

STANISŁAW TYLBOR

ROZWÓJ HISTORYCZNY ZASTAWU

(PINUS)

W PRAWIE RZYMSKIM

PRACA NAGRODZONA PRZEZ RADĘ WYDZIAŁU PRAWA
I NAUK POLITYCZNYCH UNIwersYTETU WARSZAWSKIEGO

WARSZAWA 1922

Z ZASIŁKU WYDZIAŁU NAUKI MINISTERSTWA W. R. I O. P.

SKŁAD GŁÓWNY W KSIĄŻNICY POLSKIEJ T. N. S. W.

PRACE WYDZIAŁU PRAWNO-POLITYCZNEGO.

Nr. 2.

STANISŁAW TYLBOR.

Rozwój Historyczny Zastawu (Pignus) w Prawie Rzymskiem.

Praca nagrodzona na konkursie wydz. prawnego
Uniwersytetu Warszawskiego.

780210
7772.0
WARSZAWA 1922

Z ZASIŁKU WYDZIAŁU NAUKI MINISTERSTWA W. R. i O. P.
SKŁAD GŁÓWNY W KSIĄŻNICY POLSKIEJ T. N. S. W.

BIBLIOTEKA UNIERSYTECKA
im. Jerzego Giedroycia w Białymstoku



FUW0294626

Rozwój historyczny Zastawu

(Pignus)

w Prawie Rzymskim

Praca nagrodzona na konkursie wydawniczym
Uniwersytetu Warszawskiego

315087



WARSZAWA 1933

Z ZASIEGU WYDAWNIWA MINISTERTWA W. K. I. O. P.

DRUKARNIA PAŃSTWOWA w LUBLINIE

LITERATURA

OZIELA ZASADNICZE

- MAKICK: „Pfundrechtliche Untersuchungen“, Zeitschrift für die Geschichte der römischen Hypothek, Wrocław, 1902.
„Hypothek“, artykuł w Pauly, *lus est ars boni et aequi*.
„Antiquarische Altertumswissenschaft“, begonnen von Georg Wissowa, herausgegeben von Wilhelm Kroll, Leipzig, 1914.
„Hypothek“, artykuł tenże.
„Pignus“, artykuł tenże, 1909.
HERZEN: „Origine de l'hypothèque romaine“, Paryż, 1893.
DERNBURG: „Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts“, 1-ty tom, Lipsk, 1890.
KUNTZE: „Zur Geschichte des römischen Pfandrecht“, Lipsk, 1893, 21.
JOURDAN: „Etudes de droit romain“, L'hypothèque, Paryż, 1870.
RUCHCZYŃSKI: „Über die Pfandungen“, artykuł w Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, XII-y tom, Berlin, 1905, str. 181 sq.
KOHLEN: „Pfandrechtliche Forschungen“, Jena, 1892, str. 63-72.
NABER: „Observations sur le Droit Romain“, *revue de droit historique*, origines, str. 1, w *Annales de la Bibliothèque nationale*, Paris, tom 31, str. 1, Lipsk, 1903.
LENEU: „Edictum perpetuum“, Lipsk, 1907, ss 99, 200 i 201.
COSTA: „Il diritto privato romano nelle condizioni di Plinio“, Turyn, 1904, str. 299-304 i passim.
DENHELIUS: „Pfandrechtliche Studien“, str. 1, w *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Weimar, 1903, 2-1 tom, str. 207 sq.
MOMMSEN: „Die Stadtrecht der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica“, str. 1, w *Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der kön. Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, Lipsk, 1897, 2-1 tom, str. 405 sq.

LITERATURA.

DZIEŁA ZASADNICZE.

- MANIGK: „Pfandrechtlche Untersuchungen“. Zeszyt I-szy („Zur Geschichte der römischen Hypothek“). Wrocław. 1904.
- „Hypotheca“, artykuł w Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft... begonnen von Georg Wissowa... herausgegeben von Wilhelm Kroll. Stuttgart, 1914.
- „Hyperocha“, artykuł tamże.
- „Fiducia“, artykuł tamże, 1909.
- HERZEN. „Origine de l'hypothèque romaine“. Paryż, 1899.
- DERNBURG: „Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts“. 1-szy tom, Lipsk, 1860.
- KUNTZE: „Zur Geschichte des römischen Pfandrechts“. Lipsk, 1893, 2 t.
- JOURDAN: „Etudes de droit romain“. L'hypothèque, Paryż-Aix, 1876.
- RUDORFF: „Über die Pfandklagen“, artykuł w Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. XIII-y tom, Berlin, 1846, str. 181 sq.
- KOHLER: „Pfandrechtlche Forschungen“, Jena, 1882, str. 63—79.
- NABER: „Observatiunculæ de iure Romano“, rozdz. 89: de pignoris historici origine, art. w Mnemosyne, Bibliotheca philologica Batava, tom 31, cz. I, Lipsk, 1903.
- LENEL: „Edictum perpetuum“, Lipsk, 1907, §§ 99, 266 i 267.
- COSTA: „Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto“, Turyn, 1890, str. 259—264 i passim.
- DEMELIUS: „Plautinische Studien“, art. w Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Weimar, 1863, 2—i tom, str. 227 sq.
- MOMMSEN: „Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica“, art. w Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der kön. Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaft. Lipsk, 1857, 2 — i tom, str. 466 sq.

- HEYROVSKY: „Über die rechtliche Grundlage der Leges Contractus“. Lipsk, 1881, str. 43 sq.
- KARLOWA: „Römische Rechtsgeschichte“ Lipsk 1901. t. 2—i str. 609—610 i 1278—1286.
- VOIGT: „Römische Rechtsgeschichte“, Stuttgart, 1899, 2 — i tom str. 667 sq.
- PUCHTA: „Cursus der Institutionen“, Lipsk, 1893, 2—i tom str. 243-268.

ZRÓDŁA. SŁOWNIKI.

- BRUNS: „Fontes iuris romani antiqui“, edidit... Tubingae, 1909.
- HEUMANN-SECKEL: „Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts“. Jena, 1907.

PRAWO PORÓWNAWCZE—ARTYKUŁY

- KOHLERA: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, tomy 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11—passim.

Inne dzieła będą cytowane w trakcie pracy.

ROZDZIAŁ I.

Poręka a zastaw.

Dla zabezpieczenia wierzytelności służyć mogą dwa środki: poręka i zastaw. W prawie rzymskim długo dawano przewagę pierwszemu, to jest osobistemu podkładowi zabezpieczenia przed drugim, to jest realnym. Dlaczego tak było, na to odpowiedź znajdziemy, wpatrzywszy się w samo życie rzymskie we wczesnych latach istnienia państwa, bo prawo jest wiernem odbiciem stosunków życiowych, jest z nimi nierozzerwalnie związane. Jeżeli w prawie rzymskim instytucja zastawu tak długo nie doznawała zupełnej ochrony prawnej, to znaczy, że była ona obca życiu rzymskiemu, że trzeba było wielkiej ewolucji w stosunkach, przejścia wielu lat, zmian głębokich w strukturze społecznej, aby zastaw wysunąć na plan pierwszy, czasem stawiać go na równi z poręką, czasem nawet ponad porękę, jako od niej lepszy środek, zalecać.

Toteż badając historyczny rozwój zastawu, zaakcentować trzeba jego stosunek do poręki, ten stosunek, który rzuca światło na trudności, jakie życie rzymskie stawiało rozwojowi zastawu, jak z biegiem lat te trudności ustąpiły, bo już przez samych Rzymian nie były rozumiane.

We wczesnych latach istnienia państwa stanowił Rzym gminę drobnych rolników. W tej gminie wszyscy znali się doskonale, każdy był poinformowany o stanie majątkowym swego sąsiada. Wszelka zmiana istniejących stosunków, każda sprzedaż, np., jest wiadoma wszystkim miesz-

esset: deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse (Fr. 14 D. Quib. mod. p. v. h. solv. 20, 6).

Państwo lub gmina miejska wymaga, aby dłużnicy gwarantowali zaspokojenie wierzytelności państwowej lub miejskiej, wynikłej np. ze stosunku najmu-dzierżawy gruntów państwowych przez t. zw. *cautio praedibus praediisque* (poniżej roz. IV § 3). Otóż *cautio praedibus*—postawienie ręczycieli i ich odpowiedzialność ma u Rzymian znaczenie większe od *cautio praediis*, majątkowej odpowiedzialności samego dłużnika. Przynajmniej tak głosi, wydana w r. 122 a. Chr. *lex Acilia repetundarum*, gdzie w rozdziale 57 (Bruns. I 67/68) czytamy, że zabezpieczenie żądań państwa, wynikłych z wyroku skazującego, polega na daniu poręczycieli (*praedes dare*) z zupełnym pominięciem *cautionis praediis*:

121 r. a. Chr. De praedibus dandis bonisve possidendis: iudex, quei eam rem quaesierit, earum rerum, quei ex h. l. condemnatus erit, q (uaestori) praedes facito det de consili maioris partis sententia, quantei eis censuerint. Dopiero, gdy państwo nie otrzymuje poręczycieli, następuje egzekucja na majątku:

Sei ita praedes datei non erunt, bona eius facito puplice possideantur conquaerantur veneant.

Gwarancją wypełnienia wyroku jest według ordynacji miasta Bantia w Lukanji danie przez skazanego kwestorowi ręczycieli.

Lex Latina tabulae Bantinae 2 (Bruns I 54):

a. Chr. 132-117 r. Sei condemnatus erit, quanti condemnatus erit, praedes ad q. urb. det, aut bona eius poplice possideantur facito.

Ustawa dla miasta Tarentu, pochodząca z czasów Cyncerona, głosi, że zanim wybierze się kandydatów na urzędy miejskie, przewodniczący zebrania ludowego ma zażądać poręczycieli od ubiegających się—prawdopodobnie

w celu zabezpieczenia skarbu w razie ewentualnych braków; o zabezpieczeniu majątkowym, dokonaniem przez samego kontrahenta (*cautio praediis*) niema tu mowy:

I w. a. Chr. Quique quomque comitia duovireis aedilibusque rogandis habebit, is antequam maior pars curiarum quemque eorum quei magistratum eis comitiis petent renuntiabit, ab eis quei petent *praedes* quod satis sit accipito.

(*Lex Tarentina* aetatis Ciceronianae w. 14—17. Bruns. I, 120/121).

Ordynacja miejska miasta Malagi w Hiszpanji z 81 r. po Chr. głosi o rękojmiach wymaganych od kandydatów na godności municypalne:

81 r. p. Chr. Si de ea re is praedibus minus cautum esse videbitur, praedia subsignato... (Lex *Malacitana* roz. 60. Bruns I str. 152).

A więc naprzód poręka; dopiero, gdyby ta nie wystarczała, następuje praediorum subsignatio.

W stosunkach prawa prywatnego nie brak nam dowodów, że poręka stoi o wiele wyżej od zastawu pod względem swej wartości: najsilniej akcentuje tę przewagę *Atilicynus*, prawnik będący współczesnym Prokulusowi, a więc żyjący w I-ym wieku po Chr. 1). *Atilicynus* mniema, że we wszystkich stosunkach, nietylko rolnych, jak podkreślali to Kato i Labeo, należy odstąpić od zastawu w razie ofiarowania poręki:

I w. p. Chr. In satisfactione autem non utimur, pisze Ulpjan, *Atilicini* sententia, qui putabat, si *satisdetur* alicui certae pecuniae *recedere* eum a *pignoribus* debere.

(Ulp. I. 73 ad edictum-fr 6 § 2 D. Quib. Mod. P. V. H. Solv. 20, 6).

W niektórych wypadkach aż do końca istnienia klasycznego postępowania rzymskiego przekładano porękę

1) Krüger: Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts. 2 wyd. Monachjum i Lipsk 1912, str. 168; cf. fr. 17 D. de pactis dotatibus 23, 4: „*Atilicinus* Proculo suo salutem“.

nad zastaw. Pretor mianowicie dla zabezpieczenia procedury in iure żądał ręczycieli od strony, nie zadawalając się zastawem:

Praetoriae satisfactiones personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungitur.

(Ulp. l. 14 ad edict. fr 7 D. de stipulat. praet. 46, 5).

W czasach, kiedy pignus stało się już samoistną instytucją prawną, kiedy obok pignus odrębnego znano pignus nieodrębne, zwane później przez pisarzy, żyjących we wschodnich prowincjach państwa, głównie przez Marcjana i Gaja — hypotheca, była jeszcze jedna przyczyna wyższości poręki nad zastawem, choć już zastaw wypierał porękę w wielu dziedzinach obrotu. Wyższość tę poznajemy z ciekawego listu greckiego, jaki przytacza *Cerwidjusz Scewola*. Czytamy tu prośbę dłużnika do wierzyciela, aby zechciał przyjąć, jako zabezpieczenie długu, zastaw a nie poręczyciela (μη βεβαιωτήν, ἀλλ' ὑποθήκην), to znaczy, że wierzyciel wolał poręczyciela od hypoteki (mowa tu o hypotece rzymskiej). Sam list wyjaśnia przyczyny tej wyższości jednej instytucji nad drugą. Dłużnik uroczyście oświadcza, że wierzyciel jest pierwszym, któremu został zastawiony kram (ἡ ταβέρνα) i niewolnicy (οἱ δοῦλοι). A więc obawa przed zwycięstwem zasady zastawnej: prior tempore, potior iure (np. fr. 3 C. Qui pot. 8, 17) skłaniała wierzyciela do żądania poręki zamiast zastawu, gdyż w tym ostatnim wypadku nie był wierzyciel-zastawnik pewny lepszości swego prawa. Przełożenie poręki nad zastaw w tym wypadku niewiele ma wspólnego z przyczynami ogólnymi, jakie przytoczyliśmy powyżej:

„Δανεισάμενος παρὰ σοῦ θηνάρια πεντακόσια παρεκάλεισά σε μὴ βεβαιωτήν, ἀλλ' ὑποθήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν οἶδας γὰρ ἀκριβῶς, ὅτι καὶ ἡ ταβέρνα καὶ οἱ δοῦλοί μου οὐδενὶ κατέχονται, ἢ σοὶ καὶ ὡς ἐδσχήμονι ἀνθρώπων ἐπίστευσας”.

(Scaevola l. 27 digest.-fr 34 § 1 D. de pign. et hyp. 20, 1).

Rozwój egoizmu, wywołany coraz silniejszym rozrostem kapitalizmu, uczynił porękę już bardzo wcześnie, bo pod koniec Rzpl. trudną do zniesienia. Starano się już uchylić od ciężaru poręki; stąd dążność do przywilejów, jakie miały chronić poręczyciela. Te przywileje były coraz większe, słabła odpowiedzialność ręczycieli, ale z drugiej strony sama poręka stawała się coraz bardziej niedogodna w użyciu dla wierzyciela właśnie z powodu tych dobrodziejstw, o których pisze Gajus ¹⁾.

Mianowicie sponsores i fidepromissores byli uwalniani od odpowiedzialności po upływie dwu lat na zasadzie *Lex Furia* ²⁾. Taż sama ustawa zmieniła ich dawniejszą odpowiedzialność in solidum na odpowiedzialność pro parte ³⁾. Na wniosek cesarza Hadrijana złagodzono solidarną odpowiedzialność fidejussora ⁴⁾. *Lex Apuleia* postanowiła, że, jeżeli który z kilku poręczycieli (fidepromissor, lub sponsor) zapłaci całą sumę poręczoną, przysługującą mu actiones przeciw pozostałym o zwrot nadwyżki ⁵⁾. Ustawa ta wobec wcześniejszego wprowadzenia przez *Lex Furia* odpowiedzialności pro parte miała zastosowanie wyłącznie w prowincjach, gdzie nie sięgało prawo *Furjusza* ⁶⁾. *Lex Apuleia* nie dotyczyła także fidejussora ⁷⁾.

Znaczne zmiany w dotychczasowym sposobie przyjmowania poręczycieli wprowadziła *Lex Cicereia*. Ustawa ta wymagała, ażeby ściśle i otwarcie stwierdzono (palam coram pluribus D. 50, 16, 33) ile osób wogóle ręczy (chodzi tu o sponsio lub fidepromissio) i za jaki dług. Gdyby nie spełniono żądania ustawy, następuje stwierdzenie w ciągu dni 30, że ustawa została ominięta, i poręczyciele są wolni ⁸⁾.

¹⁾ Gai 3, 121—124.

²⁾ G. 3, 121.

³⁾ ibidem.

⁴⁾ ibidem.

⁵⁾ G. 3, 122.

⁶⁾ ibidem.

⁷⁾ ibidem.

⁸⁾ G. 3, 123.

Najważniejszym jednak ze wszystkich przywilejów, jakimi cieszyła się poręka jest t. zw. *beneficium legis Corneliae*, którego autorem był prawdopodobnie L. Cornelius Sulla (138—78). Ustawa ta opiewa co następuje:

...qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in amplio rem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia; et quamvis sponsores vel fidepromissores in amplam pecuniam velut in tertium C milia se obligaverint, tamen dumtaxat in XX milia tenentur (G. III 124).

Beneficium legis Corneliae wskazuje z jednej strony na częstość poręki, z drugiej zaś na dążności ku uchyleniu jej ciężaru pewnie w myśl nowych zasad. Chociaż tedy Rzymianie dzięki przeszłości dążyli ku poręce, to jednak instytucja zastawu stała się wreszcie od poręki znacznie wygodniejsza. Prawnicy rzymscy głoszą to w wielu fragmentach; zależnie od osobistych, zapatrywań danego prawnika niektórzy otwarcie stwierdzają wyższość zastawu nad poręką, inni stawiają te dwa środki zabezpieczenia wierzytelności w jednym rzędzie. Do pierwszych należy Sextus Pomponiusz, żyjący za Hadrjana i Antonina Piusa, właśnie za tego Hadrjana, który o tyle ulżył stanowisku poręczycieli. Pomponiusz powiada:

Plus cautionis in re est quam in persona.

(Pomp. I. 11 ad Sabinum-fr 25 D. De div. reg. 50, 17).

Gajus, Marcellus, Scewola, Papinjan, Ulpjan stawiają zastaw i porękę na równi:

Gajus (zm. p. Chr. 178) pisze:

...qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti *expromisore aut pignore dato*...

(Gaius I. 28 ad edictum provinciale-fr 53 D. de contr. empt. 18, 1).

Marcellus (zm. p. Chr. 175):

ob triginta nummos pecuniae creditae fideiussorem in viginti dedi et pignus...

(Marc. I. 31 digestorum-fr 73 D. de solut. 46, 3).

Cerwidjusz Scewola:

Titius... dedit *pignori* sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium...

(Scaev. I. 7 digestorum-fr. 81 D. de contr. empt. 18, 1).

Papinjan:

creditor pignus distrahere non cogitur, si fideiussorem simpliciter acceptum omisso pignore velit convenire.

(Pap. I. 3 responsorum-fr 51 § 3 D. de fideius. 46, 1).

W stosunkach ze skarbem cesarza (fiscus) jedynym zabezpieczeniem teraz staje się zabezpieczenie rzeczowe.

W napisanym pewnie w końcu II-go lub na początku III-go wieku po Chr. fragmente de iure fisci § 5 czytamy:

Bona eorum qui cum fisco contrahunt lege vauaria velut pignoris iure fisco obligantur, non solum ea, quae habent sed et ea, quae habituri sunt.

(Girard: Textes de droit romain. Paryż 1903, st. 471).

W trzecim wieku po Chr. znano już zastaw ustawowy na majątku obywatela, prowadzącego interesy ze skarbem. Oto, co głosi wydany w roku 214 p. Chr. reskrypt cesarza Antonina:

Certum est eius, qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur.

(2 C. in quib. caus. p. tac. con. 8, 14).

O tych samych stosunkach pisze Ulpjan:

Praeterea prospicere debet (sc. curator rei publicae), ne pecuniae publicae credantur sine pignorbis idoneis, vel hypothecis.

(Ulp. I. singulari de officio curatoris rei publicae-fr. 33 § 1 D. de usuris 22, 1).

Stanowisko Ulpjana jest już wręcz różne od przytoczonego powyżej zdania Atylicyna:

In satisfactione autem non utimur Atilicini sententia... (powyżej str. 11).

A w jednym z fragmentów tego pisarza znajdujemy bardzo charakterystyczne dla odmalowanej tutaj ewolucji zdanie:

Si quis constituerit se pignus daturum, cum utilitas pignorum *inreperit*.

(Ulp. 27 ad edictum fr. 14 § 1 D. de pec. const. 13, 5).

Tak, rzeczywiście, pożytek, płynący z zastawu, wcisnął się w głąb prawa rzymskiego, razem z falą nowych stosunków obrotu, który nie dozwalał już na dawne, powszechne używanie poręki. Ale ten opór, jaki przeciwko wciśnięciu się nowych pojęć stawiało prawo rzymskie, tłumaczy nam, dlaczego instytucja zastawu rozwinęła się dość późno i, odtwarzając jej początki, nie możemy sięgać zbyt daleko w przeszłość dziejową prawa rzymskiego.

ROZDZIAŁ II.

Pignus—etymologia i znaczenia wyrazu.

§ 1.

Etymologia rzeczownika pignus.

Dla wszelkiego badania historyczno-prawniczego metoda filologiczna jest niezbędna. Ścisłe zrozumienie źródła jest konieczne dla wyprowadzenia jakiegokolwiek prawdziwej koncepcji; „sumienne studjum filologiczne, pisze Langlois¹⁾, powinno poprzedzać historyczne badanie, o ile tylko źródła, z których się ma korzystać, nie są pisane nowożytnym językiem i zrozumiałe bez trudności“. Jeżeli zwłaszcza wyraz dany ulegał pod względem znaczenia swego rozlicznym zmianom, to pojęcie prawdziwe tekstu nie jest możliwe bez stwierdzenia, co właściwie oznacza słowo, o które chodzi, w danym miejscu źródła. Często można przez analizę osnowy danego rzeczownika, czy czasownika stwierdzić jego znaczenie ogólne, z którego znaczenia szczegółowe dadzą się łatwo wyprowadzić. Przy rozpatrywaniu rozwoju historycznego zastawu (pignus) w prawie rzymskim spotykamy się właśnie z różnorodnością znaczeń słowa pignus; z jednej strony jest rzeczą niesłychanie ważną wyeliminować znaczenie, które nas tutaj interesuje—mianowicie pignus (rzecz zastawna) od innych znaczeń tego wyrazu, których

¹⁾ Langlois i Seignobos: Wstęp do badań historycznych, przekł. polski, Lwów 1912, str. 55.



jest wielka ilość, gdyż w przeciwnym razie moglibyśmy dojść do fałszywych wniosków, opierając się na znalezionym w tekście słowie *pignus*, mogącem mieć znaczenie całkiem różne od poszukiwanego, a często nawet nieprawnicze. Z drugiej strony etymologia wyrazu, prawidłowo zrozumiana, daje nam możliwość ustalenia owego ogólnego pojęcia *pignus*, które tłumaczy nam znaczenia szczegółowe.

Jesteśmy w tem szczęśliwym położeniu, że mamy przed sobą etymologję, rzekłbym, tradycyjną wyrazu *pignus*, popartą przez autorytet Gaja:

Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

(Gaius I. 6 ad legem duodecim tabularum—fr. 238 § 2 D. de verb. sign. 50, 16).

Etymologia Gaja: *pugnus* (pięść, kułak, garść)—*pignus*, zastaw rękodajny utarła się w literaturze niemieckiej przez oznaczenie *pignus*—*Faustpfand*.

Po wmyśleniu się jednak bliższem w tekst przytoczony Gajusa rodzą się pewne refleksje na temat wyprowadzonej przez niego etymologii; refleksje te są natury: a) filologicznej, b) logicznej, jako wynik analizy tekstu.

Pierwsze refleksje jasno wskazują, że etymologia: *pignus*—*pignus* oparta być może jedynie na przygodnem podobieństwie wyrazów; dlaczego *pignus* miało powstać ze słowa *pugnus* przez zamianę samogłoski osnownej *u* na *i*, zamianę, powiedzmy nie popartą przez jakikolwiek inny wypadek, gdzieby pochodne od *pugnus* słowo ujawniło choćby już nie przejście *u* w *i*, ale jakąkolwiek wymianę samogłoski *u* na inną—dlaczego to jedno słowo (*pignus*) miałoby się tak różnić od całej grupy wyrazów, do których należy *pugnus* (jak np. *pugil*, *pugio*, *pugna*)—wytłomaczyć sobie nie możemy.

Refleksje natury logicznej opierają się na krytyce tekstu. Zdanie: „unde etiam videri potest, verum esse, quod qui-

dam putant *pignus proprie rei mobilis constitui*“ zdaje się dominować nad tekstem, nadawać mu charakter pewnego składniowego przedstawienia (inwersji). Wydaje się, jakoby główna myśl zawierała się w słowach powyższych, a etymologia, która w tym rozdziale (de verborum significatione) winna posiadać znaczenie decydujące, była jakgdyby nagięta do owego: „verum esse, quod quidam putant“—w celu uzasadnienia panującej częściowo opinii: „*pignus proprie rei mobilis constitui*“. Etymologia Gaja ma znaczenie duże, ale na zupełnie innem polu, na polu poszukiwania historycznego i z niej możemy wyciągnąć wniosek, że punktem wyjścia w rozwoju zastawu był zastaw rękodajny, że, mimo dawnego wyłonienia się *pignus* nierękodajnego, samo to słowo: *pignus* w swej istocie (*proprie*) oznacza zrazu wyłącznie zastaw rękodajny i skorzystamy z tej etymologii w skreśleniu historycznego obrazu zastawu, ale dla zrozumienia różności znaczeń słowa *pignus*—etymologia Gaja nie wystarcza, jest niesłuszna i na innej drodze, poparci przez reguły językowe, wyprowadzić możemy prawdziwe pochodzenie wyrazu.

Ten sam Gajus, który podał przypuszczalną etymologję wyrazu *pignus*, scharakteryzowaną powyżej, w innem miejscu podaje ciekawe połączenie rzeczownika *pignus* i czasownika *pangere*, połączenie, które może rzucić światło na pochodzenie wyrazu:

Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, apiscendae possessionis causa comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

(G. IV 147).

To zestawienie: *pangere*—*pignus* zastanawia i zadajemy sobie pytanie, czy niema pomiędzy owymi słowami związku gramatycznego. Większość dzisiejszych pisarzy, zajmujących się zastawem w prawie rzymskiem, przyznaje jednomyślnie łączność pochodną: *pangere*—*pignus*; tłumaczenia

jednak tej łączności nie znajdujemy¹⁾. Zobaczmy, czy ten związek nie da się uzasadnić według prawideł języka. W tym celu należy zbadać czasownik grecki *πήγνυμι*. Czasownik ten należy do grupy słów, które zmieniają osnowę na skutek tak zwanej wymiany samogłoski (metathesis). Stąd takie formy tego czasownika, jak *ἐπαγγην, παρήσομαι, πέπηγα*, utworzone od dwóch osnów *πηγ-, παγ-*. Znaczenie czasownika: utwierdzam, na stronie zwrotnej: *πήγνυμαι* twardnieję, zamierzam²⁾. Stwierdziliśmy zatem, że czasownik *πήγνυμι* zmienia osnowę; że zmiany te wogóle są możliwe. W języku łacińskim odpowiada greckiemu słowu czasownik *pang—o*, *pang—si*, *pang—tum*, *pang—ē—rē*, o osnowie *pang—*, lub dawniejsze archaiczne słowo *pāg—o*, *pēg—i*, lub *pē—pīg—i*, *pag—tum*, *pāg—ē—rē*. Osnowa tego ostatniego czasownika jest *pag—*, ale w perfekcie spotykamy się z reduplikowaną formą *pē—pīg—i*, której osnowa *pīg* — wskazuje, że czasownik *pagere* może zamieniać samogłoskę *a* na *i*, nawiasem dodam, że jest to pochylenie doysć częste w języku łacińskim, zwłaszcza w złożeniach, np. *facio—conficio*, *ago—redigo* i t. d. A więc na filologicznej drodze doszliśmy do wniosku, że *pignus* pochodzić może od *pagere* i rzeczywiście pochodzi,

¹⁾ Dernburg op. cit. 49: „In Wirklichkeit stammt pignus von pago oder pango, perf. pepigi, griechisch *πήγνυμι* befestigen”.

