

³⁵ Por. Th. Mayer-Maly, o. c., s. 118 nn.

³⁶ Por. Th. Mayer-Maly, o. c., s. 62 n.

potrzebom stron. Świadczy o tym dobitnie papirus strasb., nawet jeśli przyjmiemy, że nie wszystkie wysunięte przez nas przypuszczenia odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy.

W świetle powyższych uwag widać zatem, że dopuszczalność *conductio- nis rei suae* wyrobiła sobie prawo obywatelstwa, najpierw w praktyce prowincjonalnej, a dopiero później została uznana przez oficjalne, państwowe ustawodawstwo. Wszystko zdaje się wskazywać na to, że uznanie to nastąpiło na drodze wpływu prawa lokalnego na prawo oficjalne, gdzie instytucje prawne torują sobie, poprzez prowincjonalną praktykę, drogę do uznania oficjalnego i zostają przejęte przez oficjalne normy. Takich wypadków dla okresu wcześniejszego zna nauka znacznie więcej. Pozwoli- limy sobie odwołać się w tym względzie do badań R. Taubens- chlag a³⁷.

Niniejszy przypadek wydaje się być jeszcze jednym przejawem tego sa- mego zjawiska. Jest ono dobitnym dowodem żywotności lokalnego *usus*, a jednocześnie uzmysławia nam, jakimi drogami szedł w epoce późnego cesarstwa rozwój instytucji prawnych.

³⁷ *Der Einfluss der Provinzialrechte auf das römische Privatrecht*, Atti del con- gresso intern. di dir. rom. Pavia 1934, vol. I, s. 283 nn.