Jourdan op. cit. str. 86 uw. 6: „Pignus vient du grec *πήγνυμι* fortifier, consolider. Aux trois formes grecques *πάγω, πήγω, πήγνυμι* correspondent aussi trois formes latines: *pago, pango, paciscor...*”

Manigk: Pfr. Unters. str. 5: „Pignus ist vielmehr stammverwand mit pango d. i. befestigen, sichern”.

Herzen. Origine, str. 15: Il (le mot pignus) se rattache étymologiquement au verbe *pago* ou *pango*, *pepigi* en grec *πήγνυμι* qui signifie enfoncer, fixer, consolider.

Totius Latinitatis Lexicon... a Josepho Furlanetto cura... Doct. Vincenti De Vit. Prati 1868. v. *pignus*... rectius fortasse duxeris cum Kärcher... a Graeco *πήγω* seu *πήγνυμι*—*pango*, *defigo*, *stabilio*.

²⁾ Fiderer: Gramatyka języka greckiego. Lwów 1909; § 121 Nr. 4.

a pochodzenie to tłumaczy nam wszystkie nieznanne dotychczas kwestje.

Znaczenie czasownika *pagere* (*pangere*) jest równoznaczne ze znaczeniem słowa *figere* — wbijać, umacniać. W historii rzymskiej Liwjusza czytamy:

...Clavo ab dictatore fixo... (Ab urbe cond. 7, 3, 4).

a niżej:

Lex vetusta est, priscis litteris verbisque scripta, ut, qui praetor maximus sit, idibus Septembribus clavum *pangat* (Ibid. 7, 3, 5),

Dalej zaś:

Volsiniis quoque *clavos* indices numeri annorum *fixos* (ibidem 7, 3, 7).

lub:

...sollemne *clavi figendi* (ibid. 7, 3, 8).

Słowo *pignus* tedy, jako pochodne od czasownika *pagere*, oznacza poprostu środek, służący ku wzmocnieniu, czynnik utwierdzający. Z tego ogólnego znaczenia łatwo wytłumaczyć sobie inne, szczególne, których przeglądem zajmujemy się teraz. Doskonałe pole dla opracowania różnorodności interesującego nas rzeczownika przedstawiają komedje Plauta. Jakkolwiek Titus Maccius *Plautus* (ur. koło 260 r. a. Chr.) wyprowadza na scenę sylwetki Greków, daje bohaterom greckie imiona, fakturę sceniczną zapożycza z Grecji, to jednak utwory jego rozgrywają się na tle życia rzymskiego i przechowują nam ważne wiadomości z dziedziny rzymskiego prawa. W komedjach Plauta słowo *pignus* ma cztery główne znaczenia: 1) zadatek, 2) zakład, 3) rzecz, będąca przedmiotem *pignoris capio*, 4) rzecz zastawna. Zajmiemy się po kolei temi znaczeniami w tym celu, aby odrazu wyrugować z pracy naszej te wypadki, w których rzeczownik *pignus* nie oznacza rzeczy zastawnej. Już *Demelius*¹⁾ zwraca uwagę na zupełnie nieokreślone znaczenie, jakie posiada słowo *pignus* w komedjach Plauta: „...die sehr allgemeine, ganz wage Bedeu-

¹⁾ Plaut. Stud. str. 227.

tung, welche der Ausdruck *pignus* bei Plautus noch hat". W dalszym ciągu dochodzi autor do wniosku prawdziwego, nie wynikającego jednak z nieustalonej terminologii słowa: „...eine derartige, jeder juristischen Prägnanz entbehrende Terminologie ist aber... ein sicherer Beweis dafür, dass das *pignus* als ein individuelles, durch besondere Klage geschütztes Geschäft noch nicht bestand". Wniosek jest słuszny: za czasów Plauta *pignus* nie było jeszcze samodzielną instytucją prawną, nie doznawało dla siebie oddzielnej ochrony prawnej, ani nie znano jeszcze *contractus pigneratitius*, ale to nie wynika z terminologii, która wywołana została ogólnym znaczeniem słowa *pignus* (środek utwierdzający, zabezpieczający). Przecież i znacznie później Wergiljusz używa słowa *pignus* w znaczeniu zakładu (Bucol. 3), choć za Augusta rozwój zastawu od czasów Plauta posunął się znacznie naprzód, a Labeo w każdym razie zna już *contractus pigneratitius* (cf. D. 42, 8, 6, 6), a prawdopodobnie także rzeczową akcję ku ochronie *pignus* — prawa rzeczowego na rzeczy cudzej.

Costa¹⁾ rozróżnia także między znaczeniem *pignus* — zastaw, *pignus* — zadatek i *pignus* — zakład.

§ 2.

Pignus — zadatek.

Nie dziwi nas to wcale, że *pignus* może oznaczać zadatek, jeżeli przypomnimy sobie, że pierwotne konsensualne kontrakty opierały się wyłącznie na nieformalnym porozumieniu stron, nie rodząc skarg o dopełnienie zobowiązania. Zadatek tedy, dany przez jedną stronę drugiej, jak gdyby konsolidował umowę. Słowo *πίπνον* ma właśnie znaczenie konsolidowania czegoś jeszcze zupełnie płynnego²⁾. Ewentualna strata zadatku przez drugą stronę mo-

¹⁾ Il dir. priv. str. 259 i 260.

²⁾ Pape: Griechisch - Deutsches Handwörterbuch. Brunświk, 1914, str. 608: „etwas Losen, Bewegliches befestigen, hineinstossen..."

gła na nią wyrzucić presję w celu dopełnienia świadczenia. Zdaje się, że pierwotna umowa kupna-sprzedaży była ważna tylko w razie poparcia jej zadatkiem. Łatwo więc jest zrozumieć, dlaczego *pignus* i *arra* (zadatek) u Plauta tak często się wymieniają:

Sed *arraboni* has dedit quadraginta minas (Mostel. 3, 1, 114 — w wydaniu Goetza i Schoella Lipsk. 1913, str. 36).

Quadraginta etiam dedit huic, quae essent *pignori*. (Mostel 4, 2, 62 — Goetz et Schoell — str. 55).

Quas *arraboni* tibi dedit
(Mostel 4, 3, 21 — ibid. str. 57).

W przytoczonych fragmentach komedji chodzi po prostu o danie w postaci zadatku na kupno 40 min, która to suma stanowiła trzecią część ceny sprzedażnej dwóch talentów (120 min.) Mimo to niekiedy przekłada się fałszywie słowo *pignus* we wspomnianych fragmentach przez zastaw. I tak np. tłumacz komedji Plauta Binder¹⁾ przekłada fr. 4, 2, 62: „Gab er nicht achthundert Taler gleich zum *Pfande* drauf?", a niżej str. 93 w tej samej komedji 4, 3, 21 — przy omówieniu tego samego wypadku pisze: „Die er als *Angeld* dir bezahlt?".

Inne przykłady, gdzie słowo *arrabo* równa się w znaczeniu *pignus*, lub odwrotnie podane są u Costy²⁾.

Oddzielne stanowisko zajmuje słowo *pignus* i *arrabo* w komedji „*Poenulus*” (5, 5, 5 sq i 5, 6, 22), o której później będzie mowa.

§ 3.

Pignus — zakład.

Można zrozumieć z łatwością, że słowo *pignus* używane bywa w znaczeniu zakładu, jeżeli uprzedzimy sobie, że zakład służy w celu wzmocnienia twierdzenia, a słowo

¹⁾ Langenscheidtsche Bibliothek sämtlicher Gr. und Röm. Klassiker w 70 tomie na str. 90.

²⁾ Op. cit. str. 261.

pagere właśnie w sobie ten pierwiastek utwierdzający posiadania.

W komedjach Plauta spotykamy się z wyrażeniem *pignus dare cum aliquo* w znaczeniu zakładać się z kim. Rzecz ruchoma bywała w takich wypadkach składana w formie depositum u trzeciej osoby, która zależnie od wyniku zakładu zwracała rzecz deponentowi, lub oddawała ją wygrywającej stronie przeciwnej, czyniąc tę stronę właścicielem zakładu w imieniu deponenta¹⁾.

Sam Plautus w komedji „Casina” wzywa do zakładu:

Id ni fit, mecum *pignus*, si quis volt *dato*
In urnam mulsi, Poenus dum iudex siet
Vel Graecus adeo, vel mea causa Appulus.

(Casina 75—w wydaniu Ussinga, Hauniae, 1887 t. 3 cz. I str. 7).

W komedji „Epidicus” widzimy nowy przykład zakładu—*pignus* (Epid. 5, 2, 34 sq.):

Epid.: Aio. Vel *da pignus*, ni ea sit filia.

Periph.: Quam negat novisse mater?

Epid.: Ni ergo matris filias in meum nummum in tuum talentum *pignus da*.

(W wydaniu Ussinga t. 3 cz. II, Hauniae, 1880 str. 59/60).

Epidikus trzyma zakład dwóch drachm²⁾ przeciw talentowi Peryfanesa.

W komedji „Poenulus” czytamy:

Agorastocles: *Da pignus*, ni nunc perieres

(Poen. 5, 4, 72—wyd. Goetz i Schoell t. 5, Lipsk, 1896 str. 196).

W innych komedjach (Persa 2, 2, 4—6; Trucul 2, 2, 18—20) spotykamy dalsze przykłady znaczenia słowa *pignus*—zakład.

¹⁾ Demelius, op. cit. str. 228.

²⁾ Binder op. cit. 73 tom str. 78 tłumaczy, że nummus u Plauta ma się zawsze równać dwom drachmom.

§ 4.

Pignoris capio i legis actio per pignoris capionem.

Pozostawiam tu narazie otwartą kwestję stosunku *pignoris capio* do *pignus* na tle porównawczego prawa, a więc np. łączności między t. zw. *genommenes Pfand* a *gesetztes Pfand*.

Kwestja ta może stanowić temat oddzielnej dysertacji.

§ 5.

Pignus in causa iudicati captum; pignus praetorium.

Do *pignoris capio* zbliża się *pignus in causa iudicati captum*. Jest to zastaw powstały w postępowaniu egzekucyjnym i polega na zajęciu poszczególnych rzeczy dłużnika w celu zaspokojenia wierzyciela, przyczem osobne przepisy określają, jakie kolejno przedmioty mają ulec egzekucji, poczynając od ruchomości i niewolników, skończywszy na prawach, przysługujących dłużnikowi¹⁾. Z uzyskanej przez sprzedaż zastawu sumy pieniężnej wierzyciel zostaje zaspokojony i tylko wyjątkowo uzyskuje własność na przedmiocie egzekucji, zwłaszcza jeżeli nie znalazł się odpowiedni nabywca na skutek podstępu dłużnika²⁾.

Wobec względnie późnego rozwoju egzekucji majątkowej, szczególnie na pojedynczych rzeczach, a zwłaszcza że przy powstaniu tego zastawu nie ma miejsca swobodne wyjawienie woli stron, jak przy interesującej nas instytucji—*pignus in causa iudicati captum* nie posiada dla nas większego znaczenia.

Pignus praetorium powstaje z rozporządzenia pretora, a polega na wprowadzeniu uprawnionego w posiadanie majątku dłużnika (*missio in possessionem*) z jakiegokol-

¹⁾ Fr. 15 § 2 D. de re iud. 42, 1.

²⁾ I. 3 C. si in causa iud. 8, 22; co do innych kwestji cf. tit. C. 8, 22; si in causa iud.; fr. 31. fr. 58. D. de re iud. 42, 1; fr. 10 D. qui potiores 20, 4; fr. 74 § 1. 2. D. de evict. 21, 2; I. 7. 8 C. Q. res. 8, 16 etc.

wiek tytułu n. p. legatorum servandorum causa¹⁾). Najlepiej charakteryzuje różnicę między *pignus praetorium* a zastawem z umowy Justynjan. Ograniczymy się do przytoczenia jego zdania:

Veteris iuris dubitationem decidentes ad duplum genus hypothecarum respeximus; unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur, a dalej:

...in conventionalibus pignoribus, vel hypothecis...
et in praetorio pignore.

(l. 2 pr. § 1 C. de praet. pignore 8, 21).

Zostaje tu podkreślony umowny charakter interesującego nas zastawu; ten umowny charakter występuje zresztą bądź przy zastawie rękodajnym, bądź nierękodajnym; *pignus praetorium* natomiast opiera się na rozkazie władzy²⁾.

§ 6.

Inne znaczenia rzeczownika *pignus*.

Na zakończenie dodamy, że rzeczownik *pignus*, jako środek utwierdzający, wzmacniający może być użyty w przenośni w znaczeniu nieprawniczym, zwłaszcza w poezji. Jeżeli u Horacego czytamy:

Pignusque dereptum lacertis

Aut digito male pertinaci,

(Carmina 1, 9),

¹⁾ tit. C. 6, 54 ut in posses...

²⁾ Bez umowy stron może także powstać zastaw (*pignus*) na osobie, wykupionego z niewoli u wroga na korzyść tego, który go wykupił. Źródła określają ten zastaw, jako *vinculum pignoris* (Fr. 43 § 3 D. de leg. 1), lub *veluti naturalis pignoris vinculum* (l. 2 § 1 C. de postl. 8, 50). Prawo rzymskie zna także zastaw ustawowy, ale ten rozwinął się dość późno z zastawu umownego; źródła podkreślają, że zastaw taki powstaje *tacita conventionem* (n. p. fr. 4 pr. D. in quib. 20, 2; fr. 3 eod. i t. d.). Prawo retencji niejednokrotnie również nazwane jest *pignus* np. fr. 15 § 2 D. de furt. 47, 2: *quasi pignoris loco ea res fuit*.

to tutaj *pignus* oznacza pierścioneł, lub naramiennik, noszony przez dziewczynę—trwałą oznakę.

Owidyusz używa rzeczownika *pignus* w liczbie mnogiej na oznaczenie węzła miłości małżeńskiej — dzieci, potem wnuków. Tak n. p. nieszczęśliwa Altea, poświęcając piekło na ofiarę swego syna Meleagra, woła z rozpaczą:

Accipite inferias, uteri mala pignora nostri.

(Met. 8, 490).

W innym miejscu czytamy:

..... huc adde genus de coniuge tanta

Tot natas natosque et *pignora* cara, nepotes

(Met. 3, 133. 134).

Stąd syn adoptowany przyjęty zostaje: „ad vicem naturalis pignoris“¹⁾.

W ten sposób, stwierdziwszy różnorodność znaczeń rzeczownika *pignus* i, wyrugowawszy poza nawias pracy naszej wszystko to, co nie tyczy się zastawu, powstałego przez porozumienie stron, danego przez dłużnika wierzycielowi w celu zaspokojenia jego wierzytelności, przystępujemy do skreślenia obrazu *pignus* za najdawniejszych czasów.

¹⁾ l. 4 C. de decurionibus 10, 32: „ad vicem naturalis pignoris tibi adscribebas“.

ROZDZIAŁ III.

**Pignus—zastaw za najdawniejszych czasów
(przed Lex Aebutia).**

§ 1.

Kwestja okresu powstania pignus.

Gdzie szukać początku zastawu—pignus? Kiedy raz pierwszy zaczęto używać zastawu na zabezpieczenie wierzytelności? Te pytania, co do daty, muszą pozostać retorycznymi, jeżeli nie chce się budować hipotez opartych na nietrwałych przesłankach¹⁾. Już wyżej (rozdział I) wspomnieliśmy, że pignus powstało prawdopodobnie w obrocie z peregrynami, w ius gentium, może pod wpływem obcych pojęć, które wtargnęły do życia rzymskiego i łącznie ze wzmożonymi stosunkami handlowymi pomiędzy obywatelami i nieznanym mu peregrynem kazały przełożyć zastaw nad porękę. W dalszym rozwoju przyjmuje się pignus i pomiędzy obywatelami, stając się coraz bardziej używaną i potrzebną instytucją.

Nie można wykazać datami powstania jakiejkolwiek instytucji prawnej i nie kusimy się tu wcale o to, wystarczy, jeżeli podamy epokę, w której przypuszczalnie rozwinać się mogło pignus. Gdy uprzytomnimy sobie że w r. 241 a. Chr. obrót z peregrynami doszedł do takich rozmiarów, że wywołało to potrzebę ustanowienia oddzielnego pretora

¹⁾ Naber: *Observatiunculae*.... str. 222—223.

dla peregrynów, że urodzony około roku 260 a. Chr. T. Maccius *Plautus* zna już doskonale pignus—zastaw, że znają ten zastaw, już o pewnym specyficznym zabarwieniu formularze *Katona Starszego* (234—149), to skłonni jesteśmy twierdzić, że okresem prarozwoju zastawu był czas wojen samnickich o panowanie nad Italią, w którym to czasie zetknięcie się z elementem obcym musiało być silniejsze. Są to, oczywiście, również hipotezy, gdyż żadnych pomników, któreby mogły poprzeć nasze zdanie, niestety, nie posiadamy. Niekiedy spotkać się można ze zdaniem, że pignus powstało w ius civile i zatem, że można je znaleźć w ustawie XII tablic. Pomijając już kwestję, jak pignus, pozbawione wszelkich formalności, mogło powstać w surowem i skostniałem prawie obywatelskiem i to wbrew duchowi starorzyskiemu, który dawał pierwszeństwo poręce, zaznaczyć trzeba, że zwolennicy tego poglądu, jako jedyny dowód istnienia *pignus* w ustawie XII tablic, przytaczają nagłówek fr. 238 D. De verborum significatione 50, 16; w paragrafie drugim tego fragmentu podana jest etymologia Gaja: „pignus appellatum a pugno“, gdy tymczasem brzmienie nagłówka fragmentu jest następujące:

Gaius libro sexto ad legem XII tabularum¹⁾.

Nie odtrącamy tutaj zdania, jakoby pignus nie miało się znajdować w ustawie XII tablic. Ale jakie pignus? Wdzieliśmy jak rozmaite znaczenia posiada ten rzeczownik. Czemuż przypuszczać wbrew przytoczonym wyżej dowodom, że właśnie zastaw był przedmiotem rozważań jednej z tablic? Przeciwnie, mamy świadectwo tego samego Ga-

¹⁾ Kuntze: *Zur Gesch. des röm. Pfandrechts*, tom I. str. 15 „...das pignus traditum...“ uw. 1 wohl schon den XII Tafeln bekannt: G. I. 6 ad legem XII tabul. fr. 238 D. De V. S.“.

Natomiast Dernburg (op. cit. str. 47) stoi na stanowisku nieistnienia zastawu w ustawie XII tablic: „in den XII Tafeln wurde sehr wahrscheinlich seiner nicht gedacht“. Naber (op. cit. str. 214): „itaque lex XII tabul.... captum pignus confirmat, traditum non confirmat“. Herzen (op. cit. str. 28).

jusa, że ustawa XII tablic zajmowała się instytucją *pignoris capionis*:

Lege autem introducta est pignoris capio, velut lege XII tabularum.... (Gai 4, 28).

W wydaniu ustawy u Brunsza umieszczone są te słowa na pierwszym miejscu XII-ej tablicy (Bruns I str. 39).

Mogłaby powstać wątpliwość innego rodzaju: *pignus* — zastaw istniało w ustawie XII tablic, bo Gajus swą etymologię pod wyżej wspomnianym nagłówkiem stosował do zastawu, a nie do *pignoris capio*. Ale nie znamy treści komentarza Gajusa do ustawy XII tab. Prawdopodobnie Gajus, rozważając *pignoris capionem*, która odnosiła się wyłącznie do ruchomości, a miała charakter zabierania własnymi rękoma przez uprawnionego jakiegoś przedmiotu, wpadł na pomysł wyprowadzenia rzeczownika *pignus* w *pignoris capio* od garści, a mając na widoku główne użycie zastawu w formie *pignus* do rzeczy ruchomych, wyłomaczył w ten sam sposób zdanie pewnej ilości prawników (*quidam putant*).

Pisze się także często¹⁾, że w *foedus Latinum*, sojuszu, podpisanym w roku 492 a. Chr. przez Sp. Kasjusza wspomniano o zastawie prawa prywatnego, a dowodem ma być tutaj słownik Festusa:

Nancitor in XII „nactus erit“, praenderit. Item in foedere Latino: „Pecuniam quis nancitor, habeto, et: „Si quid *pignoris* nasciscitur, sibi habeto“.

(Festus v-o nancitor-Bruns II str. 16).

Zdanie to znowu wywołało ożywioną dyskusję. Zwolennicy istnienia zastawu—*pignus* w ustawie XII tablic nie mieli wątpliwości, że i w *foedus Latinum* znalazła się wzmianka o zastawie w stosunkach prawa prywatnego. Nie wiemy dobrze, jakie znaczenie posiada słowo *pignus* w *foedus Latinum*, jednakże trudno nam przypuszczać, aby cho-

¹⁾ Rudorff: „Ueber die Pfandklagen“, str. 192; Kuntze (op. cit. str. 15, uw. 1).

dziło przy zawieraniu sojuszu o rozstrzygnięcie jakichś kwestji z dziedziny prawa prywatnego; może tu chodzi o zdobycz wojenną, którą strony zatrzymują do czasu uzyskania okupu, a więc, jakby w charakterze zastawu¹⁾, może o przedmioty *pignoris capionis*, które każdy z umawiających się narodów ma prawo zachować wyłącznie dla siebie²⁾, tego przy dzisiejszym stanie wiadomości naszych i pomników prawa z owych czasów stwierdzić napewno nie możemy. Z wyłomaczenia istoty *pignus* w *foedus Latinum* rezygnuje Herzen³⁾. W każdym razie wobec różnorodności znaczeń słowa *pignus* byłoby lekkomyślnością twierdzić, że w roku 492 a. Chr. w stosunkach prawa publicznego, przechowanych nam przez sojusz łaciński mamy do czynienia z zastawem prawa prywatnego, zwłaszcza wobec tych wszystkich argumentów, jakie powyżej przytoczyliśmy, wskazujących, kiedy i w jakich warunkach mogła się rozwinąć interesująca nas instytucja.

§ 2.

Pignus—zastaw u Plauta.

Dopiero komedje Plauta przedstawiają dla nas pole badania. W nich najwcześniej spotykamy się z zastawem, do nich przejdziemy i postaramy się scharakteryzować *pignus* za czasów Plauta.

W komedji „*Pseudolus*“ niewolnik tego imienia oświadcza swemu panu Kallidorusowi, że nie mógłby uzyskać dla niego pożyczki jednej drachmy, chociażby się sam oddał w zastaw. Chodzi tu o krótkoterminowy kredyt, w danym przykładzie, jednodniowy:

¹⁾ Girard: Manuel, 770 uw. 2.

²⁾ Zdanie to zwalcza Rudorff op. cit. str. 193, nie przytaczając jednak rozstrzygających przeciwdowodów.

³⁾ Op. cit. str. 28: „...Il faut le reconnaître... et renoncer à vouloir savoir ce que nous ne sommes pas en mesure de savoir“.

Callidorus: Actumst de me *hodie*. Sed potes nunc
mutuam

Drachumam dare unam mihi, quam
cras reddam tibi?

Pseudolus: Vix hercle, opinor, si me *opponam*
pignori.

Sed quid ea drachuma facere vis?

(Pseud. 1, 1, 85 sq.—wyd. u Goetza i Schoella
t. VI. 1896 str. 9).

W sztuce „Captivi” sługa Tyndarus dostaje się wraz ze swym panem Filokratem do niewoli u wroga; wobec tego jednak, że syn ich zdobywcy wojennego Hegiona wpadł ze swej strony do niewoli wojennej i znajduje się w ojczyźnie Filokrata, jeden z pojmanych ma się udać do domu, aby dokonać wymiany jeńców. Filokrates oszukuje Hegiona i, udając niewolnika, odjeżdża do ojczyzny. Tyndarus na odchodnym nakłania go, aby nie zapomniął o nim, bo życie Tyndara jest jak gdyby dane w zastaw za Filokratesa:

Tyndarus: Sed, te queso, cogitato hinc mea fide
mitti domum

Te aestimatum, et meam esse vitam
hic pro te *positam pigneri*

Ne tu me ignores, quom extemplo
meo e conspectu abscesseris...

Tuque te pro libero esse ducas, *pignus*
deseras.

(Capt. 2, 3, 72, sq.—wyd. u Goetza i Schoella
t. II. 1904 str. 80).

Jeżeli jednak nie ma tu miejsca zastaw we właściwym tego słowa znaczeniu to jednak jest pojęcie bardzo doń zbliżone, prawie wyraźna aluzja. Mimowoli przypomina się podana w sztuce „Poenulus” aluzja do legis actio per pignoris capionem:

Ubi nec leno neque illae redeunt nec quod edim
quicquam datur

Pro maiore parte prandii *pignus cepi*, abii foras
Sic dederó, *aere militari* tetigero lenunculum.

(Poen, 5, 5, 5 sq. Wyd. u Goetza i Schoella,
Lipsk, 1896, t. 5, str. 199).

Żołnierz Antemonides, nie otrzymując obiecanego posiłku, zabiera sobie rzecz ruchomą, jako wynagrodzenie za straconą minę. Oczywiście jest to proste złodziejstwo, nie zaś pignoris capio, a jednak spotykamy tu techniczne wyrażenia (*pignus cepi*, *aere militari*) — jest to więc aluzja do pignoris capio, to też, jakkolwiek w komedji „Captivi” niema miejsca prawniczo zastaw i *pignus* w tej sztuce występuje w ogólnem znaczeniu środka utwierdzającego, to jednak z ogólnej treści fragmentu wynika, że i słowa Tyndara są aluzją do prawniczego zastawu.

W innem miejscu tej samej sztuki Hegio, dowiedziawszy się o przebraniu Filokrata i o tem, że, jako zastaw, pozostał mu Tyndarus, woła gniewnie:

Satin me illi hodie scelesti capti ceperunt dolo.

Illic servom se assimilabat, hic sese autem liberum.

Nuculeum amisi, reliqui *pigneri* putamina.

(Captivi: III, 4, 120 sq.—wyd. u Goetza i Schoella
t. 2. 1904 str. 90—91).

I znowu wzmianka o *pignus*. W pierwszej cytowanym fragmencie zachodzi ponadto wyrażenie: „*pignori ponere*”. Zwrot ten bywa używany na oznaczenie zakładu (założyć się z kimś), stawki w grze¹⁾, ale, jak to wykazał Manigk²⁾ jest również technicznym prawniczem określeniem zastawu rękodajnego, a spotyka się w jednym z najstarszych nam zachowanych fragmentów zastawnych w Kodyfikacji Justyniańskiej, mianowicie w wyciągu z dzieła *Alfenusa Varusa*³⁾ (konsul w roku 39 a. Chr.).

¹⁾ Curculio 2, 3, 76 (wyd. Ussinga Hauniae, 1878 t. 2 str. 238): „Provocat me in aleam, ut ego ludam. Pono pallium. Ille suum annulum opposivit”. Rudorff op. cit. str. 195 sq.

²⁾ Pfd. Unters. str. 27.

³⁾ Paulus l. 5. epitomarum Alfeni digestorum — fr. 36 D. De conditione indebiti 12, 6. Manigk przytacza argumenty źródłowe

Z tego wnioskować możemy, że w fragmentach komedji „Captivi” chodzi prawdopodobnie o aluzję do zastawu rękodajnego, gdyż o zakładzie niema tu mowy; jest to o tyle ważne, że w pierwszym z cytowanych ustępów zachodzi określenie: *pignus deserere*, które może nam nasunąć pewne refleksje na temat historii zastawu.

§ 3.

Pignus za czasów Plauta.

Czem był zastaw—pignus za najdawniejszych czasów? Na to pytanie dawano rozmaite odpowiedzi; postaramy się scharakteryzować sylwetkę pignus tak, jak instytucja ta wyglądała na pierwszym szczeblu rozwoju.

Dłużnik, chcąc otrzymać od wierzyciela pożyczkę, wręczał mu rzecz ruchomą, aby ta wstąpiła niejako w miejsce długu. Chodziło o krótkoterminowy kredyt¹⁾, drobne obroty życia codziennego. Przez wręczenie rzeczy zastawnej zastawnikowi zastawca nie przestawał być jej właścicielem; fakt ten stwierdza wielu późniejszych autorów:

Pignus est, quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor; ceterum dominium penes debitorem est.

(Isidorus Orig. 5. 25, 22 — Bruns t. 2. str. 82).

Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem.

(Florentinus L. 8. institutionum — fr. 35 § 1 D. De pign. act. 13, 7).

na poparcie zdania, że technicznym wyrażeniem dla zastawu rękodajnego jest „pignori ponere”:... dass diese Verbindung nicht nur eine dichterische ist, sie wird auch nicht nur vom Wetteinsatz gebraucht, sondern ist auch juristisch technisch. Sie erinnert an die germanische „Satzung“, an das heutige „Versetzen“.

¹⁾ Doskonałym przykładem zastosowania pignus w krótkotrwałym kredycie jest „Pseudolus” I, 1, 85 sq.: „Potes nunc mutuam drachmam dare mihi unam, quam cras reddam tibi?”

Debitor a creditore pignus, quod dedit, frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit...

(Papinianus 1. 3 responsorum — fr. 40 pr. D. De pign. act. 13, 7).

Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.

(Tryphoninus 1. 8. disputationum — fr. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5; cf. Vat. 9).

Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit.... item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit.

(Gai 2, 62. 64).

Jako właściciel zastawu, mógł zastawca rozporządzać rzeczą zastawną w sposób zupełnie dowolny, przede wszystkim teoretycznie miał możliwość wydobycia jej od zastawnika drogą legis actio sacramento in rem. Zdawałoby się, że wobec tej legis actio wierzyciel był bezbronny. Tak też przypuszczają niektórzy pisarze¹⁾. Zwykle, jako dowód przytacza się fakt, że przeciw działaniu wydobywczemu zastawcy nie mógł zastawnik wysunąć exceptionis pignoris dati, która służyła mu w dalszym rozwoju, bo za czasów postępowania per legis actiones, przed Lex Aebutia (150 rok a. Chr.) niema mowy o życiu exceptionum²⁾. Natomiast prawo dzięki surowemu postępowaniu przeciw dłużnikowi chroniło i tak wierzyciela: zastawca obawiał się odebrać rzecz zastawną przed zapłaceniem długu, gdyż znajdował się w wielkiej zależności od zastawnika, a surowe prawo dłużnicze groziło mu okrutnymi represjami. Nie można odmówić temu pogładowi słuszności, jednakże przypuszczając należy, że, kiedy tylko prawo pretorskie zaczęło się rozwi-

¹⁾ Np. Herzen op. cit. str. 55.

²⁾ Gai 4, 108: Alia causa fuit olim legis actionum. Nam quae de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum“.

jać, pretor musiał znaleźć jakiś środek dla ochrony wierzyciela przeciw legis actio sacramento in rem dłużnika. Może zmuszał strony do stypulacji, opartej na pytaniu: „czy tylko nie był ustanowiony zastaw na rzeczy właściciela?” Może odmawiał uczestnictwa przy windykcji przez co legis actio traciła swe znaczenie? ¹⁾ Jourdan ²⁾ słusznie przypuszcza, że pretor miał prawo owej denegare legis actionem; zdanie to zwalcza Herzen ³⁾. Puchta nie ma wątpliwości, że wierzyciel musiał mieć jakieś środki obrony przeciw windykującemu dłużnikowi ⁴⁾. I rzeczywiście, nie można przypuścić, aby zastawnik nie był broniony przeciw zastawcy dlatego tylko, że nie znano przed Lex Aebutia exceptionum. Jest rzeczą pewną, że exceptiones musiały mieć poprzednika swego w procesie per legis actiones w jaki sposób pozwany bronił się przeciw powodowi w tym czasie, nie jest dostatecznie wyjaśnione. Podaliśmy zdania pisarzy w tym względzie. W każdym razie myśl o obronie pozwanego „exceptione” wyrażona przez Gaję ⁵⁾ nie musiała być nową; przeciwnie, wobec wysokiego etycznego poziomu prawa rzymskiego od najdawniejszych czasów musiała odzwierciedlać się w życiu.

Inaczej jednak było, jeżeli zastawca aljenował rzecz osobie trzeciej; przeciw windykcji następcy szczególnego dłużnika był wierzyciel bezbronny i oto dlaczego tłumaczy się

¹⁾ Dernburg op. cit. str. 46.

²⁾ L'hyp. str. 156 uw. 1.: „Quand Gaius nous dit, que sous les actions de la loi il n'y avait pas d'exceptions... cela signifie, que le iudicium devait toujours être simple, purum. Si le défendeur soulevait une question de violence, le prêteur devait en faire objet d'un procès a part”.

³⁾ Op. cit. str. 47—48.

⁴⁾ „Cursus der Institutionen X wyd. Lipsk, 1893, II-i tom str. 249: „dass er (der Gläubiger) auf irgend eine Art gegen die Windication des Verpfänders geschützt wurde, ist schlechterdings anzunehmen (auch für die Zeit der Legis Actiones, wo es noch keine Exceptionen gab.)“

⁵⁾ Gai 4, 116: „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari”.

że punkt wyjścia dla zastawu stanowił zastaw na ruchomościach. Aljenacja ruchomości była możliwa tylko drogą mancipatio, in iure cessio lub traditio, to znaczy tylko wtedy, jeżeli dłużnik miał posiadanie rzeczy, gdy aljenacja nieruchomości była możliwa i bez posiadania; ponieważ zastaw w tym okresie łączył się ściśle z przekazaniem posiadania, więc przy przedmiotach ruchomych dłużnik przewłaszczyć zastawu nie mógł, przy nieruchomościach — mógł to uczynić; stąd interes zastawnika wymagał, aby zastaw ustanawiany był wyłącznie na ruchomościach i słuszną jest opinia niektórych prawników, podana przez Gaję: „pignus proprie rei mobilis constitui (tur)” ¹⁾.

Czy posiadanie zastawnika było chronione przez prawo pretorskie? Czy zastawnikowi przysługiwały interdykta posesoryjne? Na te pytania odpowiedzieć można dopiero po ustaleniu daty powstania interdyktów. Jeżeli przypuścimy razem z Kuntzem ²⁾, że system interdyktów wytworzony został dopiero w okresie wojen domowych od czasów reform Grakchów aż do Cezara, a więc głównie w połowie drugiego i w pierwszym wieku przed Chrystusem, to, rzecz jasna, o obronie interdyktualnej zastawnika w czasach dawniejszych mowy być nie mogło.

Oporając się na wywodach swoich, że zastawnik był bezbronny wobec legis actio sacramento in rem zastawcy, twierdzi kategorycznie Herzen ³⁾, iż byłoby niedorzecznością utrzymywać, jakoby zastawnikowi mogły służyć interdykta

¹⁾ Fr. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16; cf. Puchta op. cit. str. 249; Jourdan op. cit. str. 82; Dernburg op. cit. str. 82; Dernburg op. cit. str. 46; Cuq Institutions Juridiques des Romains. Paryż, 1904 t. I-y str. 255.

²⁾ Op. cit. t. I-y str. 16—17: „der Faustpfandgläubiger ward insoweit als possessor behandelt als ihm der Besitzschutz zuteil ward... An welche Zeit haben wir wohl dabei zu denken? Ich denke an das letzte Jahrhundert der Republik, an die Zeit der grossen Revolution von den Gracchen bis Caesar, denn in den zahllosen Wirren und Kämpfen und Unsicherheiten dieser Zeit haben wir die Quelle des prätorischen Besitzsystems zu suchen”.

³⁾ Op. cit. str. 45.

posesoryjne przed Lex Aebutia: nie mogąc odeprzeć od siebie dłużnika, jakżeś mógłby wierzyciel odepchnąć atak trzeciej osoby? Ale wykazaliśmy już, że pretor musiał chronić wierzyciela jakąkolwiek drogą przeciw uroszczeniom dłużnika, moglibyśmy tedy przyjąć ochronę posiadania wierzyciela i wzmocnienie jego stanowiska wobec osób trzecich. Girard¹⁾ widzi u Plauta ślady interdyktu utrubi, Costa²⁾ mówiąc o pojęciu posiadania za czasów Plauta twierdzi, że musiało być ono już w trzecim wieku przed Chrystusem dość rozwinięte i szerokie, a dowodzi tego twierdzenia obszernym użyciem pignus w okresie pisania komedji, tego pignus, które opiera się wyłącznie na posiadaniu. Użycie interdyktów znane już było pewnie za czasów ustawy XII tablic, nowoczesna nauka stoi na tem stanowisku, że właśnie interdykta stanowią najdawniejszą ochronę prawną własności, a potem i posiadania, kiedy te dwa pojęcia rozdzieliły się. Ochrona, udzielana przez pretora była znana za czasów procesu per legis actiones³⁾.

Gdy rozpatrujemy kwestję, jaki był stosunek zastawnika do rzeczy zastawnej, znowu nasuwają się poważne różnice zdań między autorami. Część ich kategorycznie twierdzi, że zastawnik nie mógł użytkować zastawu, że użytkowanie takie podpadałoby pod pojęcie furtum usus, że zastaw pierwotny był raczej rodzajem depozytu, ale nie zastawem użytkowym. Herzen, który przedstawia ten pogląd, przytacza cały szereg dowodów jednak nie rozstrzygających⁴⁾. Głównym argumentem Herzena jest zdanie, że idea zaspokojenia zastawnika bez współdziałania zastawcy jest niezgodna z duchem pierwotnego prawa rzymskiego. Zastaw ma być tylko środkiem stymulującym, popychającym dłużnika do zapłaty. Zastawnik ma proste prawo retencji,

¹⁾ Manuel str. 267 uwaga 2-ga.

²⁾ Op. cit. str. 244.

³⁾ N. p. Pokrowskij: Lektji po istorji rimskawo prawa. Petersburg 1905, str. 149—150.

⁴⁾ Op. cit. str. 48—50, str. 56, 95.

musi czekać, aż zastawca zapłaci, ewentualne owoce rzeczy zastawnej zwraca, rzekomo, zastawcy, skoro ich nie używa na własną korzyść: słowem położenie zastawnika jest według Herzena opłakane; przypuśćmy bowiem, że dłużnik—zastawca nie płaci długu w terminie, wierzyciel—zastawnik może się uciec tylko do zwykłego dość uciążliwego postępowania egzekucyjnego; owoce rzeczy zastawnej musi, według Herzena, lojalnie zwrócić dłużnikowi, choć może mógłby się nimi zadowolnić, bo cel zastawu pierwotnego nie łączy się z zaspokojeniem wierzyciela. Sądzę, że, gdyby nawet tak było, to pierwsze praktyczne wypadki życiowe skierowałyby myśl ludzką na inne tory, na tory używania i użytkowania rzeczy zastawnej. A zresztą tak mało wiedzieć możemy o duchu pierwotnego prawa rzymskiego. Prawo to nie pozwalało zaspokojenia wierzyciela przez owoce rzeczy zastawnej? Dlaczego? Piętnaście lat po ogłoszeniu książki Herzena, w roku 1914, a więc za najnowszych czasów doszedł uczony badacz rzymskiego prawa zastawu, Manigk w artykule „Hyperocha“, zamieszczonym w encyklopedji Pauly-Wissowa¹⁾ do wręcz przeciwnych rezultatów. Według Manigka właśnie prymitywne prawo rzymskie miało na celu zaspokojenie wierzyciela. Zdania Herzena i Manigka są wprost przeciwne, porównajmy je ze sobą:

Herzen: ²⁾ ...l'ancien gage est un simple moyen de contrainte. Nous voilà bien loin de la conception, qui voit l'essence du droit de gage dans la faculté de réaliser la valeur du gage reçu indépendamment de la volonté du débiteur. Cette idée... elle ne s'applique pas à l'ancien droit civil... c'est pourquoi il (l'ancien droit civil) ne donne au créancier ni un droit de jouissance etc...

Manigk: ³⁾ Grade im primitiven Recht hätte sich der römische Gläubiger schwerlich mit einem inhaltsarmen Recht der Retention begnügt...

¹⁾ Stuttgart, 1914.

²⁾ Op. cit. str. 55—56.

³⁾ Hyperocha.

a niżej autor wyraźnie daje zastawnikowi pierwotnemu możliwość użytkowania zastawu:

...ein primitives pignus hatte zweifellos die Funktion des Befriedigungssurrogat zu erfüllen.

Oto dwa zdania zupełnie różne: jedno i drugie tłumaczy inaczej ideę dawnego prawa rzymskiego. Twierdzenie Herzena poparte było dawniej przez innych autorów¹⁾, przed Manigkiem myśl o zaspokojeniu pierwotnego zastawnika przez zastaw wypowiedział Bachofen²⁾.

Oprócz argumentu, opierającego się na rzekomej niezgodności ducha dawnego prawa rzymskiego z zaspokojeniem bezpośrednim wierzyciela przez użytkowanie zastawu, jako główny zarzut przytacza Herzen fakt, że zastaw pierwotny odnosił się do ruchomości: otóż nieruchomości według Herzena użytkować można, natomiast ruchomości nie należą do rzeczy użytkowych³⁾; twierdzenie to, podane poprzednio przez Kuntzego⁴⁾, nie wydaje się bardzo jasne. Czyż w czasie obrotu najdawniejszego było nie było środkiem wymiany zrazu tak częstym, że wyraz pecunia oznacza pieniądze? Czyż w późniejszym okresie było nie stanowiło jeszcze bogactwa osobnika, czyż to nie ono prawdopodobnie obok niewolników stanowiło główny przedmiot archaicznego pignus? Otóż było to rzeczy ruchome (res se moventes należą do kategorii res mobiles), a było użytkować nietylko można, ale i trzeba. Krowę należy doić. Jej mleko przypada zastawnikowi⁵⁾. Charakterystyczne, że Herzen, twierdząc, iż zwolennik zastawu użytkowego Bach-

¹⁾ Puchta, op. cit. II-249: „... vielleicht hatte es (das primitive Pfdr. auch allererst mehr die Intention einer Nöthigung des Schuldners zur Zahlung um dadurch wieder zum Besitz einer Sache zu gelangen, als eines directen Befriedigungsmittel“. Z innego nieco stanowiska uważa użytkowanie pierwotnego zastawu za niemożliwe Kuntze op. cit. t. 1-y str. 16.

²⁾ Das römische Pfandrecht. Bazylea, 1847 str. 140.

³⁾ Op. cit. str. 49.

⁴⁾ Op. cit. I. 16.

⁵⁾ Prawo indyjskie zna zastaw użytkowy na ruchomościach. Kohler: Indisches Obligation und Pfandrecht, art. w Zeitschrift für

ofen nie przytacza dowodów na poparcie swego zdania, sam nie daje prawie żadnych argumentów¹⁾; twierdzenie o zastawie użytkowym wyłącznie dla nieruchomości nie wytrzymuje krytyki, co do idei dawnego prawa, to widzieliśmy, że nie jest ona dostatecznie pewna — ale zdaniu Herzena przeczą teksty. Sam autor na poparcie swego zdania powiada, str. 50: „ainsi la plupart des textes de l'époque classique, qui parlent de la jouissance du gage se rapportent à des immeubles“. Zdaje mi się, że Herzen zapomina o całym szeregu tekstów, gdzie czytamy o zastawie użytkowym na ruchomościach, gdyż prawdopodobnie są mu one znane. W fragmencie Papinjana jest mowa o używaniu zastawu ruchomego, w danym wypadku srebra stołowego:

Supellectili sua omni legata acceptum argentum pignori non continebitur, quia supellectilem suam legavit utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit...

(Papinianus l. 7. responsorum — fr. 9 § 2 D. de supel. leg. 33, 10).

Cesarz Aleksander pisze w roku 222 p. Chr.:

Quod ex operis ancillae... quam pignori detineri dicis perceptum est, debiti quantitate relevabit.

(2. C. de act. pign. 4, 24).

Trudno przypuścić, aby kiedykolwiek dana w zastaw niewolnica, lub niewolnik siedziała beczynn timer w domu wierzyciela i nie była używana do żadnych posług. Byłby to najlepszy okres życia niewolnicy!

Przy tak zwanem przez Marcjana pactum antichreticum, antychreza odnosi się zarówno do nieruchomości²⁾, jak i do ruchomości:

Vergl. Rechtswissenschaft, III-i tom (1882) str. 186: „als Benützungspfand können bewegliche Sachen wie unbewegliche gegeben werden... Kühe, Slaven und dergl.“.

¹⁾ Op. cit. str. 49—50.

²⁾ Fr. 11 § 1 D. de pign. et hyp. 20, 1.

Si pecuniam debitor solverit, potest pignoratitia actione uti ad recipiendam ἀντίχρησιν: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

(Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam—fr. 33 D. de pign. act. 13, 7).

Mowa tu o zastawie rękodajnym na ruchomościach, raz dlatego, że dłużnik musi odebrać zastaw od wierzyciela (reciperare ἀντίχρησιν), drugi raz dlatego, że greczyzujący Marcjan użyłby na oznaczenie zastawu na nieruchomościach słowa hypotheca. Marcjan, pisząc pignus, ma na myśli głównie zastaw rękodajny, na ruchomościach. Antychreza do niego się tu właśnie odnosi.

Tak więc zdanie Herzena nie wytrzymuje krytyki.

Teoria zastawu użytkowego na najwcześniejszym stadium rozwoju posiada za sobą jednak jeszcze inne poważne argumenty. Jest rzeczą dostatecznie znaną, że w ostatnich czasach rozwoju pignus zastawnik mógł sprzedać zastaw i z tej sprzedaży zaspokoić swą wierzytelność; pactum de vendendo—umowa o sprzedaż rzeczy zastawnej stało się już zbyt częste, wierzyciel mógł sprzedać zastaw, chociaż nawet nie dołączono dodatkowego porozumienia co do sprzedaży. (Poniżej rozdz. V § 5).

Co się jednak dzieje, jeżeli do umowy między zastawcą a zastawnikiem będzie dołączone pactum de non vendendo? Na to pytanie jasnej odpowiedzi w źródłach nie znajdujemy. Wydaje nam się jakoby rozstrzygnął tę kwestię Ulpjan. Zanalizujmy jego odpowiedź:

Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenit de distrahendo pignore hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.

(Ulpianus l. 41 ad Sabinum - fr. 4 D. de pign. act. 13, 7).

Ostatnie zdanie cytowanego fragmentu Ulpjana jest mocno podejrzane. Myśl została już przez niego wypowiedziana w skończonej formie, kiedy nagle do ostatnich słów dołączono zdanie warunkowe, niweczące jasną budowę fragmentu. Ulpjan powiada wyraźnie: jeżeli zaznaczono, że sprzedaż zastawu nie może być podjęta, zastawnik w razie alienacji rzeczy zastawnej popełnia furtum, a nagle dołącza się tu zastrzeżenie: chyba, że wierzyciel trzy razy zawiadomił dłużnika o obowiązku zapłaty. W takim razie pactum de non vendendo nie miałoby żadnego znaczenia: trzykrotne zawiadomienie dłużnika wystarcza, aby wierzyciel uwolnił się od zarzutu furtum. Ciekawe jednak, że również Ulpjan Paulus wymaga trzykrotnego zawiadomienia zastawcy o zamierzonej sprzedaży także i wtedy, gdy do zastawu nie dołączono żadnego pactum:

Creditor, si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.

(Sententiae 2, 5, 1).

A więc między zdaniem Paulusa i Ulpjana zachodziłaby wyraźna różnica, niewytłomaczona wcale. Ulpjan powiada, że trzykrotna zapowiedź sprzedaży wymagana jest tylko, gdy do kontraktu dołączono pactum de non vendendo, Paulus mówi, że wierzyciel zawiadamia dłużnika o zamierzonej sprzedaży wtedy, gdy nie dołączono żadnego pactum, gdy pignus złożono simpliciter. Jak wytłomaczyć tę różnicę? Gdybyśmy przyjęli, że ostatnie zdanie fragmentu Ulpjana jest interpolowane¹⁾ przez komisję Justyniańską, sprawa wyjaśniłaby się odrazu. Ulpjan, mówiąc naprzód o zastawie złożonym bez pactum de vendendo,

¹⁾ Interpolację w D. 13, 7, 4 wykrył Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt n/Menem, 1906 str. 1200 uwaga 5-a: „...es lässt sich die Vermutung nicht unterdrücken, das die herausgehobenen Worte erst den Kompilatoren Justinians angehören...“ Powołuje się pozatem autor na l. 7 C. de distr. pign. 8, 27: si... creditor non reluctantem lege contractus ea, quae pignori sibi nexa erant distraxit, revocari venditionem iniquum est. Fr. ten z roku 238,

ogranicza się do stwierdzenia, że i taki zastaw można sprzedać; sprzedaż wyłącza tylko pactum de non vendendo. Fragment Paulusa uzupełnia myśl Ulpjana: mianowicie sprzedaż sine pacto poprzedzić musi trzykrotna zapowiedź ze strony wierzyciela do dłużnika. Prawdziwe tedy zdanie Ulpjana brzmiało:

...ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit, furti obligatur.

W logicznym związku z przytoczonym fragmentem pozostaje odpowiedź Marcjana. Odpowiedź ta, powołana w tym stanie, w jakim umieszczono ją w Corpus Juris, brzmi, jak następuje:

Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita ideoque venire possit. Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

(Marcianus l. singulari ad formulam hyphothecariam—fr. 7. § 2 D. de distr. pign. 20, 5).

Zdanie to wywołało długą dyskusję. Niektórzy uważają, że fragment ten należy brać tak, jak on się przedstawia, i sądzą, że Marcjan mówi tu o ograniczeniu prawa alienacji dłużnika¹⁾. Jest to dość śmiałe twierdzenie, nie poparte w prawie rzymskim żadnym innym przykładem. Niektórzy uważają, że fragment Marcjana został nieudolnie przepisany przez kopistów. Na skutek czego brzmienie autentyczne zdania Marcjana byłoby następujące: ...si pactum sit a debitore, ne liceat creditori ...vendere ...certum est nullam esse pactionem, ut venditioni stetur. Marcjan tedy chciał powiedzieć, że pactum de non vendendo jest

a więc prawie współczesny Ulpjanowi (zm. w 228) daje nam możliwość wnioskowania argumento a contrario: reluctantae lege contractus—revocari venditionem aequum est. Venditio nie ma znaczenia, jeżeli zawarto pactum de non vendendo. Interpolację wspomnianą zaznacza też Krüger w wydaniu Corpus iuris (Berlin 1920), mianowicie str. 214 uwaga 14.

¹⁾ Herzen op. cit. str. 81—83; Manigk: art. „Hyperocha“.

contra ius positum i dlatego nie przeszkadza w sprzedaży zastawu. Trudno jednak przypuszczać podwójny błąd kopistów, polegający na dwukrotnym przedstawieniu wyrazów; nawet największy pośpiech przepisywaczy nie mógłby wytłumaczyć przekonywająco tego podwójnego błędu, natomiast zwykle pojedyncze przedstawienie wyrazów, naprzykład zamiast *creditor... debitor* nie jest odosobnione w Corpus Juris. U Modestyna spotykamy podobne przedstawienie:

Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit... creditor cum suprema sua ordinaret testamento cavit, ut alter ex filiis... haberet eum fundum et addidit: „quem de *Lucio Titio* emi“.

(Modestinus l. 4 responsorum—fr. 39 D. de pign. act. 13, 7.)

Jasne jest, że tu Sejus jest dłużnikiem a Tycjusz wierzycielem; w testamencie wierzyciel mógł najwyżej dodać słowa: „quem de *Gaio Seio* emi”. Omyłka kopistów polegała tutaj na jednokrotnej wymianie wyrazów.

Podobny błąd przepisywaczy zaszedł także i w wyżej cytowanym ustępie Marcjana: mamy w nim do czynienia z jednorazowym przedstawieniem słów. Prawdziwe brzmienie interesującego nas fragmentu było prawdopodobnie następujące:

...si pactum sit a *debitore* ne liceat *creditori* ...vendere... nullam esse *venditionem*, ut *pactioni* stetur.

Kopista przestawił wyrazy *debitore*—*creditori*¹⁾.

Zachodzi teraz pytanie, jaki był cel zastawu, jeżeli wierzycielowi nie wolno było go sprzedać na zasadzie pactum de non vendendo. O lex commissoria — klauzuli przepadłości również nie może być mowy, gdyż pojmowana była ona, jako pewnego rodzaju kupno rzeczy zastawnej przez zastawnika. A jednak nawet według Herzena idea zaspokojenia wierzyciela z zastawu była już w trzecim wieku po Chrystusie celem tego prawa zastawnika na

¹⁾ Kohler: Pfandrechtliche Forschungen. str. 68 sq.

rzeczy zastawnej¹⁾. W jakiż sposób zastawnik zaspokajał swą wierzytelność? Musimy przyjąć, że czynił to przez ciągnięcie owocu z rzeczy zastawnej, że tedy zastaw we formie zastawu użytkowego był znany w epoce klasycznej, jako *pignus cum pacto de non vendendo*. Z drugiej strony zastaw taki nie musiał być za czasów klasycznych dość częsty, bo wierzyciel miał inne drogi zaspokojenia swej pretensji: najczęściej używaną była tutaj sprzedaż zastawu i klauzula przepadłości (*lex commissoria*); obliczanie użytków nie zawsze jest dość łatwe i dokładne, stąd prawdopodobnie nadużycia; tę rzadkość formy *pignus cum pacto de non vendendo* charakteryzuje pytanie, zadane Marcjanowi:

„an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita?“

Teorię zastawu użytkowego za czasów klasycznych podkreśla Kohler²⁾. Ale Kohler nie wyciąga wniosku ze swej teorii, a wnioski te nasuwają się same przez się: jeżeli *pignus* za klasycznych czasów mogło być zastawem użytkowym we formie *pignus cum pacto de non vendendo*, to na najdawniejszym szczeblu rozwoju zastawu, gdy prawa sprzedaży nie znano, *pignus* musiało być wyłącznie zastawem użytkowym. Ta myśl o użytkowaniu zastawu została potem częściowo wyparta przez inne sposoby zaspokojenia wierzytelności — kolejno przez *lex commissoria* i *pactum de vendendo*, ale powróciła w dalszym rozwoju i wcieliła się w życie dwojako, bądź w postaci właściwego zastawu użytkowego, bądź tak zwanej przez Marcjana antychrezy.

Dodajmy, że zastaw użytkowy, idea zaspokojenia zastawnika nie jest znowu tak obca duchowi pierwotnego

¹⁾ Herzen op. cit. str. 48 i 49: „Ce raisonnement est basé sur l'idée que tout gage doit assurer au créancier la satisfaction de sa créance sans aucun concours du débiteur... cette notion du gage nous l'avons puisée dans le droit développé des II-e et III-e siècles de notre ère“.

²⁾ Kohler: op. cit. § 6: Nutzpand im römischen Recht.

prawa. Na rozmaitych stopniach rozwoju kultury prawniczej spotykamy się z zastawem użytkowym na nieruchomościach, lub ruchomościach.

Zastaw taki zna prawo Birmanów¹⁾, pod pewnymi warunkami — muzułmańskie prawo²⁾; zastaw użytkowy znają Chiny³⁾, prawo wysp filipińskich⁴⁾, Pendżabu⁵⁾, Dekkanu⁶⁾, prawo bengalskie⁷⁾, o zastawie użytkowym wspomina ustawa Manu⁸⁾, zastaw antychretyczny nie jest obcy prawu Bombaju⁹⁾ — cytuję tu tylko pierwsze, nasuwające mi się przy czytaniu porównawczych studjów nad prawem przykłady.

Kiedy na pierwotnem stadium rozwoju użytkowanie zastawu rozumiało się samo przez się, jako naturalne zaspokojenie wierzyciela, w okresie klasycznego prawa rzymskiego to użytkowanie i używanie zależało od zgody dłużnika. W ten sposób tylko ujmować należy zdanie Gaja:

Si pignore creditor utatur, furti tenetur.

(Gaius l. 13 ad edictum provinciale — fr. 55 D. de furtis 47, 2).

¹⁾ Kohler: Das Recht der Birmanen (w Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft — 6 t. 1886 str. 185).

²⁾ Kohler: Islamitisches Obligation. und Pfandrecht, ibid. str. 226 „Allerdings kann dem Pfandgläubiger die Benutzung des Pfandes ausbedungen werden“.

³⁾ Kohler: Aus dem chinesischen Civilrecht, ibid. str. 360: „Das Pfandrecht besteht als Nutzpand“.

⁴⁾ Kohler: Kleinere Skizzen aus der ethnologischen Jurisprudenz, ibid: „Pfandrecht auf den Philippinen“.

⁵⁾ Kohler: Die Gewohnheitsrechte Pendschabs, ibid. 7 t. (1887) str. 191: „Die verbreiteste Pfandform ist natürlich auch hier Nutzpand“.

⁶⁾ Kohler: Indische Gewohnheitsrechte (Dekkan.), ibid. 8 t. (1889) str. 123: „Das Pfand ist Nutzpand...“.

⁷⁾ Kohler: Ueber die Gewohnheitsrechte von Bengalen, ibid 9 t. (1891) str. 353: „Das Nutzpand ist in den verschiedensten Formen entwickelt“.

⁸⁾ Jolly: Die juristischen Abschnitte aus dem Gesetzbuch des Manu (ibid. 3 t. 1882 str. 257—Manu 8, 143): „Aber bei einem Pfand, das ihm (sc. dem. Gläubiger) zur Benützung übergeben worden ist, darf er... es weder verschenken, noch veräußern“.

⁹⁾ Kohler: Das Gewohnheitsrecht der Provinz Bombay, ibid. 10 t. (1892) str. 167.

Tutaj zastawnik używa zastawu bez zgody zastawcy. Zdanie to Herzen¹⁾ niesłusznie uważa za ogólną zasadę prawa rzymskiego nawet za najdawniejszych czasów, utrzymując, że jest to jeszcze jeden dowód niemożliwości istnienia zastawu użytkowego na pierwszym szczeblu rozwoju pignus.

Myśl zaspokojenia zastawnika z rzeczy zastawnej łączyła się tedy z pierwotnem pignus—zastawem użytkowym: wierzyciel mógł ciągnąć użytki z zastawu; owoce zmniejszały dług; ale to używanie i użytkowanie rzeczy zastawnej nie zawsze jest możliwe. Są rzeczy ruchome, których użytkować się nie da, używanie ruchomości pod względem oszacowania jest bardzo trudne. Z tego też powodu myśl zaspokojenia zastawnika jeszcze za najdawniejszych czasów, przed Lex Aebutia wcieliła się w życie w inny sposób, mianowicie przez postanowienie, jakie strony dodawały do nieformalnego aktu wręczania rzeczy zastawnej. Postanowienie to zowie się klauzulą przepadłości (*lex commissoria*) a skutek jego jest taki, że, gdy zastawca nie zapłaci długu w terminie, rzecz zastawna przepada na własność zastawnika. W ten sposób ustanowiono pierwszą odpowiedzialność prawną po stronie zastawcy, jeszcze nie samoistnie z tytułu pignus, ale tylko pośrednio: klauzula przepadłości przedstawia się bowiem, jako uroczyste postanowienie (*lex, lex rei dicta*), za którego naruszenie dłużnik odpowiada. Ta myśl o przepadaniu rzeczy zastawnej wydaje się Manigkowi²⁾ tak dawną, jak samo istnienie zastawu; myśl ta miała tkwić w słowie pignus, które oznacza również i przypadający na korzyść jednej strony—zakład. Ale wykazaliśmy, że słowo pignus ma cały szereg znaczeń, które wynikają z ogólnego pochodzenia tego rzeczownika od czasownika *pagere*. Jeżeli np. *pignora* oznaczają dzieci, jako węzeł małżeńskiej miłości, to trudno się w tem sło-

¹⁾ Op. cit. str. 49 i 50.

²⁾ Artykuł „Hyperocha”.

wie doszukiwać idei przepadania zastawu; w każdym bądź razie z klauzulą przepadłości spotykamy się bardzo dawno, a w pewnym sensie już w formularzu Katona, gdzie czytamy (146, 5):

Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto.

(Cato, De agri cultura—Bruns II str. 49).

W razie, gdyby zastawca (w danym wypadku dzierżawca rolny) zabrał z gruntu dzierżawionego inwentarz — przedmiot zastawu, klauzula przepadłości przychodzi do skutku: zastawca traci własność inwentarza na korzyść zastawnika.

W późniejszych źródłach prawa rzymskiego nie spotykamy się już z *lex commissoria*, bo cesarz Konstantyn zakazał jej używania w roku 326 po Chrystusie¹⁾ i z tego powodu kompilatorowie justynjańscy usunęli fragmenty odnoszące się do tej klauzuli z *Corpus Juris*. Specjalny rozdział *Digestów*, mianowicie III rozdział 18 księgi: „De lege commissoria” traktuje o zastrzeżeniu tem, jako warunku rozwiązującym kupno, a więc nie odnosi się do zastawu. Ślady przepadania rzeczy zastawnej można spotkać u Tryfonina:

Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.

(Tryphoninus l. 8 disputationum—fr. 12 pr. D. de. distr. pign. 20, 5.)

Papinjan także pisze o przepadaniu zastawu:

Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit, sive postea; nec incerti pretii venditio videtur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium re-

¹⁾ Fr. 3. pr. i § 1. C. de pact. pign. 8, 34.

tineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa est.

(Papinianus l. 3 responsorum—Vat. 9).

A u Marcjana czytamy:

Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecariam—fr. 16 § 9 D. de pign. 20, 1).

Fragmenty te bardzo późnego pochodzenia (Papinian zmarł w 212 po Chrystusie, Marcjan był rówieśnikiem Ulpjana i Paulusa) mogą nam jedynie wykazać historyczny przebieg idei przepadania zastawu, które w pewnych wypadkach uważane było za wynik kupna rzeczy przez zastawnika, a ślady którego zawiera również tak zwana dominii imperatio¹⁾.

Posiadamy jednakże tekst bardzo dawny jednej z komedji Plauta, który może wskazywać na przepadanie zastawu w pierwotnych stosunkach. Jest to fragment ze sztuki: „Captivi”. Tyndarus upominając Filokrata, aby ten nie zapominał o nim, powiada:

Ne tu me ignores, quom extemplo meo e conspectu abscesseris

Tuque te pro libro esse ducas, *pignus deseras*.

(Capt. 2, 3, 74—wyd. u Goetza i Schoella tom 2, 1904, str. 80).

Już wyżej wskazaliśmy, że chodzi tu o aluzję do prawdziwego stosunku zastawnego. Jak w komedji „Poenulus”²⁾ przy aluzji do legis actio per pignoris capionem używane są zwroty techniczne (*pignus cepi, aere militari*) tak też

¹⁾ Tit. C. 8, 33. de iure dominii impetrando. Nawiasem dodamy, że następny rozdział tej samej księgi traktuje o lex commissoria.

²⁾ 5, 5, 5 sq.

i w tej komedji bardzo możliwe, że użyto technicznego zwrotu na przepadanie rzeczy zastawnej, którym to zwrotem było, być może, *pignus deserere*. Zdanie to nie jest zupełnie pewne; nie wiemy, czy *pignus deserere* było istotnie ogólnem techniczem wyrażeniem na oznaczenie zastawu przepadającego, ale w każdym razie zachodzi prawdopodobieństwo przyjęcia takiej koncepcji wobec wyraźnej aluzji do wypadku opuszczenia, przepadania rzeczy zastawnej¹⁾.

A zatem ogólnie: niewygoda używania i użytkowania zastawu zrodziła myśl o innem zaspokojeniu zastawnika, mianowicie przez przepadanie rzeczy zastawnej już za najdawniejszych czasów, bo już współcześnie komedjom Plauta i formularzom Katona; myśl ta wypierała zwolna, choć niezupełnie, ideę zaspokojenia zastawnika przez użytkowanie rzeczy zastawnej. Zwolna dano pierwszeństwo zaspokojeniu zastawnika przez przepadanie zastawu nad zaspokojeniem we formie użytkowania rzeczy zastawnej, bo ten pierwszy sposób był dla wierzyciela wygodniejszy i łatwiejszy technicznie. Tak obok siebie równolegle powstał zastaw użytkowy, z którym nigdy zupełnie nie zerwano, i zastaw połączony z klauzulą przepadłości.

Nieraz podkreśla się wielkie niedogodności dla zastawcy, jakie pociągała za sobą lex commissoria. Dłużnik tracił rzecz, mającą niejednokrotnie wartość znacznie wyższą od długu. O zwrocie nadwyżki ponad dług nie było mowy. Z tych też powodów klauzula przepadłości nie cieszyła się popularnością. Cesarz Konstantyn, zakazując jej używania, podkreślał niedogodne strony klauzuli (*asperitas*), a w konkluzji wobec zniesienia legis commissoriae

¹⁾ Zdanie to zwalcza Herzen, op. cit. str. 50 i 51, twierdząc, że ustęp komedji nie odnosi się wcale do prawniczego zastawu. Herzen zapomina, że przy aluzji do *pignus*—zastawu można było użyć technicznych zwrotów dla tegoż zastawu. Natomiast Cuq op. cit. str. 255 uw. 3. traktuje *pignus deserere*, jako wzmiankę o przepadaniu zastawu: „Le débiteur, qui ne pouvait payer, abandonnait son gage: *pignus deserere*“.

powiada, że odtąd wierzyciele będą mogli otrzymać przez sprzedaż rzeczy tylko to, co pożyczili:

Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit *asperitas* placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus *recuperare, quod dederunt*.

(I. 3. pr. § 1 C. de pact. pign. 8, 34 a. 326).

Ale błędem byłoby przenieść pojęcia, jakie wytworzyły się w okresie rozkwitu kapitalizmu rzymskiego do czasów pierwotnych, kiedy idea zysku nie była jeszcze znana. Okres gospodarki pieniężnej wymagał, aby rzecz dana w zastaw przewyższała znacznie wartość długu; w okresie pierwotnym było inaczej. Tutaj wartość rzeczy ściśle pokrywała się z wartością pożyczki. Idea zysku w handlu z peregrynami zaczynała się dopiero rozwijać, zrazu była jeszcze czemś obcem. Stąd w okresie gospodarki prymitywnej rzymskiej o jakiejś *asperitas legis commissoriae* niema mowy. Dłużnik traci tyleż, ile powinien był sam zapłacić¹⁾.

Taki był stosunek zastawnika do rzeczy zastawnej. Stosunek zastawcy do zastawnika nie był również w najdawniejszym okresie normowany specjalnymi regułami prawnymi. Po zapłaceniu długu, jeżeli wierzyciel nie chciał zwrócić zastawu, mógł dłużnik przedsięwziąć przeciw niemu legis actionem sacramento in rem, później po Lex Aebutia rei vindicationem, zanim z contractus pigneratitius nie wypłynęła actio pigneratitia in personam directa, której używanie było znacznie wygodniejsze i przy której nie trzeba było uciążliwych dowodów własności kwirytarskiej, jak przy rei vindicatio.

¹⁾ Podkreśla to Manigk w artykule „Hyperocha”: „...der Kredit-suchende bekam auf die übergabende Sache eben nur so viel als sie wert war, und er gab anderseits möglichst auch keine Überdeckung”.

Streszczając powyższe wywody, powiedzieć możemy: zastaw w okresie najdawniejszym polegał na daniu w posiadanie zastawnika przez zastawcę rzeczy ruchomej na używanie i użytkowanie. Posiadanie zastawnika chronione było przez interdykta posesoryjne i prawdopodobnie dość wcześnie przez actio furti¹⁾, przeciw zastawcy chronił zastawnika pretor środkami swej władzy. Zastawnik był bezbronny tylko wobec akcji wydobywczej trzeciej osoby, której zastawca przewłaszczył rzecz, ale dlategoż zastaw odnosił się wyłącznie do ruchomości, przelanie posiadania których na zastawnika pozbawiało zastawcę możliwości alienacji. W tym też okresie myśl zaspokojenia zastawnika przez zastaw, polegająca zrazu na użytkowaniu, zaczęła się wcielać w życie w inny sposób, mianowicie przez dołączenie do nieformalnego aktu zastawu—klausuli przepadłości i zwolna dzięki swej większej wygodzie zastaw tego rodzaju stał się częstszy od zastawu użytkowego. Odebranie swej rzeczy po wygaśnięciu długu uskuteczniał zastawca przez akcję wydobywczą.

Jako granice czasowe tego okresu, rozumie się dość elastyczne i nieściśle, jak nie można wogóle wypadków życiowych ująć w zwięzłe karby dat—jako granicę wyższą postawimy okres, poprzedzający komedje Plauta, który znał już doskonale pignus-zastaw, jako niższą granicę weźmiemy czasy wydania Legis Aebutiae (150 rok przed Chrystusem) gdy wraz z reformą procedury nastąpił żywszy rozkwit prawa zastawu i podnoszenie go zwolna do samoistnej instytucji prawnej, przyczem pamiętać należy, że rozwój ten posuwał się zrazu w kierunku ochrony zastawnika przed zastawcą, który był zawsze jeszcze w lepszym od zastawnika położeniu i mógł być zupełnie spokojny o los zastawu do chwili płatności długu, gdy przeciwnie stanowisko zastawnika wymagało zawsze pewnej czujności

¹⁾ Gai 3, 203: Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit.

i ostrożności: gdyby np. rzecz ruchoma zastawna znalazła się przypadkiem w posiadaniu zastawcy, to mógł on ją przewłaszczyć osobie trzeciej, czyniąc tę osobę właścicielem kwirytarskim, a wobec tego właściciela był zastawnik bezbronny. Etyczna równowaga stosunków społecznych i gospodarczych, jaką w swej istocie jest prawo, była zachwiana przez lepsze stanowisko zastawcy, niż zastawnika i dążyła z wolna do wyrównania położenia stron; z drugiej strony prawo starało się uwolnić zastawcę od stojącej się coraz bardziej niedogodną klauzuli przepadłości wobec tego, że rzecz zastawna była w dalszym rozwoju z reguły więcej warta od długu. Wyrównanie interesów wierzyciela i dłużnika, zaspokojenie zastawnika bez krzywdy zastawcy, ochrona zastawnika przed zastawcą i osobą trzecią — oto cele, jakie rozwinęły się przed prawem pretorskiem i jakie miały się wkrótce wcielić w życie.

ROZDZIAŁ IV.

Początki zastawu (pignus) nierękodajnego.

§ 1.

Kwestja powstania pignus nierękodajnego.

Opponere i obligare u Plauta.

Zastaw w prawie rzymskiem nie był zawsze rękodajny. W klasycznym okresie znano doskonale zastaw, ustanowiony bez przelania posiadania rzeczy zastawnej na zastawnika. Instytucja ta, nazywana czasem hypotheca, czasem również, jak i zastaw rękodajny — pignus znajduje powszechne w Rzymie użycie. Zachodzi pytanie, kiedy wytworzyła się ta specyficzna odmiana zastawu, owo pignus nieodręczne, w którym zerwano z dawną myślą przelania posiadania na wierzyciela, w jaki sposób nastąpiło w umysłowości zrozumienie dla tej zmiany, jaki był podkład ewolucji myślowej od pojęcia pignus z przejściem posiadania do nowej formy zastawu, przy której zastawca był nadal posiadaczem rzeczy zastawnej, czy zastaw nierękodajny, zwany także hypotheca, był odrębną instytucją, czy też hypotheca to tylko inna nazwa dla pignus?

Cały szereg badaczy widzi początki zastawu nierękodajnego w odległej przeszłości. Niektórzy z nich odróżniają nawet nazwę dla tegoż zastawu, charakteryzującą go od zastawu rękodajnego. Do tych badaczy należy np. Voigt¹⁾,

¹⁾ Voigt Moritz: Römische Rechtsgeschichte. 2 t. str. 667 sq.

autor śmiałych twierdzeń. Voigt przypuszcza, że zastaw nierękodajny znany był od najdawniejszych czasów w Rzymie pod nazwą *pignus oppositum*. Nazwa ta miała później ulec przekształceniu i przemienić się w języku Scewoli, Paulusa i Modestyna na wyrażenie *pignori rem obligare*, mające być przeciwstawieniem określenia *pignori rem dare*—zastawu rękodajnego u tych prawników¹⁾. O to samo co i Voigt stanowisko opiera się Dernburg²⁾. Gdy Voigt, jako ochronę *pignus nierękodajnego* wysuwa rzekomo dozwoloną zastawnikowi *pignoris capionem* w razie zwłoki zastawcy z płaceniem długu³⁾, Dernburg przyznaje możliwość rzeczowej akcji zastawnika już w najdawniejszych czasach, akcji, mającej na celu uzyskanie posiadania przedmiotu zastawu, pozostałego w ręku zastawcy, lub nawet wydobywania go od każdej trzeciej osoby. To wyposażenie zastawnika w akcję rzeczową odnosi autor do czasów wojny z Hannibalem⁴⁾. Według Dernburga rdzennie rzymskim wyrażeniem na oznaczenia nierękodajnego zastawu jest *pignori opponere*⁵⁾. Badacz prawa Plautowego Costa dochodzi do wniosku, że w komediach Plauta spotykamy się już z zastawem nierękodajnym, oznaczonym przez *pignori opponere* i że zastaw ten jest wyposażony w akcję rzeczową⁶⁾. W ogłoszonym w roku 1846-ym artykule:

¹⁾ *ibid.* Myśli Voigta są streszczeniem jego poglądów zawartych obszerniej w jego książce pod tytułem: „Das *pignus* der Römer bis zu seiner Umwandlung zum Rechtsinstitute”. Lipsk 1888—9.

²⁾ *Op. cit.* I str. 63, 64, 65.

³⁾ *Op. cit.* II. str. 667.

⁴⁾ *Op. cit.* I. str. 63—64: „Die meisten setzen die Klagbarkeit des nackten Vertragspfandes... in die Zeit nach Cicero... In der That aber ist das Alter der *actio quasi Serviana* ein weit höheres und wir dürfen wohl an die Zeiten des hannibalischen Krieges oder die unmittelbar folgenden Jahrzehnte denken”.

⁵⁾ *Op. cit.* 64—65: „Dafür spricht die Wendung *pignori opponere*, der nationale Ausdruck für Verpfändung durch blossen Vertrag...”

⁶⁾ *Op. cit.* str. 263: „Il diritto concesso sulla cosa data in pegno a garanzia d'altra obbligazione ha già subito in Plauto l'allargamento a cose su cui non è possibile la materiale apprehensione e la

„Über die Pfandklagen” dochodzi A. A. F. Rudorff¹⁾ do wniosku, że wyrażenia *pignus suppositum* lub *oppositum* oznaczają zastaw nierękodajny. Jourdan widzi ten zastaw u Plauta²⁾. Jest rzeczą niewiarygodną poprostu stwierdzić, że w żadnym z wypadków, cytowanych przez wspomnianych autorów, wyrażenie *pignori opponere* nie jest użyte całkiem wyrażnie na oznaczenie zastawu nierękodajnego, a nieraz oznacza poprostu zastaw rękodajny, lub wogóle nie oznacza zastawu, co jest możliwe wobec szerokich znaczeń rzeczownika *pignus* i czasownika *opponere*. W komedji Plauta „*Pseudolus*” czytamy:

Callidorus: Actumst de me hodie. Sed potes nunc mutuam

Drachumam dare unam mihi, quam cras reddam tibi?

Pseudolus: Vix, hercle, opinor, si me *opponam pignori*

(Pseud. 1, 1, 85 — wyd. Goetza i Schoella t. 6. 1896, str. 9).

Pseudolus jest niewolnikiem. Gdyby nawet sam się oddał w zastaw nie mógłby uzyskać pożyczki jednej drachmy dla Kalidorusa. Trudno tu doszukiwać się zastawu nierękodajnego³⁾. Na czem opierają się zwolennicy tego poglądu—właściwie nie wiadomo⁴⁾.

fisica dazione in possesso. Il parlarsi in luoghi plautini del *pignori opponere* di un fondo o di una casa: a cui è a connettersi altrove il precise accenno della tecnica figura di quest'atto lascia supporre l'esistenza già allora dell'*actio Serviana*...”

¹⁾ *Op. cit.* str. 202.

²⁾ *Op. cit.* str. 89.

³⁾ Herzen *op. cit.* str. 31: „Lorsque... au VI-e siècle de Rome nous trouvons une garantie réelle appelée *pignus* nous devons présumer en faveur du gage proprement dit et n'y voir une hypothèque que si des arguments décisifs nous amènent à le faire”. Manigk: Pfandr. Unters. str. 10: „Das *opponere* bildet hier nur den logischen Gegensatz zu der Summe für die die Pfandsetzung erfolgen solle. Der Sklave Pseudolus besorgt das Geld und setzt sich dagegen zum Pfand”.

⁴⁾ Demelius *op. cit.* str. 232: „Bei Plautus bedeutet indess *opponere* nichts als dagegen einsetzen und zwar kann sich das dagegen

W komedji „Curculio” wcale niema mowy o zastawie, ale o zakładzie. Znany błąd, polegający na podciąganiu pod pojęcie zastawu każdego fragmentu, w którym figuruje rzeczownik *pignus*, lub czasownik *opponere* powtarza się i tutaj:

Provocat me in aleam, ut ego ludam. Pono pallium,
Ille suum anulum *opposivit*.

(Curculio 2, 3, 76—wyd. u Ussinga t. 2. Hauniae 1878, str. 238).

Jest tu wyraźnie mowa o zakładzie. W grze (*alea*) jeden ze współzawodników kładzie płaszcz, jako stawkę—drugi przeciw temu płaszczowi stawia swój pierścień. Czasownik *opponere* jest tu pod względem językowym zupełnie na miejscu. Wyrażenia: *ponere*, *opponere*, *deponere* filologicznie różnią się niewiele.

Depositum, powiada Paulus, est quasi diu positum.
(Sententiae 2, 12, 2).

Oppono, czytamy w słownikach¹⁾, est deponere et contra alium provocantem *pignus ponere*.

Opponere to stawiać naprzeciw (przyimek *ob* w złożeniach ma właśnie takie znaczenie np. *occurrere*, *obvius*). Doszukiwać się w komedji „Curculio” wzmianki o zastawie nierękodajnym naprawdę trudno²⁾.

W sztuce „Truculentus”, Astaphium, pokojówka kurtizany, mówiąc o majątku zakochanego Dynarcha, wyraża się w następujący sposób:

Huic homini amanti mea era apud nos neniā
dixit de bonis.

Nam fundi et aedis obligatae sunt ob Amoris
praedium.

(Trucul. 2, 1, 3, wyd. u Goetza i Schoella t. 7. str. 82).

beziehen einmal auf das vom Gläubiger zu Gebende. So in der Stelle aus Pseudolus...”

¹⁾ Totius Latinitatis Lexicon. V-o oppono III.

²⁾ Demelius op. cit. str. 233: „Hier ist opponere gewiss in Bezug auf die Art. des Einsatzes nichts Anderes als ponere.

W tej komedji niektórzy pisarze upatrują bezwzględnie wzmiankę o zastawie nierękodajnym¹⁾, inni twierdzą, że mamy tu do czynienia z formą zastawu odrębnego *iuris civilis* mianowicie z *fiducia*²⁾, wreszcie Demelius³⁾ wstawił się tłumaczeniem oryginalnem, twierdząc, że:.... „obligatae” nie znaczy wcale „zastawione” tylko, że majątki Dynarcha są już w mocy kurtizany („Sie sind schon so gut wie unser”—„Sie sind uns verfangen”).

Wyraz „obligare” ma w języku łacińskim rozmaite znaczenia. Herzen w swej pracy zestawiał je wszystkie i znalazł aż dziewięć odmian tego słowa, każde zależnie od swego położenia może oznaczać co innego⁴⁾. Wprawdzie według Voigta⁵⁾ wyrażenie „rem pignori obligare” jest charakterystyczne dla zastawu nierękodajnego, ale, jak to wykazał Manigk⁶⁾, terminologia ta nie jest pewna. I tak np. u Modestyna czytamy:

Creditor praedia sibi *obligata* ex causa pignoris
locare recte poterit.

(Modestinus 1. 3. regularum — fr. 23 pr. D. de pign. 20, 1).

Fragment ten wskazuje na przejście posiadania zastawu do rąk zastawnika, gdyż to on wynajmuje grunt zastawiony.

Pamiętajmy pozatem, że słowo „obligare” jest użyte w komedji a nie w dziele prawniczym; możemy wiele, i słusznie przypisywać znaczenia Plautowi, ale nie trzeba żądać od niego zbytnej już skrupulatności w wyrażeniach. Czego nie byłoby wolno prawnikowi, na to „*licitia poetica*” dozwala poecie; słowem jesteśmy przekonani, że służąca Astaphium nie miała na myśli zastawu, bo i skądżeby

¹⁾ Dernburg op. cit I str. 64. Jourdan op. cit. str. 89.

²⁾ Herzen op. cit. str. 34: „Quant à voir... une hypothèque dans Plaute, Truculentus 2, 1, 3—4... c'est oublier que obligare peut s'entendre très bien de la fiducia, que rien n'empêche d'admettre ici”.

³⁾ Op. cit. str. 233.

⁴⁾ Op. cit. 22—24.

⁵⁾ Op. cit. II str. 673.

⁶⁾ Op. cit. str. 11 i 12.

wreszcie była tak doskonale poinformowana o stanie majątkowym Dynarcha, żeby mogła przypuścić zastaw na dobrach kochanka swej pani? Demelius słusznie zauważył, że niema w tej komedji mowy o jakimkolwiek zastawie. Zdaje nam się, że chodzi tu poprostu o zaplątanie się dóbr młodzieńca, może w długi, jakie wynikną z drogiego okupywania łask kurtyzany. Majątek Dynarcha przeszedł w stan związania (obligare), zależności od kochanki.

Inne przykłady, dawane przez zwolenników zastawu nierękodajnego za czasów Plauta i oznaczenie tegoż zastawu przez słowo *opponere*, jak wyjątki z Katullusa (Carmen XXVI ad Furium), Terencjusza, Seneki zostały wyjaśnione i odrzucone konsekwentnie przez Herzena¹⁾. Dodajmy, że fragment ze słownika Festusa (v-o *reluere*), którego autorem jest Cecyljusz Stacjusz, mianowicie:

Reluere, „resolvere”, „repignerare”. Caecilius in Carine: „Ut aurum et vestem, quod matris fuit, reluat, quod viva ipsi opposuit pignori”.

(Bruns II str. 31).

wskazuje prawdopodobnie na zastaw rękodajny wobec jego przedmiotu — ruchomości (*aurum et vestis*), gdyż *pignus proprie rei mobilis constitui(tur)”*²⁾.

I rzeczywiście nie możemy sobie wyobrazić, aby w okresie tak dawnym mógł powstać zastaw niepołączony z przejściem posiadania do zastawnika. Stosunek wierzyciela do rzeczy zastawnej, polegający na możliwości przejścia posiadania do tegoż wierzyciela w razie uchybienia płatności jest wynikiem pewnego udoskonalenia się pojęć prawnych, które na prymitywnym jeszcze stopniu kultury prawniczej nie da się pomyśleć. Trzeba jakiegoś przejścia ewolucyjnego od zastawu odręcznego do nieodręcznego, przejścia stopniowego, niepostrzeżonego, które wytwarza samo życie ludzkie. Zastaw nieodręczny u Plauta bez takich etapów przejściowych, jako nagły wytwór myśli ludzkiej jest nie

¹⁾ Op. cit. str. 31—33.

²⁾ fr. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16.

do pomyślenia. Dernburg widzi to doskonale¹⁾, ale wyciąga ze swych przesłanek tylko częściowe wnioski, wreszcie, omylony wyrażeniem *opponere*, rzekomo rdzennie rzymskiem oznaczeniem zastawu nieodręcznego, przyjmuje jego istnienie w komedjach Plauta, chyba jako czegoś, co wyskoczyło, podobne Atenie z głowy Zeusa, bez przygotowania życiowego, bez etapów ewolucyjnych. Za czasów Plauta mamy już do czynienia z pewną specyficzną odmianą *pignus*, reprezentowaną w formularzach Katona, ale ona właśnie stanowiła węzeł łączący *pignus* odręczne z nieodręcznym. U Katona Starszego należy szukać początków tego interesującego przełomu, stosunki rolne rzymskie tego okresu i następnego dadzą nam wytlomaczenie ewentualnych pytań.

Czy rozwojowi zastawu nieodręcznego sprzyjała myśl obca: grecka, czy rdzennie rzymska, malująca się w zabezpieczeniu żądań państwa drogą *cautio praediis* — to będzie przedmiotem oddzielnych rozważań. (Poniżej rozdział IV § 5).

Dodajmy, że myśl nieodręcznego zastawu jest nieznana na różnych stopniach kultury prawniczej, gdy zastaw odręczny jest znany bardzo szeroko. Nie zna wcale zastawu nieodręcznego prawo muzułmańskie²⁾, o zastawie tym nie wspomina ani prawo chińskie³⁾ ani zwyczaje wysp filipińskich⁴⁾, ani Pendżabu⁵⁾, Biharu⁶⁾ lub Dekkanu⁷⁾, tylko prawo Bengalów wspomina o takim zastawie na nieruchomościach⁸⁾, w prawie indyjskim wogóle radzono so-

¹⁾ Op. cit. str. 54: „...Ein formloses, künftiger Apprehension ausgesetztes Pfand ist etwas so Raffiniertes... dass es... in dem Rechtsleben der Vorzeit keinen Raum gewinnen kann”.

²⁾ Kohler: Islamitisches Oblig. und Pfandrecht 9 t. (Ztschr. für verg. RWissenschaft) str. 224: „Das Pfandrecht besteht nicht schon mit dem Vertragsabschluss, sondern erst mit der Übergabe des Pfandes”.

³⁾ Kohler: „Aus dem chinesischen Civilrecht str. 360.

⁴⁾ Kohler: „Pfandrecht auf den Philippinen str. 397.

⁵⁾ Kohler 7 t. 1887 r.

⁶⁾ Kohler 8 t. 1889 r.

⁷⁾ Kohler 8 t. 1889 r.

⁸⁾ Kohler 9 t. 1891 r.

bie czasem przez instytucję sprzedaży warunkowej, zbliżonej nieco do greckiego zastawu nierękodajnego, ale istotnym dla tego prawa był jednak zastaw rękodajny¹⁾.

I łatwo wytłumaczyć sobie można tę przewagę zastawu rękodajnego nad nierękodajnym. Obok nierozwiniętych jeszcze myśli prawniczych dominująca idea użytkowania zastawu mogła być zrealizowana w pierwotnych stosunkach tylko drogą przejścia posiadania w ręce zastawnika. Zastaw nierękodajny to wytwór późniejszy.

§ 2.

Pignus w formularzach Katona. Rzymskie stosunki rolne i ich ewolucja.

Marcus Porcius Cato (zmarł w 149 r. przed Chrystusem) „rolnik gorliwy i mąż stanu, prawnik i wielki dowódca, mówca i literat”²⁾ pozostawił nam ciekawą książkę o rolnictwie (*De agri cultura*), książkę przeznaczoną wyłącznie dla celów praktycznych, bo Kato—praktyk—życie realne stawiał na pierwszym planie i o niem głównie myślał. Ale właśnie ta praktyczna strona książki Porcjusza ma dla nas nieocenione znaczenie, tem bardziej, że spotykamy się w niej z zastawem — pignus w czasach dość wczesnych, a możemy być pewni, iż w dziele Katona mamy do czynienia z istotnymi realnymi stosunkami życia, iż nie będziemy wyprowadzeni w pole, jak mogłoby się zdarzyć przy analizie utworu poetyckiego. Formularze Katona to rodzaj starorzyskiego rolniczego kalendarza, w którym

¹⁾ Kohler 3 t. 1882 r. str. 185: „Die Hypothek, die Realsicherung ohne Besitz hat das indische Recht nicht entwickelt, an Stelle derselben bediente man sich in der Praxis eines Instituts... des suspensiv bedingten Verkaufs... Das eigentliche Pfand ist im indischen Recht stets Besitzpfand”.

²⁾ Cornelius Nepos: Marcus Porcius Cato (*Vie des grands capitaines l'antiquité...* Paryż 1781 str. 334.) „Nam et agricola solers et Reipublicae peritus et iurisconsultus et magnus imperator et probabilis orator et cupidissimus litterarum fuit”.

autor zamieszczał całe szeregi drobiazgów¹⁾. W interesujących nas fragmentach książki o rolnictwie czytamy:

Rozdział 146: *Oleam pedentem hac lege venire oportet.*

§ 5: *Recte haec dari fierique satisque dari domino aut cui iusserit (ius erit?) promittito satisque dato arbitrato domini. Donicum solutum erit aut ita satis (datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto.*

§ 7: *Si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat: emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re ita uti supra scriptum est, item pignori sunt.*

(Bruns t. 2. str. 49).

Rozdział 149: *Qua lege pabulum hibernum venire oporteat.*

§ 7: *Donicum pecuniam satisfecerit (sc. emptor) aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunt.*

§ 8: *Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.*

(Bruns 2 t. str. 50).

Rozdział 150: *Fructum ovium hac lege venire oportet.*

§ 7: *Donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.*

(Bruns t. 2. str. 51).

W przytoczonych fragmentach chodzi o stosunki między drobnym rolnikiem—właścicielem (dominus) a naj-

¹⁾ Plutarch: Kato (25)—opracował Sinko. Kraków, 1920: „I napisał (Kato) książkę o wiejskim gospodarstwie, gdzie ma także rzecz o sposobie robienia placzków, i zachowania na cały rok owoców, bo lubił i drobne szczegóły rozbierać”.

mobiorcą roli, kupcem, małym spekulantem (conductor, emptor). Najmobiorca posiada zwykle przeznaczony do roli inwentarz. Ten inwentarz stanowi cały jego majątek¹⁾; ewentualny urodzaj, np. pomyślne obrodzenie oliwek przyniesie mu pewien zysk, z którego spłaci właściciela gruntu. Często przystępuje do pracy z małym bardzo kapitałem: ma zamiar zapłacić czynsz później, po zbiorach. Tymczasem właściciel żąda od niego gwarancji zapłaty: poręki, a dopóki tej nie znajdzie — zastawu. Najmobiorca daje w zastaw inwentarz rolny, ale przecież nie może go się pozbyć, bo czemby pracował na roli? Posiadanie zastawnika, połączone w owym czasie z reguły z użytkowaniem wyłączałoby możliwość pracy dzierżawcy. Stąd myśl, aby posiadanie rzeczy zastawnej, owego inwentarza (invecta et inlata) pozostało przy zastawcy. Właściciel gruntu może śledzić pracę dzierżawcy, bo zwykle mieszka nadal na gruncie i nie obawia się, że dzierżawca przewłaszczy przedmiot zastawu osobie trzeciej. Gdyby natomiast najmobiorca usiłował wynieść z gruntu część inwentarza, na zasadzie klauzuli przepadłości, którą strony dołączyły uroczystie do umowy między sobą — przestawał być właścicielem rzeczy zastawnej i ta przechodziła na własność najmodawcy:

Si quid deportaverit, domini esto.

Tak więc myśl zastawu (pignus) nierękodajnego przejawiała się prawdopodobnie raz pierwszy w stosunkach

¹⁾ Kato w rozdziale 10 zajmuje się szczegółowym wyliczeniem tego inwentarza potrzebnego na uprawę 240 jugerów roli: do inwentarza liczą się głównie niewolnicy (pastuszkowie, wolarze i t. d.), czworonożne zwierzęta (woły, osły) i najniezbędniejsze narzędzia (miski i garnki do zbierania oliwy). Cato: 10: quot conservos, quot boves asinosque et ministros atque utensilia habere oporteat. Quomodo oletum agri iugerum CCXL instruere oportet: villicum, villicam, operarios V, bubulcos III, subulcum I, asinarium I, opilionem I; summa hominum XIII. Boves trinos, asinos... qui sterlus vectent, asinum I, oves C, vasa olearia instructa iuga V, ahenum..., operculum aheni, uncus ferreos III i t. d. (Les agronomes latins: Caton, Varron, Columelle, Palladius, publiés sous la direction de M. Nisard. Paris, 1844).

między dzierżawcą a właścicielem gruntu rolnego. Trzeba zaznaczyć, że zerwanie gwałtowne z dawnym pignus rękodajnym bynajmniej nie nastąpiło. Nie należy zapominać, że stosunek między właścicielem roli a przedmiotem zastawu jest inny w tych pierwotnych stosunkach drobnej własności, niż później w okresie latyfundi. Za czasów Katona zastawnik mieszkał wraz z zastawcą na gruncie, miał na swej uwadze przedmiot zastawu. Ta inductio na grunt właściciela była, rzecz można, surogatem traditionis; z jej dopiero chwilą powstaje zastaw. Jej znaczenie podkreślają późniejsze źródła, np. Gajus:

Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et, antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est.

(Gaius I. singulari de formula hypothecaria — fr. 11 § 2 D. qui potiores 20, 4).

Tak więc przełom między zastawem rękodajnym a nierękodajnym, który się z niego wyłonił, nie jest bynajmniej gwałtowny ale wolny, jako środkowy etap mający inductionem, która zastępowała poniekąd tradycję; jak późniejsza umowa realna zastawu przychodzi do skutku *re*, tak też zastaw na inwentarzu przychodzi do skutku *inductione*.

Niektórzy pisarze, jak Karlowa¹⁾, Herzen²⁾ uważają nawet, że u Katona mamy do czynienia z właściwym zastawem rękodajnym. Według Herzena nic nie stoi na przeszkodzie, aby dzierżawca przeniósł na właściciela roli posiadanie inwentarza. „Il n'est pas nécessaire de séquester des objets, pour les posséder”, powiada Herzen³⁾. Zdanie to jest tylko częściowo słuszne, bo pignus u Katona oznacza już w każdym razie zerwanie z dawną zasadą rękodajną.

¹⁾ Römische Rechtsgeschichte. Lipsk 1901, 2 t. str. 610.

²⁾ Op. cit. str. 34—37.

³⁾ Ibid, str. 35.

dajności zastawu. Tę rękodajność zastępuje wprowadzenie na grunt przedmiotu zastawu, to wprowadzenie ułatwia pojęcie nowej formy pignus, ale przez nie właściciel gruntu nie uzyskuje posiadania inwentarza dzierżawcy. Wywody Herzena o dawnej teorii posiadania w prawie rzymskim, która to teoria dozwalała zasiedzieć skarb ukryty w ziemi, nieznany właścicielowi gruntu a i analogicznie miała uważać tegoż właściciela za posiadacza przedmiotów na grunt wprowadzonych zostały źródłowo skrytykowane przez Manigka¹⁾. Jednym z rozstrzygających argumentów jest tutaj przyznane później właścicielowi gruntu *interdictum Salvianum adipiscendae possessionis*; gdyby właściciel gruntu już poprzednio był posiadaczem inwentarza dzierżawcy, uzyskałby musiał raczej *interdictum retinendae possessionis*.

Ochroną prawną dla owego pignus w formularzach Katona była, jak już wspomnieliśmy, dodana do umowy klauzula przepadłości: w razie wyniesienia rzeczy zastawnej poza grunt rolny spełniał się warunek, zmieniający sytuację dawniejszą zastawnika w stosunku do rzeczy zastawnej. Stawał się on jej właścicielem a jako taki mógł wydobyć tę rzecz od każdej osoby drogą *legis actio sacramento in rem*, gdyż głównym przedmiotem inwentarza były *res Mancipi* (*servi, boves, muli, equi, asini*).

Opieka, jaką prawo obdarza zastawnika w razie podstępного zachowania się zastawcy, nie wynika jeszcze z samego faktu ustanowienia zastawu, ale opiera się na uroczystości wyrażonej w *lex commissoria* woli stron. *Inductio* i *traditio* w pojęciach rzymskich były bardzo do siebie zbliżone. Tak przy jednej, jak i drugiej drogą *lex commissoria* własność przechodziła na zastawnika, jeżeli spełniał się warunek przepadłości.

Niektórzy uczeni uważają, że zastaw nierękodajny posiadał za czasów Katona pełną ochronę prawną, że był wyposażony w akcję rzeczową, co ma pewien związek z odnalezionymi przez nich rzekomo wzmiankami o zasta-

¹⁾ Pfandr. Unters. str. 61—64.

wie nierękodajnym za czasów Plauta¹⁾, inni twierdzą, że *contractus pigneratitius* i wypływająca z niego *actio in personam* była Katonowi znana²⁾. W ostatnich czasach Naber (1903)³⁾ i Manigk (1904)⁴⁾ przyłączają się do tych wywodów. Na przeciwnym biegunie stoją zwolennicy późnego rozwoju pignus Kuntze⁵⁾ i Herzen⁶⁾.

Stronnicy uznania pignus za instytucję prawną u Katona opierają się na rozdziale 149 § 8, mianowicie na zdaniu:

Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.

Według niektórych (Dernburg) ma ten fragment wskazywać na istnienie *actionis Servianae* — akcji rzeczowej, według innych (Karlowa) jest to wzmianka o *actio pigneratitia in personam directa*.

Do jakich jednak stosunków odnosi się zdanie: „*Romae iudicium fiat*”, co to są za „*res*”, o jakich mówi Kato, tego napewno nie wiemy. Czemuż przypuszczać, że są to stosunki wynikające z umowy zastawnej? W 149 rozdziale mamy bardzo bogatą treść, ujętą w zwięzłe formułki. Ileż kontrowersji mogło wynikać między panem a dzierżawcą niekoniecznie tylko odnośnie do zastawu inwentarza. Szeregowanie paragrafów u Katona jest dość dowolne. Nieraz kolejne paragrafy traktują o materjach całkowicie różnorodnych. Urywany styl Katona, zawsze ekonomizującego czas, nie dozwala mu na literackie połączenie jednego ustępu z drugim. Stąd myliłby się ten, kto by sądził, że końcowy ustęp paragrafu 7 rozdziału 149: „*pigneri sunt*” koniecznie ma się łączyć z początkiem paragrafu 8: „*si quid de iis rebus controversiae erit*”. Wydaje nam się, jakoby zwłaszcza

¹⁾ Dernburg, op. cit. str. 66.

²⁾ Karlowa loco citato.

³⁾ Op. cit. str. 222: „*Longe videtur probabilius Salvianum... Hannibalici belli tempora retrorsus excedere*”.

⁴⁾ Op. cit. str. 32—33: „...so werden wir uns auch dazu verstehen müssen, die Stellung des Pfandgläubigers auch schon bei Cato als rechtlich geschützt anzusehen”.

⁵⁾ Op. cit. t. I. str. 22—24.

⁶⁾ Op. cit. str. 38—41.

Dernburg nagiął swoje tłumaczenie paragrafu 8 Katona do znalezionych rzekomo przez siebie wzmianek o zastawie nierękodajnym u Plauta: *pignori opponere*¹⁾. Gdy teoria *pignori opponere*—zastawu nierękodajnego w komediach Plauta upada, runie z nią razem wzmianka o akcji rzeczowej w formularzach Katona.

Argument nieco poważniejszy, natury terminologicznej przytacza Manigk²⁾. Wedle niego rdzennie rzymskim wyrażeniem dla zastawu nierękodajnego jest: „*pignori esse, convenire, ut res pignori sit*” w odróżnieniu od *pignus ponere* (*deponere, pignori opponere*), jako wyrażenia zastawu rękodajnego. Dowody źródłowe, przytoczone przez uczynego badacza terminologii zastawu są rozstrzygające, ale wnioski w zastosowaniu do ochrony prawnej zastawu u Katona nie wynikają bynajmniej z przesłanek. Stwierdziwszy bowiem, że wyrażenie „*pignori esse*” jest charakterystyczne dla zastawu nierękodajnego pisze Manigk³⁾: „*Müssen wir also die Worte bei Cato wie bei Labeo und den späteren als formelmässige ansehen, so werden wir uns auch dazu verstehen müssen, die Stellung des Pfandgläubigers auch schon bei Cato als rechtlich geschützt anzusehen*”. Ale mówiliśmy, że u Katona mamy do czynienia z pewnym specyficznym rodzajem zastawu, który różni się od zastawu rękodajnego a zbliża się do nierękodajnego, jakkolwiek nim jeszcze nie jest. Używanie przez późniejszych autorów (Labeo i inni) zwrotu „*pignori esse*” na oznaczenie zastawu nierękodajnego, mającego już ochronę prawną, nie przesądza stanowiska zastawu — *pignus* u Katona. Późniejsza terminologia nawiązała tylko do

1) Op. cit. t. I. str. 65: „Ehe man auf die *actio Serviana* hoffen konnte wird wohl Niemand sich mit einem *pignori opponere* eines Grundstücks... begnügt haben; — So dürfen wir denn auch annehmen dass die bekannten *Verpfändungsformulare*, die uns in der Schrift des Cato Censorius... erhalten sind, bereits im Vertrauen und mit dem Rückhalt der *actio Serviana* abgeschlossen werden”.

2) Pfandr. Unters. str. 17 uw. 1., str. 29—32.

3) Ibid. str. 32—33.

przejściowego etapu jaki stanowiło *pignus* w dziele: „*De agri cultura*”¹⁾.

W pierwotnych stosunkach dostateczną dla zastawu u Katona ochroną była *lex commissoria*; pozbawiała ona dzierżawcę możliwości wszelkiego podstępного wyniesienia rzeczy, należącej do inwentarza z gruntu; o alienację na gruncie nie było co się obawiać; właściciel roli czuwał sam nad swymi interesami.

Zastąpienie przez indukcję konieczności tradycji wywołało jednak jeszcze dalsze, pomyślne konsekwencje w rozwoju zastawu. Dozwalało ono raz pierwszy na użycie zastawu ogólnego, nie specjalnego. Inwentarz dzierżawcy powiększał się w miarę postępu jego interesów: wszelki przyrost uważano za zastaw, podlegający tym samym, co i reszta, prawom już z chwilą wprowadzenia na grunt. Gdyby do powstania tego zastawu potrzebna była tradycja, każdy nowy przedmiot inwentarza musiałby być oddzielnie wręczany, co byłoby z czasem coraz trudniejsze wobec poszerzenia się stopniowego własności ziemskiej, wobec stosunków coraz bardziej ulegających zmianie, gdy właściciel ziemski nie mógł już przebywać wszędzie na tych kawałkach roli, które najmował; powstanie zastawu przez wprowadzenie na grunt inwentarza dało impuls do bujnego rozwoju nowej formy *pignus*-zastawu nierękodajnego, który się tu też rozwinął.

1) Podobne stosunki, jak na roli, panowały również i w miastach. Właściciel domu otrzymywał prawo zastawu na meblach najmobiorcy, wprowadzonych do najętego mieszkania. W razie przejścia terminu płatności mógł najmodawca zamknąć (*percludere*) mieszkanie wynajęte i nie dopuścić do wyniesienia z niego ruchomości. W dalszym rozwoju przeciw tej perkluzyji udzielił pretor najmobiorcy mieszkania po zapłaceniu komornego specjalnego prohibicyjnego interdyktu *de migrando* (tit. D. 43, 32: *de migrando*). Ale, gdy zastaw inwentarza na roli dzięki specyficznym stosunkom rozwinął się bujniej i uzyskał w końcu specjalną ochronę prawną drogą akcji rzeczowej, zastaw ruchomości w mieszkaniu nie wykazuje podobnych zbyt silnych zmian historycznych. W dalszym rozwoju uznano za zastaw mebli w mieszkaniu za ustawowy. Nastąpiło to prawdopodobnie w pierwszym wieku po Chrystusie (Nerwa).

Plutarch powiada¹⁾, że Kato odwiedzał często domek Manjusza Kurjusza Dentata, wielokrotnego trjumfatora. Mąż ten sam uprawiał rolę, mieszkał w skromnej lepiance, na obiad jadał rzepę, którą sam był sobie zgotował. Takie były jeszcze stosunki na roli w Rzymie za czasów powstania dzieła „De agri cultura”, choć się Manjusz pewnie już zaliczał do wyjątków. Ale te stosunki zwolna ulegały zmianie. Liczne wojny wyniszczyły klasę drobnych rolników; zginęły powoli samodzielne gospodarstwa rolne—ich miejsce zajęły większe posiadłości. Wielka własność zaczęła charakteryzować obecnie Italię. Latyfundja, na których pracowali niewolnicy coraz liczniejsi po zwycięskich wojnach, dawały złe dochody. Stąd naturalne dążenie do reformy. Ludzie światlejsi widzieli wyjście z trudnej sytuacji przez system dzierżaw na wielką skalę, przez obsadzanie wielkiej własności drobnymi rolnikami wolnymi. Radzi ten system gorąco Kolumella, rówieśnik Celsusa, w swej rozprawie o rolnictwie²⁾:

In longinquis tamen fundis, in quos non est facilis excursus patrisfamilias, cum omne genus agri tolerabilius sit sub liberis colonis, quam sub villicis servis, tum praecipue frumentarium quem et minime (sicut vineas et arbustum) colonus evertere potest, et maxime versant servi.

(Col. 1, 7).

Kolumella nie ma dość słów potępienia dla systemu rolniczego, opartego na pracy niewolników:

Nam et ipsi (sc. servi) diripiunt et ab aliis furibus non custodiunt.

(Ibid.)

Dlatego też trzeba koniecznie powszechnego przyjęcia się systemu kolonatu; właściciel w celu zachęcenia dzierżawców nie powinien być zbyt wymagający; stosunki między nim a najmobiorecą winny być jaknajprzyjaźniejsze:

¹⁾ Kato 2.

²⁾ De re rustica. (wyd. Nisard, Paryż 1844).

Sed nec dominus in unaquaque re, cum colonum obligaverit, tenax esse iuris sui debet sicut in diebus pecuniarum, ut lignis et caeteris parvis accessionibus exigendis, quarum cura maiorem molestiam, quam impensam rusticis affert.

(Ibid.)

Kolonat wyrugował tedy pracę niewolniczą, ale miał i swoje złe strony: rolnik-dzierżawca nieprzywiązany do ziemi, nie będącej jego własnością, stosował gospodarke rabunkową, niszcząc grunt, wyjaławiając ziemię; pod względem społecznym zniknięcie klasy drobnych właścicieli było klęską: chłop wolny to rdzeń i krew państwa, to najskuteczniejszy oręż obrony niepodległości. Friedländer¹⁾ twierdzi, że za cesarstwa większość obywateli Italji stanowili drobni dzierżawcy i że to nie „latifundia perdidere Italiam”, ale wyciśnięcie małej prywatnej własności przez wszędzie się panoszącą małą dzierżawę na latyfundjach. Czy system niewolniczy, czy kolonat był lepszy — dość, że stosunki rolne po Katonie uległy gruntownej zmianie, przyczem kolonat wyparł wielkie gospodarstwa, poruszane pracą niewolniczą. Jakżeż przy stosunkach tego rodzaju przedstawia się zastaw inwentarza dzierżawcy? Już właściciel gruntu nie mieszka wraz z dzierżawcą na skromnej swej posiadłości, już nie może sam dawać baczania na to, aby zastawca nie postępował podstępnie. Jednocześnie właściciel gruntu traci łączność z inwentarzem dzierżawcy. Prawda, że inwentarz znajdował się na gruncie właściciela, ale właściciel mógł go już nawet nie widzieć. Zwolna zacierała się myśl, że indukcja to właściwie surogat tradycji. I dalej jeszcze indukcja stwarzała zastaw na inwentarzu, ale już rozumiano lepiej różnicę pomiędzy tem pignus, a pignus traditum. Myśl o zastawie nierękodajnym przyjmowała się zwolna, ale ciągle. Stworzyło ją samo życie, a znajdowała ona współdziałanie w znanej rzymskiemu prawu gwarancji

¹⁾ Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms. Lipsk, 1901, t. I. str. 193.

rzeczowej bez przelania posiadania na uprawnionego, mianowicie w rozwiniętej na polu prawa publicznego *cautio praediis*. Dla owego zastawu nierękodajnego, w ten sposób się tworzącego już *lex commissoria* nie wystarczała, nie akcentowała ona zresztą zastawu, jako oddzielnej instytucji prawnej. Prawo pretorskie w osobach Salwusza i Serwiusza zajęło się wykształceniem tej tak ważnej w życiu ekonomicznym instytucji.

§ 3.

Cautio praedibus praediisque i jej stosunek do zastawu nierękodajnego prawa prywatnego.

Rozwój nierękodajnego *pignus* znalazł lepsze zrozumienie w myśli rzymskiej dzięki pewnym stosunkom, jakie wytworzyły się na polu prawa publicznego, a które przedstawiały analogię z zastawem nierękodajnym obrotu prywatnego. Stosunki te wytworzyły się między państwem a osobami prywatnymi, jako t. zw. *cautio praedibus praediisque*.

Państwo lub gmina wymaga, aby każdy, kto wchodzi z niem w stosunek dłużniczy, gwarantował wypłatę należnej sumy przez postawienie ręczycieli (*praedes*)¹⁾. Ci poręczyciele odpowiadają w pierwszym rzędzie, jeszcze przed samym dłużnikiem za wypełnienie obowiązków wzglę-

¹⁾ Etymologia słowa *praedia*-*praes* nie jest pewna. Posiadamy co prawda etymologię Warrona (*De lingua latina* 5, 40-Bruns II str. 52): „*Praedia dicta item ut praedes a praestando, quod ea pignore data publice mancipis fide praestent*” ale nie wydaje się ona dość pewna zarówno, jak zgodne z nią wywody Festusa (*Manceps*): „*Manceps dicitur, qui quid a populo emit conductive, quia manu sublato significat se auctorem emptionis esse; qui „idem praes” dicitur, qui tam debet „praestare” populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est* (Bruns II str. 13); Varro, *de lingua latina* 6: 74: itaque *praes, qui a magistratu interrogatus in publicum ut praestet (praes siet?); a quo et, cum respondet, dicit: „praes”* (Bruns II t. str. 57). Mommsen (*Die Stadtrechte*) str. 466 uw. 26. wyprowadza „*praes*” od *prae-videre*, Dernburg op. cit. t. I. str. 27 — od *prae-vas* (*praefari*). W każdym razie etymologia ta mało rzuca światła na samą tak zw. „*praediatura*.”

dem państwa. W niektórych wypadkach zamiast poręczycieli kontrahent stawia swój majątek w pewną od państwa zależność, mianowicie gwarantuje państwu wypłacalność przez zapisanie swych nieruchomości (*praedia*) w rejestrze urzędowym (*subsignare*), lub przez ustne oświadczenie (*subdere*). Wypadki gwarancji *praediis* są zrazu rzadsze od zabezpieczenia *praedibus*, co się tłumaczy przekładaniem przez Rzymian gwarancji osobistych nad rzeczowe. Mommsen starał się nawet wykazać¹⁾, że gwarancja przez zapisanie nieruchomości w rejestrze publicznym pojmowana była, jako póręka, mianowicie w ten sposób, że sam przedsiębiorca stawał się swym poręczycielem (*idem praes*).

Cautio praedibus lub *praedibus praediisque* zachodziła zwłaszcza przy wyborze kandydatów na godności miejskie w celu gwarantowania całości pieniędzy publicznych. Tak np. w ustawie dla miasta Tarentu czytamy:

Quique quomque comitia duovireis aedilibusque rogandis habebit, is, antequam maior pars curiarum quemque eorum, qui magistratum eis comitiis petent, renuntiabit, ab eis qui petent praedes, quod satis sit, accipito.

(*Lex Tarentina* w. 14—17—Bruns I t. str. 121).

Przedsiębiorca publiczny (*Manceps, publicanus*)²⁾, dzierżawca ziemi państwowej z reguły musi gwarantować państwu wypłatę należności, bądź przez ręczycieli, bądź przez *subsignatio praediorum*:

...*Et subsignandi haec solebat (esse) causa: (ut) aut qui vectigalia redimeret, aut qui pro mancipe vectigalium fide suam interponeret, loco pigneris praedia sua rei publicae obligarent, quoad omnem pecuniam redemptores vectigalium repensarent.*

(*Scholium Bobiense in or. pro Flacco* — Bruns t. 2. str. 73 uw. 1).

¹⁾ Op. cit. str. 471.

²⁾ Gaius I. 3 ad edictum provinciale: *Eum qui vectigal populi Romani conductum habet „publicanum” appellamus* fr. 16 D. de v. s. 50, 16.

Cała umowa zostaje zapisana w księgach urzędowych:

Quasque locationes fecerit quasque leges dixerit, quanti quit locatum sit et (qui) praedes accepti sint, quaeque praedia subdita subsignata obligatae sint. in tabulas communes... referantur facito.

(Lex Malacitana c. 63—Bruns t. I str. 153).

Senat pożyczał ludziom prywatnym na pewne cele pieniądze pod warunkiem gwarancji praedibus praediisque. W historii rzymskiej Liwiusza czytamy:

Si quibus argentum in praesentia deesset dandam ex aerario pecuniam mutuam praedibusque ac praediis cavendum populo censerent (sc. senatores).

(Ab urbe condita 22, 60).

Zarówno majątek praes'a, jak i majątek bezpośredniego kontrahenta w wypadku subsignatio praediorum znajdował się w szczególnej od państwa zależności. W razie, gdyby przedsiębiorca nie zapłacił należnej sumy w terminie, następowała sprzedaż jego majątku, co nosiło nazwę: praedes praediaque vendere. Nagłówek jednego z rozdziałów ustawy dla miasta Malagi brzmi jak następuje:

Ut ius dicatur e lege dicta praedibus et praediis vendundis.

(Lex Malacitana, rubr. cap. 65—Bruns t. I. str. 154).

Ten sam los spotykał majątek tak zw. cognitores, t. j. ludzi, którzy ręczyli, że nieruchomości głównego dłużnika lub praes'a odpowiadają wymaganym przez państwo warunkom, np., że są w kwirytarskiej własności kontrahenta, lub że nie ciąży na nich długi, że nie zostały poprzednio zastawione, albo, że dany praes nie zobowiązał się już przedtem wobec innej gminy, który to ostatni warunek wyrażał się przez słowa: praedes (praedia) soluti (soluta). W lex Malacitana czytamy:

...quique eorum praediorum cognitores facti sunt erunt... qui eorum soluti liberatique non sunt non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt eaque omnia quaeque eorum soluta liberataque non sunt

non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt in commune... obligati obligataeque sunt...

(Lex Malacitana c. 64—Bruns t. I. str. 153—154).

Sprzedaż majątku kognitora następowała w razie wykrycia sprzeczności jego zeznań z prawdą:

Eosque praedes eaque praedia eosque cognitores, si quit eorum, in quae cognitores facti erunt, ita non erit qui quaeve soluti liberati soluta liberataque non sunt non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt, ilviris. ...vendere legemque his vendundis ius potestasque esto.

(Lex Malacitana, c. 64—Bruns t. I. str. 153—154).

Ze źródeł wiadomo, że sprzedaż majątku praes'a, dłużnika lub kognitora następowała w pierwszym terminie na zasadzie t. zw. lex praediorum, a jeżeli na tych warunkach nie znaleziono nabywców, wówczas odbywała się sprzedaż lege praediorum in vacuum:

Dum eam legem is rebus vendundis dicant (sc. Ilviri), quam legem eos, qui Romae aerario praerunt, e lege praediorum praedibus praediisque vendundis dicere oporteret, aut si lege praediorum emptorem non inveniet, quam legem in vacuum vendendis dicere oporteret.

(Lex Malacitana c. 64—Bruns t. I. str. 153—154).

Różnica między sprzedażą e lege praediorum a sprzedażą in vacuum była bardzo znaczna. W pierwszym wypadku nabywca zyskiwał wprawdzie własność kwirytarską majątku kupionego, ale własność ograniczoną, bardzo podobną do własności fiducjarnej. Praes lub główny dłużnik tracili wprawdzie własność swego majątku, ale pozostawali w jego posiadaniu. Jeżeli zapłacili w późniejszym terminie należność już nie państwu, ale przedsiębiorcy, który stawał się ich wierzycielem, mogli drogą usureceptio nabyć ponownie własność wchodzącego w grę majątku. W ten tylko sposób da się wytłumaczyć niejasny do niedawna ustęp Instytucji Gaja:

Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit concessa est usus receptio: sed hoc casu praedium biennio usurecipitur: et hoc est, quod volgo dicitur, ex praediatura possessionem usurecipi.

(Gai 2, 61).

Jeżeli nie znalazł się nikt, ktoby ufał, że praes, lub główny dłużnik zapłaci należność i sprzedaż e lege praedictoria nie doszła do skutku — następowała w drugim terminie sprzedaż in vacuum, mocą której więcej dający zyskiwał własność nie ograniczoną żadnym zastrzeżeniem na dobrach ręcziela, lub dłużnika, a ci definitywnie zostawali wyzuci ze swych praw¹⁾.

Tak przedstawiała się cautio praedibus praediisque w prawie rzymskiem. Zastanówmy się nad tem, czem była w swej istocie cautio praediis. Państwo lub gmina przez proste zapisanie (subsignatio) majątku dłużnika, lub jego ręcziela zyskiwało prawo sprzedaży tego majątku, przy czem dłużnik pozostawał posiadaczem swej własności nie tylko w czasie trwania stosunku obowiązkowego, ale nawet po dokonanej e lege praedictoria sprzedaży. Gdybyśmy mieli do czynienia z podobną umową na polu prawa prywatnego, określilibyśmy ją jako umowę zastawu nierękodajnego, zwłaszcza wtedy, gdy prawo sprzedaży zastawu stało się istotną częścią każdej umowy zastawnej. Prawda, że ta venditio praediorum różniła się od sprzedaży zastawu w prawie prywatnem, ale są to tylko szczegóły bez znaczenia. Państwo zyskuje rzeczowe prawo na majątku dłużnika, może zaspokoić swoją wierzytelność z tego majątku, ale majątek ten pozostaje w posiadaniu dłużnika. Realizacja prawa rzeczowego, należnego państwu, odbywa się drogą sprzedaży. Uczony badacz prawa rzymskiego, Mommsen, w swej wykładni ordynacji miejskich miast Salpensy

¹⁾ Mommsen op. cit. str. 471—476; Heyrovsky: Über die rechtliche Grundlage der Leges Contractus Lipsk, 1881 str. 43—46; Jourdan op. cit. str. 61.

i Malagi widzi w subsignatio praediorum zastaw nierękodajny¹⁾, Heyrovsky stwierdza dobitnie analogię między cautio praediis a hypoteką prawa prywatnego²⁾. Jest to o tyle ważne, że cautio praediis sięga dość dawnych czasów, a więc od bardzo dawna już myśl zastawu nierękodajnego tkwiła w prawie publicznem rzymskiem.

Inna jest kwestja, jaki wpływ wywarła cautio praediis na zastaw nierękodajny prawa prywatnego. Stanowczo za daleko posuwa się Jourdan³⁾, twierdząc, że pignus bez przelania posiadania na zastawnika jest poprostu przeniesieniem całkowitem znanej w prawie publicznem instytucji na pole prawa prywatnego. Przeciw temu przemawia terminologia: w prawie prywatnem przy zastawie nierękodajnym niema mowy o praedia, venditio praediorum; przemawia przeciw recepcji także i fakt, że prawo prywatne nie wspomina o praedes (ręczielach) z bardzo małymi wyjątkami (praedes litis et vindiciarum). Przeniesienia instytucji z jednej dziedziny prawa do drugiej nie można tu przypuszczać. Ale wpływ zastawu prawa publicznego na zastaw prawa prywatnego musiał być silny i obustronny: następowało jak gdyby współprzenikanie dwóch instytucyj, gdyż prawo w istocie swej jest jedno. Wynikiem tego jest np. użycie przez Warrona słowa pignus na określenie cautio praediis, rozumie się w znaczeniu pignus nierękodajnego:

¹⁾ Op. cit. str. 469: „Andrerseits ist es aber vollkommen klar, dass an dem praedium subsignatum weder durch Pignus noch durch Fiducia sondern durch die blosse „Verzeichnung“ der Staat ein dingliches Recht erwarb, also das Recht der Hypothek hier bereits seit ältester Zeit bestand“.

²⁾ Op. cit. str. 44 uw. 1.: „Über den Charakter des Pfandrechts, welches dem Staat an den subsignierten Grundstücken zukam, sind die verschiedensten Ansichten vorgebracht worden... die Haftung der praedia eine dingliche ist... Die Subsignation bergründet kein fiduciarisches Eigentum... Ebenso wenig wird auch der Besitz auf den Staat übertragen... Nach diesen Ausführungen kann darüber kaum ein Zweifel sein, dass wir das Analogon der cautio praediis auf dem Gebiete des Privatrechts bloss in der hypothekarischen Verpfändung zu erblicken haben“.

³⁾ Op. cit. str. 52.

Praedia dicta item ut praedes a praestando, quod ea *pignore* data publice mancipis fidei praestent. (Varro, De lingua Latina 5, 40—Bruns t. II. str. 52).

Z drugiej strony wynikiem tego współprzenikania jest częste użycie czasownika obligare, który, jak to wykazał Manigk¹⁾, jest zrazu charakterystyczny wyłącznie dla cautio praediis a w dalszym rozwoju używa się na określenie zastawu głównie nierękodajnego.

Nie myślimy tu wcale o jakimkolwiek genetycznym stosunku cautionis praediis do zastawu nierękodajnego. Chcemy tylko stwierdzić, jaki wpływ mogła wywrzeć idea tego stosunku między państwem a dłużnikiem na łączność między właścicielem rolnym i dzierżawcą. Zerwanie z dawną myślą o konieczności przelania posiadania na zastawnika zostało ułatwione. W stosunkach rolnych pozostała, prawda, indukcja jako coś analogicznego do tradycji, ale w innych dziedzinach życia, w handlu i przemyśle łącznie z coraz bardziej doskonalącym się zastawem nierękodajnym na roli zaczęła świecić myśl o zupełnym zerwaniu z tradycją. Ta myśl potężnie została poparta przez analogię cautionis praediis, należącej do częstego obrotu życia codziennego.

§ 4.

Pignus traditum et precario concessum i jego wpływ na rozwój zastawu nierękodajnego.

Niekiedy mówi się, że potężną dźwignią w rozwoju zastawu nierękodajnego jest samo pignus traditum udzielone na posiadanie odwołalne (precarium) przez wierzyciela

¹⁾ Pfandr. Unters. str. 54. Znaczenie predjatury dla zastawu nierękodajnego prawa prywatnego podkreśla Manigk (Op. cit. str. 59 uw. 1). Dernburg (Op. cit. t. I. str. 41) widzi główne znaczenie cautionis praediis w wysunięciu na plan pierwszy prawa sprzedaży majątku dłużnika; Naber (Op. cit. str. 225) odrzuca myśl o jakimkolwiek stosunku genetycznym między cautio praediis a zastawem nierękodajnym w prawie prywatnym.

dłużnikowi. Przedstawicielem tego poglądu jest Puchta¹⁾, który wyprowadza nawet analogię pomiędzy interdyktem Salwjańskim a interdyktem de precario. Łączność myślową między prekaryjnym posiadaniem zastawu przez zastawcę a zastawem nierękodajnym przyjmuje także Pokrowskij²⁾, w ostatnich czasach podkreśla ją też Manigk³⁾. Zastanówmy się nad tem, czy ta łączność jest możliwa.

Udzielenie prekaryjnego posiadania przez zastawnika zastawcy było w pierwotnych stosunkach rzymskich (za Plauta i Katona) czemś nie do pomyślenia. Zastawnik, nie mający jeszcze akcji rzeczowej ku ochronie swego prawa, byłby narażony na aljenację rzeczy zastawnej przez właściciela—zastawcę. Wobec trzeciej osoby, która w ten sposób nabyłaby zastaw, był zastawnik bezbronny. Na tak wielkie ryzyko napewno żaden wierzyciel nie zgadzał się dopóty, dopóki nie osiągnął ku swej ochronie actionis in rem, która, jak wiadomo, wyłoniła się w stosunkach rolnych i w nich jedynie należy szukać myśli o zastawie nierękodajnym. Widzi to doskonale Puchta⁴⁾, ale uważa, że zastawnik mógł przez swą osobistą czujność przeszkodzić takiej aljenacji. Lecz, jeżeli ta czujność była możliwa w stosunkach rolnych, gdzie posiadanie inwentarza nie zostało przeniesione na zastawnika, gdzie jednak ten zastawnik mieszkał

¹⁾ Cursus der Institutionen t. II. str. 250, 262; str. 262: „Indem nun der Prätor dem Gläubiger im Folge jenes Pactums dasselbe Recht ohne den Besitz zuerkannte, das der creditor pignoratitius durch Besitz hat, behandelte er den Verpfänder so wie wenn er den Besitz des Pfandes überliefert und (was ja nicht ungewöhnlich war) als precarium zurückerhalten hätte“.

²⁾ Istorja rimskawo prawa, Petersburg, 1913, str. 371: „Nakoniec i opisanije wyšie słuczai pignus s precarium mogli nawodit' na mysl' o wozmożnosti usowierszenstwowat' etu formu, pridaw położenju dołżnika bolieje niezawisimyj od kreditora charakter“.

³⁾ Artykuł „Hypotheca“, 1914.

⁴⁾ Op. cit. t. II. str. 250: „Veräusserte dagegen der Verpfänder, so blieb jenem (dem Gläubiger) freilich sein Interdict (sc. de precario) gegen diesen, gegen den Käufer hatte er es nicht. Es war seine Aufgabe einer solchen Veräusserung durch Wachsamkeit zuvorzukommen“.

wraz z zastawcą na jednym, niewielkim skrawku ziemi dzierżawionej, to była ona nie do pomyślenia w handlowych stosunkach ruchliwego obrotu, gdzie zastawnik z uwagą musiałby siedzieć każdy krok zastawcy. I nie wolno na poparcie myśli o związku między pignus cum precario a zastawem nierękoładnym przytaczać zdania Ulpjana:

Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit, an hoc interdictum (sc. de precario) locum habeat. Quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. Mihi videtur verius precarium consistere in pignore cum possessionis rogetur, non proprietatis. Et est haec sententia etiam utilissima: *cottidie enim precario rogantur creditores ab his qui pignori dederunt* et debet consistere precarium.

(Ulpianus l. 71 ad edictum—fr. 6. § 4 De de precario 43, 26).

Odpowiedź Ulpjana może służyć, jako obraz stosunków w trzecim wieku po Chrystusie a nawet i wcześniej: wogóle za cesarstwa i na schyłku Rzeczypospolitej, ale nie, jako dowód częstości stosunku prekaryjnego między zastawnikiem i zastawcą w przeddzień powstania zastawu nierękoładnego za Plauta i Katona (w III wieku przed Chrystusem). Dodajmy, że zdanie:

...et est haec sententia etiam utilissima; cottidie enim precario rogantur creditores ab his qui pignori dederunt...

wyduje się interpolowane. Ulpjan skończył już swą myśl, a potem kompilatorowie tłómaczą tę myśl jaśniej (...et est haec sententia...). Prawnik o swoim zdaniu nie wyrażałby się w ten sposób.

Trudno stosować twierdzenie z VI-go wieku po Chrystusie, jako mające walor osiemset lat wstecz.

Ośmielamy się twierdzić, że prekaryjne przeniesienie posiadania rzeczy zastawnej (pignus) przez zastawnika na zastawcę było w czasach Katona i Plauta niemożliwe, więc

nie mogło wpłynąć na rozwój zastawu nierękoładnego. Stosunki rolne i przenikanie myśli, zawartej w *cautio praedii* z prawa publicznego do prywatnego, były przyczynami rozwoju tej nowej formy zastawu.

§ 5.

Kwestja wpływu prawa greckiego i greckiej *ὑποθήκη* na rozwój zastawu nierękoładnego w prawie rzymskiem.

Życie prawne każdego narodu rozpoczyna się samodzielnie. W dalszym rozwoju wpływa ono na rozwój prawa innych narodów, samo równie podlegając pewnym zmianom pod wpływem zewnętrznych czynników. W ten sposób możemy śledzić nieprzerwane bogacenie się cywilizacji ogólnoludzkiej oparte na owym współprzenikaniu się praw i zwyczajów różnych narodów. Nieraz instytucje prawne u rozmaitych ludów są do siebie bardzo podobne, nie-rzadko identyczne. Ta okoliczność wskazywać może na wyjście narodów ze wspólnych podstaw prawnych, które, mimo przeróżnych przemian, uzależnionych od odmiennych warunków, powodują pewne zbliżenie się do siebie niektórych instytucji. Tylko w ten sposób ujmować należy kwestję wpływu prawa greckiego na rzymskie, która nasuwa się przy badaniu rozwoju historycznego zastawu, a oparta jest na zewnętrznym podobieństwie kilku wyrazów i na ogólnej tendencji uważania wszystkich prawie wytworów myśli rzymskiej za naśladownictwo Grecji a nawet Egiptu i Chaldei. Już ustawa dwunastu tablic dzięki wiadomościom opartym na wątpliwym autorytecie Liwjusza¹⁾ miała znajdować się pod przemożnym wpływem praw Solona. W dalszym rozwoju przyjmowano konsekwentnie, że prawo greckie

¹⁾ Liv. 3, 31, 8: „...missi legati Athenas Sp. Postumius Albus A. Manlius P. Sulpicius Camerinus iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta mores iuraque noscere”. Liv. 3, 33, 5: „...his proximi habiti legati tres, qui Athenas ierunt simul... peritos legum peregrinarum ad condenda nova iura usui fore credebant”.

równie jak język i literatura helleńska było dla Rzymian wzorem, który prawnicy rzymscy naśladowali i do którego dążyli. Na polu prawa zastawu to naśladownictwo miało być pozatem poparte takimi dowodami, jak rzekoma recepcja wyrazów greckich: *hypotheca*, *hyperocha*, *antichresis*. Zwraca na to uwagę Dernburg¹⁾ który przedewszystkiem akcentuje częstość słów greckich, nasuwających się przy studjowaniu rzymskiego prawa zastawu. Herzen, jakkolwiek we wstępie do swego dzieła²⁾, zajmuje narazie stanowisko bezstronne, nie przyłączając się do żadnego z krańcowych poglądów: ani do tego, który widzi w rzymskim zastawie nieręko-dajnym instytucję, zapożyczoną całkowicie z Grecji, lub Egiptu, ani do tego, który uważa nieręko-dajne *pignus* za wyłączny twór myśli rzymskiej³⁾ w dalszym ciągu swej pracy⁴⁾ kładzie również pewien nacisk na używanie greckich wyrazów w rzymskim prawie zastawnym; wreszcie dochodzi do kompromisowej konkluzji, że idea i użycie zastawu nieręko-dajnego została zapożyczona z Grecji ale *actio Serviana* i wogóle struktura prawnicza tej instytucji jest tworem rzymskim. Innemi słowy mamy tu do czynienia z przeistoczeniem: *specificatio*⁵⁾. W ten sposób Herzen pragnął pogodzić oba sprzeczne poglądy, a nie wyjawiając sam, czy podziela w kwestji *specificatio* nis zdanie Prokuljanów, czy też Sabinjanów, nie przyznał własności zastawu nieręko-dajnego ani Rzymowi, ani Grecji.

Trudno jest dziś stwierdzić, jaki wogóle wpływ prawo greckie wywarło na Rzym i z jakich elementów składało się ruchliwe prawo obrotu. Jednakowoż na polu prawa

1) Op. cit. t. I. str. 67: „Schon der äussere Umstand, dass in unsrer Materie die Worte *hypotheca*, *hyperocha*, *antichresis* eingebürgert wurden, scheint mir von der... Einwirkung des griechischen Pfandrechts auf das römische Zeugnis zu geben.

2) Op. cit.: Introduction, le problème, str. 1, 11.

3) Jourdan op. cit. str. 155 sq. odtrąca całkowicie wpływ grecki.

4) Str. 210 sq.

5) Str. 213. Zdanie to poddaje surowej krytyce Naber op. cit. str. 226 sq.

zastawu wpływ ten częściowo da się skonkretyzować, zwłaszcza odnośnie do rzekomej recepcji słów: *hypotheca*, *hyperocha*, *antichresis* do dzieł prawników rzymskich.

Stwierdziliśmy już wyżej, że rozwój nieręko-dajnego zastawu należy ściśle połączyć ze zmianami w stosunkach rolnych końca Rzeczypospolitej, gdy miejsce drobnych właścicieli zajęli drobni dzierżawcy. Otóż *pignus* nieręko-dajne oddawna było już w użyciu powszechnem, gdy po raz pierwszy, żyjący za Hadrjana i Antonina Piusa prawnik *Salvius Julianus* użył na oznaczenie nieręko-dajnego zastawu greckiego słowa *hypotheca*¹⁾. Ani *Aristo*, *Jawolenus*, ani *Nerwa*, który znał już ustawowy zastaw na ruchomościach najmobbiorcy, wprowadzonych do mieszkania najętego, ani *Labeo*, któremu nie obce już było prawo sprzedaży zastawu i *contractus pignoratitius*, nie używają tego słowa. Stąd pierwszy wniosek: nazwa grecka znalazła się w użyciu w okresie, gdy zastaw nieręko-dajny znano już oddawna. Dzięki pracom *Manigka*²⁾ udało się zestawić liczebnie ilość razy użycia słowa *hypotheca*, *hypothecarius*, przez późniejszych prawników. Z zestawienia tego okazuje się, że słowo to używane było głównie przez *Marcjana*, *Gaja*, gdy język *Pomponjusza*, *Ulpjana*, *Paulusa*, choć ten zostawił podobno za sobą monografię o *actio hypothecaria*³⁾, *Papinjana*, *Modestyna* unikał tego greckiego określenia nieręko-dajnego zastawu i używał go nader rzadko. Nawet *Cerwidjusz Scwola*, znany z całych okresów greckich⁴⁾, według katalogu *Manigka*⁵⁾ na 27 fragmentów zastawnych w *Digestach* użył greckiego zwrotu tylko 3 razy. Natomiast wszyscy

1) *Julianus* l. 44 *digestorum*—fr. 33 § 4 D. de usurpat. et usuc. 41, 3: „...plane si creditor nuda conventione *hypothecam* contraxerit, usucapere debitor perseverabit. Fakt ten stwierdzony został przez *Herzena* (op. cit. str. 169) i *Manigka* (Pfandr. Unters. str. 71).

2) Pfandr. Unters. str. 64—133, a zwłaszcza artykuł: *Hypotheca*.

3) *ὑποθήκη* *μονόβιβλος* (*Corpus Juris*, 1920 str. 940).

4) Np. fr. 34 § 1 D. de pign. et hyp. 20, 1.

5) W artykule: „*Hypotheca*”.

wymienieni prawnicy używają na oznaczenie zastawu nierękodajnego wyrazu *pignus*, ewentualnie dodając do tego rzeczownika pewne zwroty, podkreślające, że w danym razie mamy do czynienia z zastawem nierękodajnym. Charakterystyczna jest ta terminologia: wskazuje ona bowiem, że *pignus* rękodajne i nierękodajne to jedna i ta sama instytucja, powstała na polu rzymskiego prawa samoistnie, przeszła dwie fazy od pojęcia zastawu połączonego ściśle z przelaniem posiadania na zastawnika do pojęcia zastawu nierękodajnego poprzez stosunki rolne, w których życie samo domagało się zmiany dawnych poglądów, a zmiana ta nastąpiła częściowo i pod wpływem idei zawartej w *cautio praediis*. Grecka *hypotheca*, której nazwa przyjęta została przez dwóch greczyzujących pisarzy: Marcjana i Gaja, tego Gaja, którego życie i miejsce zamieszkania nie jest nawet dostatecznie sprecyzowane — nie wywarła wpływu na rzymski zastaw nierękodajny. Może i ona ułatwiła prawnikom rzymskim zrozumienie myśli, że zastaw powstać może bez przelania posiadania rzeczy zastawnej na zastawnika, zwłaszcza, że spotkali się z nią Rzymianie w prowincjach. Ale nic poza tem: współdziałanie przy skonkretyzowaniu się rdzennie rzymskiej myśli pozostawienia posiadania w ręku zastawcy przy zastawie inwentarza dzierżawcy, słabsze pewnie od takiejże współpracy doskonale znanej i na gruncie rzymskim wyrosłej *cautionis praediis*, ale nie recepcja już nietylko samej instytucji, lecz nawet jej idei, jak chce Herzen. I to twierdzenie nie jest gołosłowne: opiera się ono na źródłach prawa rzymskiego: widzimy w nich, jak prawnicy rzymscy nieraz, zapomniawszy o jedności zastawu rękodajnego i nierękodajnego, nie mogą sobie dać rady z różnicą między *pignus* a używanem pod wpływem Marcjana słowem *hypotheca*. Bo ta różnica właściwie nie istnieje: *pignus* — to szerokie pojęcie zastawu ogólne, stworzone wprawdzie na określenie zastawu rękodajnego, ale obejmujące w sobie jego gałąź *pignus* nierękodajne, a jak chcą niektórzy — hypotekę.

Ulpjan waha się najwidoczniej. Określa zrazu rzekomą różnicę między *pignus* a *hypotheca*:

Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec¹⁾ possessio ad creditorem.

(Ulpianus l. 28 ad edictum — fr. 9. § 2. D. de pign. act. 13, 7).

Zwrócić trzeba uwagę na słowo „*proprie*”, które wskazuje, że autor chciał rozstrzygnąć spór, toczący się bądź między prawnikami, bądź w życiu codziennem, co właściwie oznacza *pignus*, spór, mogący jedynie być wytłomaczony pojmowaniem zastawu nierękodajnego i rękodajnego jako jednej instytucji. W innem miejscu sam Ulpjan, zapomniawszy o swej definicji, a może tylko ją porzuciwszy powiada:

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

(Ulpianus l. 40 ad Sabinum — fr. 1 pr. D. de pign. act. 13, 7).

Ulpjan daje w ten sposób świadectwo, że w prawie rzymskiem jest tylko jedna instytucja: *pignus*, wytwór rzymskiej myśli twórczej i że zastaw nierękodajny jest tylko jej odmianą.

Juljan, ten sam, który na zasadzie posiadanych przez nas wiadomości chronologicznie pierwszy użył słowa *hypotheca*, bynajmniej nie utrzymuje się konsekwentnie w swej terminologii. Przeciwnie, i u niego widzimy zastaw nierękodajny, nazwany *pignus*, co jest o tyle charakterystyczne, że w Digestach dwa te określenia: *hypotheca* — *pignus* umieszczone są w dwóch następujących po sobie paragrafach tego samego fragmentu:

...plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit...

¹⁾ Prawdopodobnie Trybonjan opuścił słowa: „*nec proprietas*”, któreby były charakterystyczne dla *fiducia*.

a niżej:

at si nuda conventione pignus contractum fuerit.
(Julianus l. 44 digestorum—fr. 33 § 4. 5 D. de
usurpat. et usucap. 41, 3).

Interpolacji w fragmencie pierwszym dopatrywać się nie można: zwrot pignus (hypothecam) contrahere nie jest rzadkością w pismach klasycznych prawników, jak to wynika z zestawienia wyrażań zastawnych¹⁾.

Juljan z reguły używa słowa pignus w znaczeniu ogólnem: zastawu zarówno rękodajnego, jak i nierękodajnego. To wywołuje u późniejszych prawników, zwłaszcza u Marcjana nieporozumienie. Marcjan, używający z zasady słowa hypotheca, nie pojmując często, że Juljan, mówiąc o pignus, może mieć na myśli także zastaw nierękodajny. Tak np. w jednym z fragmentów Marcjana czytamy:

Sed quod Julianus scribit in pignore idem et
circa hypothecam est.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecarium
fr. 7 pr. in fine D. de distr. pign. 20, 5).

Wyjaśnienie to jest zbyt proste, gdyż Juljan prawidłem swoim obejmował obie formy pignus.

Sam wreszcie Marcjan, nie mogąc dać sobie rady w chaosie, jaki zapanował dzięki używaniu słów pignus i hypotheca, musi stwierdzić wyraźnie i to w swej monografii poświęconej actioni hypothecariae:

Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecarium—fr. 5. § 1 D. de pign. et hyp. 20, 1).

Chaos, jaki zapanował teraz w terminologii przejawia się zwłaszcza w użyciu obok siebie na oznaczenie tego samego stosunku wyrazu pignus i hypotheca. Tak np. Marcjan pisze:

Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet
condicione existente evanescat pignus.

¹⁾ Manigk: Pfandr. Unters. str. 15.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecarium—fr. 13 § 1. D. de pign. et hyp. 20, 1).

Doszło do tego, że rzeczownika hypotheca, który już bezwzględnie oznacza zastaw nierękodajny używają prawnicy rzymscy na oznaczenie zastawu rękodajnego. Marcjan widocznie idąc po linii swej definicji, że między pignus a hypotheca niema innej różnicy prócz nazwy—miał użyć słowa pignus na wyrażenie tak zastawu rękodajnego, jak i nierękodajnego, czyni to ze słowem hypotheca. Stąd takie zdania, jak np.:

Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive
possideat eam... sive alio possidente.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecarium—fr. 12 pr. D. qui potiores 20, 4).

Terminologia grecka nie tylko nie ma nic wspólnego z rozwojem nierękodajnego zastawu, ale wywarła, jak widzimy, najfatalniejszy wpływ na jasność definicji prawników rzymskich. I wszystkie późniejsze określenia, starające się raz wreszcie skonkretyzować choćby kosztem zapomnienia prawdy historycznej pojęcia pignus i hypotheca, natykają się na te same trudności, jakie stanęły przed Marcjanem. W życiu powszedniem ciągle jeszcze pignus oznaczało zastaw w pojęciu ogólnem. Biskup Izidor, określając hypotekę w samej definicji na oznaczenie przedmiotu stosunku używa słowa pignus, jakkolwiek rzecz, daną w zastaw nierękodajny również słowem hypotheca określić było można¹⁾:

Hypotheca est, cum res commodatur sine depositione pignoris, pactione vel cautione sola interveniente.

(Isidorus: Origines 5, 25, 24—Bruns t. 2. str. 82).

Tego kryterjum, żeby raz wreszcie nazwać hypoteką zastaw nierękodajny, rzeczownikiem pignus — rękodajny, trzymają się i Instytucje Justynjana:

¹⁾ Np. Marcjan (fr. 1. pr. D. quae res 20,3): „Pupillus... hypothecam dare non potest”, Gajus (fr. 11 pr. D. qui pot. 20, 4): „...qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam”; podobnie fr. 1 eod.

...Nam pignoris appellatione eam *proprie* contineri dicimus, quae simul etiam *traditur* creditori, maxime si mobilis sit: at eam quae *sine traditione nuda conventione tenetur proprie* hypothecae appellatione contineri dicimus.

(7 l. de actionibus 4, 6).

I znowu spotykamy się ze słowem „*proprie*”. Ten przysłówek wskazuje nam, że nawet za Justynjana w definicji nie ośmielono się zerwać z tradycją w zupełności: określono pignus i hypotekę wymijająco—*proprie*.

W Instytucjach Justynjana stwierdzono także, że między pignus a hypotheca niema żadnej różnicy pod względem akcji rzeczowej:

...Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest.

(Ibid).

Akcja rzeczowa pod nazwą hypothecaria lub quasi Serviana odnosi się zatem zarówno do pignus, jak i do hypotheca.

Linia demarkacyjna, jaką chciano przeprowadzić między pignus i hypotheca, oparta na tem, że pignus odnosi się do ruchomości a hypotheca do nieruchomości, także nie dała się utrzymać. Podkreślał ją Gajus i pewna liczba prawników, których zdanie Gajus przytacza:

...unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, *pignus proprie rei mobilis constitui*.

(Gaius l. 6 ad legem XII tabularum — fr. 238 § 2. D. de verb. sign. 50, 16).

Twierdzenie to służyć może, jako punkt wyjścia w rozwoju historycznym zastawu (pignus), który za najdawniejszych czasów odnosił się wyłącznie do ruchomości, ale nie do sprecyzowania granicy między zastawem rękojnym i nierękojnym, jak tego chce i Justynjan:

...Nam pignoris appellatione eam *proprie* contineri dicimus, quae simul etiam *traditur* creditori maxime si *mobilis* sit...

(7 l. de actionibus 4, 6),

bowiem zastaw, połączony z bezpośredniem przelaniem posiadania na zastawnika we formie pignus, znany jest tak na ruchomościach, jak i na nieruchomościach; Papinjan pisze:

Cum praedium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent, convenit...

(Papinianus l. 11 responsorum — fr. 1. § 2. D. de pign. et hyp. 20, 1).

Mowa tu o zastawie — pignus na nieruchomościach z przelaniem posiadania na zastawnika, który użytkuje zastaw.

Odwrotnie, źródła znają hypotekę na ruchomościach:

Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet condicione existente evanescat pignus.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecariam — fr. 13. § 1. D. de pign. et hyp. 20, 1).

Takich przykładów w rozdziałach Digestów: 13, 7 i 20, 1—6, a również i w Kodeksie Justynjanskim: 4, 24 i 8, 13—34 znaleźć można więcej.

Stąd wniosek, że niema różnicy między pignus i hypotheca, hypotheca—zastaw nierękojny mieści się w słowie pignus, które też głównie użyte bywa na oznaczenie zastawu nierękojnego (Papinjan, Ulpjan, nawet Modestynus, Paulus, Marcellus, Scewola i inni). Jest rzeczą niezrozumiałą, jak przyjęła się w literaturze prawniczej nazwa hypoteka dla określenia rzymskiego zastawu nierękojnego. Manigk, autor źródłowej pracy o rzymskim zastawie, pracy, która zwała pogląd o wpływie greckiej *ὑποθήκη* na rzymskie pignus, nadaje jej tytuł: „Zur Geschichte der römischen Hypothek” (1904), Jourdan, przeciwnik jakiegokolwiek wpływu hellenizmu na Rzym w dziedzinie prawniczej¹⁾, tytułuje swoje dzieło, poświęcone nierękojnej pignus: „L'hypothèque” (1876). Herzen, jakkolwiek strukturę praw-

¹⁾ Op. cit. str. 155 sq.

niczą zastawu nierękodajnego przyznał Rzymowi¹⁾, nadał swemu dziełu tytuł: „Origine de l'hypothèque romaine” (1899).

Ze swej strony unikaliśmy celowo użycia wyrazu *hypotheca* przy opracowaniu rozwoju rzymskiego *pignus*, chcąc w ten sposób zmanifestować znikomość wpływu greckiego na zastaw rzymski, jedność *pignus* nierękodajnego i rękodajnego, usunąć terminologię Marcjana i Gaja, zwłaszcza, że Gajus poza swą monografią de formula *hypothecaria* używa na oznaczenie zastawu nierękodajnego słowa *pignus* np.:

Interdictum..... *Salvianum apiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

(Gai 4, 147).

O ile chodzi o wyrażenie *hypothecarius*, *hypothecaria actio*, to prawnicy rzymscy często unikają tego zwrotu, zastępując go nie tylko przez określenie: *actio quasi Serviana*, ale także przez omówienie: *pignoris persecutio*, *pignora persequi*. I tak np. Ulpjan, powołując się na zdanie Celsusa, pisze:

Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit an et medio tempore persequi pignora permittendum est. Et puto dandum pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit.

(Ulpianus l. 73 ad edictum—fr. 14 pr. D. de pign. 20, 1).

Cesarz Gordjan:

Quamvis personali actione expertus adversus reum vel fideiussores vel mandatores eius feceris condemnationem, pignoris tamen adhuc habes persecutionem.

(8. C. de pign. 8, 13).

¹⁾ Op. cit. str. 213.

Tak samo użyte słowo „persequi” przez Djoklecjana i Maksymjana w roku 293 i 294¹⁾.

Nawet autor monografii de formula *hypothecaria* Gajus używa tego wyrażenia w innym swym dziele:

...nullum enim *pignus* est, cuius *persecutio* negatur. (Gaius l. 6 ad edictum provinciale—fr. 27 pr. D. de nox. act. 9, 4).

Ze słów Ulpjana wnosimy, że *persecutio pignoris* to właśnie *actio hypothecaria*:

Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori.

(Ulpianus l. 15 ad edict.—fr. 17 D. de pign. 20, 1).

Dernburg uważa za rozstrzygający dowód greckiego wpływu na nierękodajny zastaw rzymski użycie przez prawników poza słowem *hypotheca* przy omawianiu prawa zastawu jeszcze słów *hyperocha*, *antichresis*²⁾. Zdumiewa poprostu stwierdzenie faktu, że rzeczownik *hyperocha* spotyka się w całych Digestach dwa razy tylko w jednym z fragmentów Tryfonina:

Quaerebatur, si post primum contractum tuum antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti Utrum Seio ob quinquaginta an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha.....³⁾

(Tryphoninus l. 8 disputationum—fr. 20 D. qui potiores 20, 4).

Na zasadzie tego jednego dowodu, pozostawionego przez prawnika o greckim nazwisku, w odpowiedzi na

¹⁾ l. 15 C. de pign. 8, 13; l. 23 eod. l. 24. eod.

²⁾ Op. cit. t. I. str. 67.

³⁾ *Pignoris hyperocha*—delevit Mommsen (Corpus Juris, Berlin 1920, str. 301, uw. 7). Manigk pierwszy stwierdził, że rzeczownik *hyperocha* użyty jest raz tylko w kompilacji Justynjana (Pfandr. Unters. str. 116 uw. 3.) i art. *hyperocha* l. 1.

pytanie, a więc przy prawdopodobnym użyciu tych samych zwrotów, co i w tem pytaniu, mówi się o „receptji” słowa greckiego do terminologii łacińskiej i o wpływie prawa helleńskiego na rzymskie. Zauważmy, że końcowe słowa: „pignoris hyperocha” uważa Mommsen za glossę, stąd to greckie wyrażenie użyteby było tylko raz jeden w całej literaturze zastawnej rzymskiej. Sam Tryfoninus obok określenia „hyperocha” używa zwrotu: „quod plus est in pretio rei”, omawiając w ten sposób to greckie pojęcie. U innych pisarzy wszelka nadwyżka nazywana jest rodzimem słowem: *superfluum*, lub opisana przez odpowiednie zwroty: greccyżący Gajus w dziele swem o helleńskim tytule (*libro singulari de formula hypothecaria*) pisze:

Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori.... praedicere solent alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, *ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est.*

(Gaius l. singulari de formula hypothecaria fr. 15 § 2 D. de pign. 20, 1).

A więc nie *hyperocha*.

U Papinjana czytamy:

Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut *superfluum* pretii cum usuris restituat...

(Papinianus l. 3 responsorum—fr. 42 D. de pign. act. 13, 7).

Drugi autor monografji o *actio hypothecaria* (ὁποθηκάρια μονόβιβλος) Paulus pisze:

Si autem tardius *superfluum* restituat creditor....

(Paulus l. 2. sententiarum—fr. 7. D. de pign. act. 13, 7).

Cesarze Djoklecjan i Maksymjan w roku 294 po Chrystusie oświadczają:

...pignoribus a creditore maiore quam ei debe-

batur pretio distractis... pignoratitia de *superfluo* competit actio.

(l. 20 C. de distr. pign. 8, 27).

Zaznaczyć należy, że Tryfoninus był rówieśnikiem Papinjana i Paulusa, żył za panowania Sewera i Karakalli¹⁾, a więc współcześni mu pisarze winni już byli znać słowo *hyperocha* i ewentualnie je używać. Cesarze Djoklecjan i Maksymjan zaś żyli po Sewerze i Karakalli.

O receptji słowa *hyperocha* do słownika prawniczego rzymskiego nie może być tedy mowy, a tem samem wali się jeszcze jeden dowód wpływu Grecji na prawo rzymskie, wpływu, który miał być tak silny, że objawiał się w użyciu identycznych do prawa greckiego wyrażen. Manigk stwierdza ponadto²⁾, że w prawie greckiem wyrażenie τὰ ὑπερέχοντα należy do dość rzadkich i z reguły bywa omawiane przez inne, podobne do rzymskich określeń, zwroty.

Identyczną metodę badania zastosujemy do trzeciego greckiego słowa w Kodyfikacji Justynjana, mianowicie do *antichresis* czyli umowy, mocą której wierzyciel pobiera owoce rzeczy zastawnej zamiast odsetek. Badanie rzekomej receptji tego wyrazu doprowadza nas do tych samych, co i przy kwestji *hyperocha*, rezultatów. I znowu stwierdzić trzeba, że zwrotu tego używa wyłącznie znany z pociągu do greccyzny, Marcjan, i to zaledwie w dwóch fragmentach. Mianowicie w jego monografji ad formulam *hypothecariam* czytamy:

Si pecuniam debitor solverit, potest pignoratitia actione uti ad recipiendam ἀντίχρησιν: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

(Marcianus l. singulari ad formulam *hypothecariam*—fr. 33 D. de pign. act. 13, 7).

W innem miejscu Marcjan pisze:

Si ἀντίχρησις facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pig-

¹⁾ Krüger, Geschichte der Quellen. 1912, str. 225.

²⁾ Artykuł: „Hyperocha”, a także Pfandr. Unters. str. 118.

noris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecarum—fr. 11 § 1. D. de pign. 20, 1).

Nie wchodząc w istotę dogmatyczną drugiego z cytowanych fragmentów, w którym Manigk¹⁾ nie chce nawet widzieć antychrezy zastawnej, stwierdzić trzeba, że słowo antichresis, użyte tylko dwa razy w Digestach nie może być świadectwem recepcji obcej terminologii i obcego wpływu, zwłaszcza, że prawnicy rzymscy określają umowę, której treścią ma być pobieranie owoców z rzeczy zastawnej zamiast odsetek od pożyczonego kapitału także i w inny sposób, jak np. Paulus:

Paulus respondit fideiussorem in quem pignora a confideiussoribus data translata sunt, non emptoris loco substitutum videri, sed eius qui pignora accepit, et ideo *rationem fructuum et usurarum* haberi oportere²⁾.

(Paulus l. 4 responsorum—fr. 59 D. de fideiussoribus 46, 1).

Dodajmy jeszcze, że zastaw nierękodajny prawa greckiego różnił się w samej swej strukturze prawniczej od takiegoż zastawu w prawie rzymskim. Zastawnik grecki w razie przejścia terminu płatności długu drogą wtargnięcia (*ἐμβάτευσις*) osiągał własność rzeczy, stanowiącej przedmiot *ὀποθήκη*³⁾, prawo rzymskie poszło w zupełnie innym kie-

runku, dając zastawnikowi tylko możność sprzedaży zastawu. Możemy tedy śmiało odtrącić myśl jakiegokolwiek recepcji greckiej do prawa rzymskiego i przypisać zewnętrzne podobieństwo zastawów nierękodajnych u obu narodów wspólnym podstawom prawnym, z których narody te wyszły i wogóle zbliżeniu się wielu instytucji prawnych u rozmaitych ludów¹⁾. Ewentualny wpływ prawa greckiego moglibyśmy przyjąć jedynie w samej kwestii lepszego pojęcia przez Rzymian konieczności zerwania z „tradycją“, przelania posiadania zastawu na zastawnika. Wpływ ten, jak wskazaliśmy wyżej, jest jednak nierównie słabszy od tego, który wywarła myśl rodzimej instytucji—*cautionis praedii*—na rozwój zastawu nierękodajnego w prawie rzymskim.

Recht sich sofort in den Besitz der Hypothek zu setzen (*ἐμβάτευσις*), mag sie nun eine bewegliche oder unbewegliche Sache sein und erwirbt damit ihr Eigentum“.

¹⁾ Kohler: Islamitisches Oblig. und Pfandrecht (6 t. rok 1886 w Zeitschrift für vergl. RWissenschaft) powołuje się na uderzające podobieństwo sprzedaży zastawu w prawie muzułmańskim do rzymskiego *pactum de distrahendo*: „Die Distraction der Sache ist dem Pfandgläubiger nur mit Einwilligung des Schuldners gestattet, doch kann derselbe die Einwilligung im Pfandvertrage zum voraus erteilen und diese Einwilligung kann, wenn erteilt, nicht zurückgezogen werden—also *völlig das römische pactum de distrahendo* in jener Entwicklungsperiode, in welcher das Pfand noch nicht von selbst Verkaufspfand geworden war“. Zastaw nierękodajny *prawa hinduskiego* jest uderzająco podobny do greckiej *ὀποθήκη*, a z drugiej strony do zastawu praw germańskich, a specjalnie normańsko-angielskich. Kohler: Indisches Oblig. und Pfandrecht (III t. rok 1882) str. 185: „...bediente man sich in der Praxis eines Instituts, welches auch das germanische insbesondere das normanisch-englische Recht gezeitigt hat, des suspensiv bedingten Verkaufs...“ Uderza to podobieństwo do greckiej instytucji, którą również można porównać do sprzedaży pod warunkiem zawieszającym, gdyż wynikiem *ἐμβάτευσις* jest przejście własności na zastawnika (Lipsius l. c.) O recepcji prawa Hindusów w Grecji, lub Greków w Indjach, lub o wpływie prawa hinduskiego na germańskie, a mianowicie angielsko-normańskie—trudno mówić.

¹⁾ Manigk (Pfandr. Unters. str. 130—131) twierdzi, że w D. 20, 1, 11, 1. niema mowy o zastawie, lecz o retencji pignoris loco.

²⁾ Niewiadomo, czy Cicero (In Catilinam 2, 8, 13) myśli o antychrezie, mówiąc: „id, quod stultissimum est, certare cum usuris fructibus praediorum“. Prawdopodobnie niema tu wzmianki o zastawie, lecz pro prostu o płaceniu procentów długu przez dochody z majątku, pozostawiając nienaruszonym dług główny.

³⁾ Lipsius: Das attische Recht. Lipsk, 1915. Księga II, str. 701: „...wird der Schuldner zum festgesetzten Zeitpunkt seinen Verbindlichkeiten nicht gerecht, wird er *ὀπερήμερος*, so hat der Gläubiger das

ROZDZIAŁ V.

Rozwój zastawu (pignus) po Lex Aebutia.

§ 1.

Exceptio doli i exceptio pignoris dati.

Przełom w procedurze rzymskiej, dokonany przez reformy Legis Aebutiae i dwóch ustaw juliuszowych ¹⁾ wpłynął dominująco na rozwój rzymskiego prawa zastawu, który to rozwój, jak wiadomo, posuwał się w kierunku wyrównania sprzecznych interesów stron, a więc zrazu w kierunku ochrony zastawnika. I tak mianowicie, jeżeli hipotezą tylko jest możliwość ochrony zastawnika przed działaniem wydobywczym zastawcy drogą denegacji legis actionis, to za czasów postępowania formułkowego moc odmówienia przez pretora akcji (denegatio actionis) jest powszechnie znana i przyjęta. Posiadanie zastawnika wobec zastawcy było tedy chronione przez pretora mocą jego władzy; ale zwolna rozwój ochrony zastawnika przed zastawcą posunął się jeszcze dalej: przybrał formę wygodniejszą. Do formułki rei vindicationis, przedsięwziętej przez zastawcę, wstawiał pretor exceptionem bądź doli, prawdopodobnie od czasów Akwiljusza Gallusa, słynnego przyjaciela Cyncerona, a więc na początku pierwszego wieku przed Chrystusem), bądź też exceptionem, opartą na umowie zastawnej—exceptionem pignoris dati. Był to ważny krok

¹⁾ Gai 4, 30.

naprzód, jako ochrona zastawnika już z tytułu pignus samoistnie, imiennie. Pretor zwrócił uwagę na umowę rękodajnego zastawu i udzielił jej pierwszej z tytułu pignus wyraźnej ochrony prawnej, która wyłoniła się z dawniejszej denegacji legis actionis. Fragmenty w Dygestach, odnoszące się do tej exceptio pignoris dati są wprawdzie dość późnego pochodzenia, ale zasady w nich wyrażone dadzą się z łatwością zastosować wstecz, gdy zważymy, że miały one walor z chwilą ogólnego uznania exceptionis pacti, prawdopodobnie zatem współcześnie z exceptio doli. Dla wprowadzenia exceptionis pignoris dati przyjmijmy tedy, jak to wyżej uczyniliśmy dla exceptio doli, datę końca drugiego i początku pierwszego wieku przed Chrystusem. Charakter ekscepcji najlepiej uzmysławiają wypadki jej stosowania podane przez autorów. Tak np. Papinjan (l. 11 responsorum), cytowany przez Marcjana pisze:

Usus fructus an possit pignori hypothecae dari, quaesitum est,—sive dominus proprietatis convenit, sive ille, qui solum usum fructum habet — et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere: „non esse ei ius uti frui invito se” tali exceptione eum praetor tuebitur”: *si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usus fructus pignori sit...*

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecariam—fr. 11 § 2 D. de pign. 20, 1).

W przytoczonym fragmencie actio negatoria właściciela, służąca ku odrzuceniu uroszczenia służebności użytkowania, do której to służebności rości sobie pretensje zastawnik, zostaje zupełnie zniweczona przez ekscepcję opierającą się na fakcie ustanowienia zastawu, którego przedmiotem jest właśnie usus fructus. Ekscepcja ta, jak inne, sformułowana w zdaniu warunkowym zaprzeczonym: „si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usus fructus pignori sit”—to właśnie ekscepcja pignoris dati.

Ciekawy ustęp, w którym nazwa ekscepcji podana jest całkowicie, pozostawili nam w reskrypcie cesarze Severus i Antoninus w roku 197 po Chrystusie:

Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam *intentio dati pignoris* neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit.

(I. C. si pignoris constit. 8, 32—1 C. de non num. pec. 4, 30).

W zapytaniu, wystosowanym przez Aulusa Hilarusa, chodzi o niezmiernie ciekawą kwestję, rozpatrywaną w powyższym fragmencie. Hilarus, spodziewając się otrzymania pożyczki, z góry wręczył nieuczciwemu wierzycielowi zastaw, tymczasem został oszukany i pieniędzy nie otrzymał. Obecnie pyta cesarzy, czy może wydostać swą własność drogą rei vindicatio, czy też ta actio zostanie zniweczona przez *exceptio pignoris dati*. Cesarze odpowiadają że rei vindicatio jest tu zupełnie na miejscu (in rem experiri potes), a *exceptio pignoris dati* w danym wypadku jest wyłączona, gdyż niema zastawu bez pożyczki. Wprawdzie w cytowanym fragmencie mowa jest o *intentio*, nie o *exceptio* ale w danym wypadku są to synonimy: jeżeli uprzytomnimy sobie, że „*intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*”¹⁾, a pozwany jest powodem w wypadku *exceptionis* (reus in *exceptione actor est*)²⁾, czyli że *exceptio* jest jakby intencją akcji ze strony pozwanego, to dojdziemy do wniosku, że te dwa pojęcia pokrywają się zupełnie. Nazwa *exceptio pignoris dati* jest tedy charakterystyczna dla stosunków umowy zastawnej.

Ta sama *exceptio* analogicznie, jako *utilis*, bywa udzielana przez Marcjana w wypadku zastawu na rzeczy zastawnej.

¹⁾ Gai 4, 41.

²⁾ Ulpianus l. 4 ad edictum—fr. 1. D. de except. 44, 1.

Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam *exceptio* (sc. pignoris dati) quam actio *utilis* ei danda est...

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecariam—fr. 13 § 2. D. de pign. 20, 1).

Z pewnego ustępu Ulpjana wnioskować możemy drogą analogji o treści *exceptionis pignoris dati*:

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec *exceptio*: „*si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset*”.

(Ulpianus l. 73 ad edictum—fr. 10 D. de pign. 20, 1).

W ustępie tym zachodzi kwestja co do posiadania zastawu udzielonego in solidum dwom zastawnikom. Otóż akcja rzeczowa jednego z nich, nieposiadającego, zostaje oddalona przez *exceptio* posiadającego: „*si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset*”, w myśl ogólnej zasady prawa rzymskiego: „*in pari causa possessor potior haberi debet*”¹⁾. Z tej ekscepcji wnosimy, że brzmienie *exceptionis pignoris dati* było następujące: „*si non convenit, ut ea res pignori esset*”.

Ciekawy przykład, w którym rolę *exceptionis pignoris dati* spełnia *exceptio doli*, spotykamy u Labeona, cytowanego przez Pomponjusza. Wykryta w tym fragmencie interpolacja niema dla nas w tej chwili znaczenia, zużytkujemy ją w innem miejscu:

Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam, reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit *excepturo* eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et

¹⁾ Paulus l. 19 ad edictum—fr. 128 pr. D. de div. reg. 50, 17.

ad exhibendum: et si agente te—contraria pigneratitia—exciat debitor de pignore sibi reddito *replicabitur de dolo et fraude*, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur.

(Pomponius l. 18 ad Sab.-fr. 3. D. de pign. act. 13, 7).

Wypadek jest dość zawiły: wierzyciel, mając zapewnienie dłużnika, że otrzyma zwrot długu, oddaje zastaw, który teraz zatrzymuje dłużnik, nie chcąc zapłacić pieniędzy. Labeo udziela wierzycielowi actionem furti et ad exhibendum, kompilatorowie—actionem in personam pigneratitiam contrariam, której Labeo jeszcze nie znał. Teraz dłużnik prosi pretora o wstawienie do formułki — exceptionis pignoris redditi, ale ta exceptio mu nie pomaga: wierzyciel odpowiada mu replicatione doli, która niweczy działanie exceptionis. Tutaj replicatio doli et fraudis pełni tę samą funkcję co i replicatio pignoris dati neque redditae pecuniae.

Exceptio pignoris dati raz wreszcie uczyniła stanowisko wierzyciela zupełnie bezpiecznym i ochroniła posiadanie zastawu przed windykującym dłużnikiem. Było to skryształowanie się w konkretnej formie ekscepcji pierwotnej władzy pretora, mogącego np. odmówić obecności przy windykacji dłużnika¹⁾. O ile ta władza jest hipotezą, o tyle istnienie exceptionis pignoris dati opiera się na źródłach i z chwilą wytworzenia się tej ekscepcji pignus wchodzi w fazę swego historycznego, na tekstach opartego rozwoju, wyłoniwszy się z epoki przedhistorycznej²⁾.

¹⁾ Być może także, że dłużnik odpowiadał za furtum w razie zabrania swej rzeczy przed czasem, gdyż złamał wobec wierzyciela fidem. Jeszcze Labeo (u Pomponiusza, D. 13, 7, 3) udziela wierzycielowi przeciw dłużnikowi actionem furti w wypadku, jeżeli dłużnik podstępnie zabrał rzecz wierzycielowi: „si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam, reddidisti ei pignus... Labeo ait furti te agere cum debitore posse”.

²⁾ Naber (Op. cit. str. 211—212) przypisuje exceptioni pignoris dati znaczenie tak decydujące, że uważa ją za *origo pignoris*: „Fuerit igitur origo pignoris... ipsa pignoris causa possessio, planius ut dicam, quae lex quodve edictum quaeve consuetudo effecerit, ut pignoris possessionem retinere liceat (uw. 2: adversus vindicantem dominum)”.

§ 2.

Edictum de pignore. Contractus pigneratitius.

Actiones pigneratitiae in personam.

W rozwoju instytucji pignus w prawie rzymskiem musimy zwrócić uwagę na swoistą jakość prawa zastawu. Gdy z jednej [strony zastaw jest prawem rzeczowem na cudzej rzeczy, mocą którego wierzyciel może zaspokoić swą wierzytelność przez tę rzecz, będącą w jego posiadaniu, lub w posiadaniu dłużnika, jeżeli dłużnik nie uiszczy w terminie zapłaty, to z drugiej strony ten sam zastaw jest umową realną, która powstaje w ten sposób, że jedna osoba (dłużnik-zastawca) daje drugiej osobie (wierzyciel-zastawnik) rzecz, obowiązując tę osobę zwrócić rzecz po zapłaceniu długu. Tak więc rozwój zastawu idzie w dwóch kierunkach: wykształcenia prawa na cudzej rzeczy i z drugiej strony podniesienia zastawu do godności chronionego przez pretora kontraktu realnego¹⁾. Zaznaczyć trzeba, że wyłonienie się zastawu, jako prawa rzeczowego jest późniejsze nieco historycznie od uznania zastawu za umowę realną, dlategoż temu drugiemu problemowi poświęcimy wcześniejsze miejsce w rozwoju dziejowym naszej instytucji.

Zastawca, który po zapłaceniu długu mógł rzecz zastawną wydobyć od zastawnika tylko drogą legis actio sacramento in rem, lub rei vindicatio nie znajdował się w zbyt dobrym położeniu, gdyż używanie rei vindicationis było bardzo uciążliwe wobec konieczności dania dowodów własności kwirytarskiej. Prawda, że zastawnik, który rzeczy nie zwraca, równie, jak zastawca, który odbiera ją przed terminem uważany jest za złodzieja (fur), gdyż złamał fidem, nakazującą mu zwrot, przez co zastawca poniósł uszczerbek majątkowy, i z tego powodu przysługuje za-

¹⁾ Tę dwoistość prawa zastawu maluje poetyckim zwrotem Manigk (Pfandr. Unters. Vorwort str. VII): „Das Pfandrecht ist eigenartig, weil es der Teil des Sachenrechts ist, in dem das Leben der Obligation am stärksten pulsiert”.

stawcy *actio furti*, co stwierdza wyraźnie jeszcze żyjący pod koniec Rzeczypospolitej¹⁾ Fabjusz Mela:

Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat: quod verum esse arbitror.

(Ulpianus libro 37 ad edictum — Fr. 52 § 7 D. de furtis 47, 2),

ale ogólny proces recepcji *iuris gentium* do *ius praetorium*, lub bezpośrednio do *ius civile*, i udzielania oddzielnych nazw umowom, w których obowiązki stron zaczęły się konkretyzować drogą poszczególnych *actiones* — ogarnął również umowę zastawną. Skąpa ilość źródeł, jakie posiadamy, nie pozwala nam na sprecyzowanie daty powstania edyktu de pignore i wynikającej z niego *actionis in factum conceptae pigneratitiae directae*. O samym edyktie mamy jedynie późną, bo z trzeciego wieku po Chrystusie pochodzącą wzmiankę Ulpjana:

Sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit.

(Ulpianus l. 26 ad edictum — fr. 1. § 1. D. de reb. cred. 12,1),

z której to wzmianki wniosków o dacie edyktu de pignore wyciągnąć nie możemy. Natomiast M. Antistius Labeo, żyjący za czasów Augusta, pozostawił nam kilka fragmentów, wskazujących, że za jego czasów *contractus pigneratitius* jest częstym wypadkiem codziennego obrotu, że tedy musi mieć ochronę prawną. Ulpjan, powołując Labeona, pisze:

Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere... totum enim hoc edictum (sc. Quae fraudationis causa...) ad *contractus* pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta *pignora* venditionesque.

(Ulpianus l. 66 ad edictum — fr. 6 § 6. D. quae in fraudem 42, 8),

a najcharakterystyczniejszym fragmentem, gdzie zastaw

¹⁾ Krüger: *Gesch. der Quel. des R. R.* str. 160.

uważany jest za umowę codziennego życia jest przytoczone przez tegoż Ulpjana zdanie Labeona:

Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi credendi obligandi solvendi sui causa negotiationem: nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere. Nec si *pignus* acceperit aut mandatum, compellendum edere: hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit.

(Ulpianus l. 4 ad edictum — fr. 6 § 3 D. de edendo 2, 13).

Labeo zna także *actionem pigneratitiam in personam directam*, która była *in factum concepta* i opierała się o edykt de pignore; że Labeo zna tę akcję, o tem wnioskujemy z fragmentu Ulpjana:

Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum, vel ex locato conducto agendum erit. Plane si ego pro te rem pignori dederam tua voluntate, mandati erit actio. Idem Labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi *actionem adversus eum praestem*...

(Ulpianus l. 28 ad edictum — fr. 5 § 12 D. commodati vel contra 13, 6).

Osoba A wręczyła osobie B pewną rzecz, aby osoba B dała tę rzecz w zastaw swemu wierzycielowi. Tymczasem osoba B, jak w ostatnim interesującym nas przypadku, nie może odebrać zastawu od wierzyciela, bo ten nie chce go jej zwrócić, mimo że dług został zapłacony. Labeo udziela w tym wypadku osobie A przeciw B *actionem commodati* o cesję *actionis*, którą osoba B ma przeciw swemu wierzycielowi o zwrot zastawu. Jest rzeczą jasną, że chodzi tu o *actio pigneratitia in personam directa*.

Z faktu, że Labeonowi znany jest edykt de pignore i actio pigneratitia directa wnioskować możemy wstecz co do daty ich powstania. Górną granicą będzie tu w każdym razie Lex Aebutia¹⁾ (150 rok przed Chrystusem) zgodnie ze słowami Gajusa:

Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur...

(Gai 4, 11.)

Z porównania obu granic: roku 150 przed Chrystusem i okresu życia Labeona (zmarł w 22 roku po Chrystusie) wyciągniemy wniosek, że epoką powstania edyktu i akcji jest mniej więcej koniec drugiego i początek pierwszego wieku przed Chrystusem, bo z jednej strony musimy się cofnąć o kilkadziesiąt lat przed czasy Labeona, a z drugiej oddalić o tyleż lat od roku wydania Legis Aebutiae. O zupełną dokładność kusić się tu nie można, gdyż w całej Kodyfikacji Justynjańskiej mamy zaledwie dwa fragmenty z czasów Rzeczypospolitej, mianowicie: Serwusza (za Cicerona)²⁾ i Alfenusa Warusa (cons. suff. a. 39)³⁾, z których to fragmentów nie możemy wyciągnąć żadnych wniosków ani o edyktie, ani o actio in personam.

Lenelowi⁴⁾ udało się zrekonstruować brzmienie tej actionis pigneratitiae in personam. Według Lenela formułka jej była następująca:

S. p. Am. Am. No No rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse, eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Nm Nm stetisse, quo minus solveretur, eamque rem Ao Ao redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.

¹⁾ Bruns-Lenel: Geschichte u. Quellen des röm. R. w Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft. Lipsk—Berlin 1902, str. 111.

²⁾ fr. 15 § 32 D. de iniuriis 47, 10.

³⁾ Krüger: Gesch. d. Q. i t. d. str. 69.

⁴⁾ Lenel: Das Edictum Perpetuum. Lipsk, 1907, str. 246—247.

Wymogi tej akcji: 1) aby zaszedł sam fakt zastawu za dług 2) aby dług wygasł, bądź przez zapłatę, bądź przez jakikolwiek inny sposób wierzyciel został zaspokojony 3) aby wierzyciel nie chciał zwrócić zastawu po zapłaceniu długu, podkreślane przez źródła, znajdują rzeczywiście swój wyraz w tej formułce.

Z biegiem czasu obok actio in factum concepta pojawiła się actio in ius concepta, jako wynik recepcji prawa pretorskiego do cywilnego (ius civile). Wnoskujemy o tem, między innymi, z pewnego fragmentu Juljana, w którym czytamy o actiones pigneratitiae w liczbie mnogiej:

Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem...

(Ulpianus l. 38 ad edictum — fr. 13 pr. D. de pign. act. 13, 7).

Juljan (za Hadrijana i Antonina Piusa) zna zatem już actio in ius concepta pigneratitia. Jako okres recepcji moglibyśmy tedy w przybliżeniu przyjąć początek pierwszego wieku po Chrystusie. Na zasadzie analogji z podaniem nam przez Gajusa¹⁾ brzmieniem actionum in factum et in ius conceptarum depositi, umieściwszy w demonstratio actionis in ius conceptae warunki intencji actionis in factum conceptae, moglibyśmy podać następujące brzmienie tej pierwszej:

Actio pigneratitia in personam in ius concepta:
Iudex esto. Quod As As No No rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedit, eaque pecunia soluta eove nomine satisfactum est aut per Nm Nm stetit, quo minus solveretur eaque res Ao Ao redditam non est, quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona eius iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.

¹⁾ Gai 4, 47.

Ta formułka, której condemnatio szła już na wartość świadczenia, prowadziła do bonae fidei iudicium¹⁾.

Tyle co do actio pigneratitia in personam directa. Co się tyczy actionis contrariae, to w fragmencie Pomponjusza, w którym Labeo zda się mówić o pigneratitia contraria, nie bez słuszności wykryto interpolację:

Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te—*contraria pigneratitia*²⁾—exciat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude...

(Pomponius l. 18 ad Sabinum—fr. 3 D. de pign. act. 13, 7).

Interpolacja jest tu, rzeklibyśmy, typowa. Dwa zdania stoją w zupełnej do siebie sprzeczności, mimo, że rzekomo pochodzą od jednego autora. Labeo udziela zastawnikowi actionem furti et ad exhibendum, a potem nagle mówi o ekscepcjach przeciwko użytej przez wierzyciela pigneratitia contraria. Takie przejście w piśmie jednego i tego samego prawnika jest niemożliwe. Labeo obdarza zastawnika ogólną ochroną prawną z punktu widzenia kradzieży, której dopuścił się zastawca, złamawszy fidem, przez co zastawnik poniósł uszczerbek majątkowy. Wzmianki o actio pigneratitia contraria znajdują się dopiero u późniejszych pisarzy³⁾.

Już z chwilą stworzenia actionis pigneratitiae in personam directae (in factum conceptae) zastaw podniesiony

¹⁾ 28 I. de act. 4, 6.

²⁾ Interpolację wykrył Gradenwitz (V. Corpus, 1920 str. 214. uw. 12 a). Gradenwitz: Interpolationen in den Pandekten, Berlin, 1887, str. 114—115.

³⁾ Np. Ulpianus l. 28 ad edictum—fr. 9 pr. D. de pign. act. 13, 7. Należy raczej mówić o iudicium contrarium, niż o actio contraria. (Gradenwitz, op. cit. 111—112).

został do roli kontraktu. Nastąpiło to, jak wykazaliśmy wyżej, na przełomie drugiego i pierwszego wieku przed Chrystusem.

§ 3.

Interdictum Salvianum.

Od czasu Legis Aebutiae, mniej więcej, od końca drugiego, a głównie w pierwszym wieku przed Chrystusem zaszły poważne zmiany w budowie prawniczej zastawu — pignus, które uczyniły z zastawu pierwotnego samoistną instytucję prawną. Scharakteryzowaliśmy już uznanie zastawu za umowę realną, teraz przejdziemy do skreślenia wytworzenia rzeczowej ochrony dla pignus—prawa rzeczowego na rzeczy cudzej.

Impuls do tego rozwoju dały stosunki, jakie wytworzyły się na roli rzymskiej wobec wyłaniającego się zwolna zastawu [nierękodajnego na inwentarzu dzierżawcy. Jak już widzieliśmy, zmiany od samodzielnego gospodarstwa rolniczego do dzierżaw na wielką skalę wywołały konieczność lepszego zabezpieczenia zastawnika—właściciela rolnego od niedawno mu przysługującej klauzuli przepadłości. Tem zabezpieczeniem jest dane przez pretora Salvjusza zastawnikowi interdictum Salvianum adipiscendae possessionis w celu uzyskania posiadania inwentarza wprowadzonego na grunt dzierżawiony w razie, jeżeli zastawca nie zapłaci należnej sumy czynszu, lub inaczej nie zaspokoi wierzyciela¹⁾.

Zanim przystąpimy do dogmatycznego przedstawienia interdictum Salvianum, musimy stwierdzić datę jego powstania, co jest niesłychanie ważne dla skreślonego przez nas historycznego obrazu. Musimy tedy odpowiedzieć na pytanie: „kiedy powstało interesujące nas interdictum?” I znowu ta kwestja wywołała wiele dyskusji. Już wyżej

¹⁾ Gai 4, 147; tit. d. 43, 33: de Salviano interdicto; 3. I. de interdictis 4, 15.

(rozdział IV § 2) stwierdziliśmy, że Dernburg¹⁾, Jourdan²⁾, Costa³⁾, a w ostatnich czasach Naber⁴⁾ i Manigk⁵⁾ widzą powstanie interdyktu i opierającej się o interdykt *actionis Servianae* w bardzo dawnych czasach (za Katona i Plauta). Inni, jak Voigt⁶⁾, Kuntze⁷⁾, Herzen⁸⁾ widzą w interdyktie Salwusza i akcji Serwusza wytwór okresu cesarskiego, lub końca Rzeczypospolitej.

W określeniu daty interdyktu Salwjańskiego nie będziemy się trzymali żadnej ze stosowanych przez wspomnianych autorów metod. Wyjdziemy z założeń, zgodnych z dotychczasowymi postulatami, a mianowicie pozostających w ścisłym związku ze stosunkami rolnymi rzymskimi. Odrzuciwszy konsekwentnie zastaw nierękodajny u Plauta, stwierdziwszy charakter ochrony prawnej tego przejściowego zastawu, jakim jest *pignus* u Katona, musimy zadać sobie pytanie: „kiedy rozwinął się na wielką skalę kolonat rzymski?” Gdy rozwiążemy tę kwestję, stwierdzimy, że interdykt Salwusza musiał właśnie wtedy powstać: „in longinquis fundis”, jak powiada Kolumella⁹⁾, czyli że wydanie interdyktu i okres wprowadzenia kolonatu pokrywają się wzajemnie. Otóż rozwój dzierżawy nastąpił dopiero po systemie gospodarstwa, poruszanego pracą niewolniczą.

Zdobycie Kartaginy (146 rok), Koryntu (146), upadek Macedonii (148) i Hiszpanii (133)—oto daty, które wskazują nam ilość wojen jakie prowadził Rzym, tych wojen, które wraz z olbrzymią konkurencją zboża zagranicznego położyły kres istnieniu drobnych właścicieli ziemskich. Następna epoka to czasy niewolnictwa na latyfundiach

rzymskich. Reformy Tyberjusza i Gaja Grakchów (133—121) miały na celu usunięcie tych wielkich posiadłości, uprawianych przez niewolników, lub leżących zgoła odłogiem, a przywrócenie stanu wolnych rolników. Ponury był obraz Italii za czasów Tyberjusza: gdzieś pustka, gdzieś niedługo na roli niewolni, powiada Plutarch¹⁾, podkreślając jak silne wrażenie wywarł ten stan rzeczy na wrażliwym Tyberjuszowi Grakchu.

Kolumella, współczesnik Celsusa i Seneki, jeszcze widzi rolę, uprawianą przez niewolników i doradza gorąco kolonat²⁾. Zatem myśl o dzierżawach na wielką skalę wyłoniła się i skonkretyzowała dopiero w pierwszym wieku przed Chrystusem, gdyż Kolumella (pierwszy wiek po Chrystusie) mówi o niej, jako o czemś dostatecznie znanem. A interdykt Salwusza jest w ścisłym związku z rozwojem mnogich dzierżaw, gdy właściciel roli nie mógł już przebywać na gruncie dzierżawionym, zwłaszcza, że mieszkał już głównie w Rzymie, nad czem tak ubolewa, żyjący pod koniec Rzeczypospolitej Varro, mówiąc o dawnej przeszłości:

Viri magni nostri maiores non sine causa praeponerant rusticos Romanos urbanis.

(Varro: De re rustica. II Praef. 1 — Bruns t. 2 str. 62).

Pretor Salwusz żył tedy pod koniec Rzeczypospolitej i na początku cesarstwa i wtedy prawdopodobnie musiał wydać swój interdykt³⁾; w ten sposób dozwolił pretor

¹⁾ Tyberjusz i Gajus Grakchowie (przekład Sinki str. 343).

²⁾ De re rustica 1, 7 (wyżej cytowane w całości str. 70).

³⁾ Stwierdziwszy na tej drodze okres powstania interdyktu Salwusza, nie przytaczamy tu wszystkich argumentów *pro i contra*, jakie wysuwają zwolennicy odsunięcia interdyktu w przeszłość trzeciego wieku przed Chrystusem, lub przeniesienia go do czasów cesarskich. Dodamy tylko, że na każdy argument *pro* można znaleźć odpowiedź *contra* tak, że dwa te zdania sprzeczne razem się anulują. Gdy Wlassak (Edict und Klageform, 1882 str. 130 sq.) chce widzieć w *actio Serviana*, a zatem i w *interdictum Salvianum*, gdyż były one prawie jednocześnie, pierwsze poczynania prawne pretora, który wpro-

¹⁾ Op. cit. t. 1 str. 64.

²⁾ Op. cit. str. 89 i 103.

³⁾ Op. cit. str. 264.

⁴⁾ Op. cit. str. 221.

⁵⁾ Pfandr. Unters. str. 32—33.

⁶⁾ Op. cit. t. 2 str. 678.

⁷⁾ Op. cit. str. 22 sq.

⁸⁾ Op. cit. str. 167—201.

⁹⁾ De re rustica 1, 7.

właścicielowi gruntu wziąć w posiadanie majątek (inwentarz) nieplacącego dzierżawcy.

Ustaliwszy okres wydania interdyktu Salvjusza, zajmujemy się teraz jego treścią i działaniem. Definicję interdyktu podaje nam Gajus:

Interdictum quoque quod appellatur Salvianum apiscendae possessionis causa comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

(Gai 4, 174).

Identyczną definicję (adipiscendae—apiscendae) spotykamy także w Instytucjach Justynjana¹⁾.

Co do charakteru interdyktu, to dziś powszechnie jest przyjęte, że interdictum Salvianum należy do grupy interdyktów prohibitoryjnych²⁾. Możemy się tego tylko domyślać, gdyż kompilatorowie usunęli treść interdyktu z Kodyfikacji Justynjańskiej, pozostawiając w rozdziale: de Salviano interdicto³⁾ tylko niewiele fragmentów, mocno interpolowanych. Na prohibitoryjność interdyktu wskazuje jego miejsce w kompilacji Justynjana, gdzie interdykt ten znajduje się prawie między samymi interdyktami prohibitoryjnymi, mianowicie:

tit. D. 43, 27: de arboribus caedendis.

tit. D. 43, 28: de glande legenda.

wadza akcję bez istnienia edyktu, Herzen (op. cit. str. 189) utrzymuje, że ten niezwykle rodzaj wprowadzenia akcji jest wynikiem jej późnego powstania, gdy mianowicie prawo pretorskie, bliższe czasom Hadrjana znajdowało się w okresie zaniku, a Karlowa (op. cit. 2 t. str. 1279) łączy *actio Serviana* z edyktem pretora peregrynów, twierdząc w każdym razie, że *actio* ta jest późnego pochodzenia. Voigt (op. cit. 2 t. str. 678) zna nawet pełne nazwisko pretora Salvjusza: *Servius Sulpicius Galba* (743—748 a. u. c.) a Kuntze (op. cit. t. 1 str. 29—30) potwierdza zdanie Voigta. Mówi się także o pełnym nazwisku Salvjusza. Hypotezy tego rodzaju nigdy nie dadzą się sprawdzić.

¹⁾ 3 l. de interdictis 4, 15.

²⁾ Rudorff (op. cit. str. 210); Jourdan (op. cit. str. 105); Karlowa (op. cit. t. 2 str. 1281).

³⁾ Tit. D. 43, 33.

tit. D. 43, 29: de homine libero exhibendo (interdykt exhibitoryjny).

tit. D. 43, 30: de liberis exhibendis, item ducendis, (ten ostatni jest prohibitoryjny).

tit. D. 43, 31: utrubi.

tit. D. 43, 32: de migrando (najbliższy stosunków interdyktu Salvjusza, prohibitoryjny).

tit. D. 43, 33: de Salviano interdicto.

Jednocześnie jeden z prawników rzymskich, Wenulejusz, podkreśla, że rodzajem wprowadzenia kogoś w posiadanie jakiejś rzeczy jest wzbronienie oporu w razie, gdy uprawniony zamierza wykonać swe prawo:

Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredientem vim fieri.

(Venuleius l. 1. interdictorum—fr. 52 § 4 D. de adquir. vel amitt. possess. 41, 2).

Interdictum Salvianum, którego istotą było wprowadzenie właściciela roli w posiadanie inwentarza dzierżawcy miało tedy charakter prohibitoryjny¹⁾.

Wynikiem tego prohibitoryjnego charakteru interdyktu Salvjusza był proces per sponsionem, czyli cum poena według ogólnej zasady prawa rzymskiego:

Ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet.

(Gai 4, 141).

¹⁾ Miejsce interdyktu w Kodeksie Justynjana (tit. C. 8, 9: de precario et de Salviano interdicto), które Puchta (op. cit. 2 t. str. 262) uważa za wskazujące na łączność między interdictum de precario a interdictum Salvianum, a więc stwierdzające rzekomo restytutoryjny charakter interdyktu Salvjusza nie może stanowić dowodu, bo: 1) wszelki wpływ prekaryjnego posiadania zastawu przez zastawcę na rozwój nierękodajnego zastawu jest wyłączony, gdyż takie prekaryjne posiadanie za czasów Katona i przed stworzeniem *actionis Servianae* jest niemożliwe (powyżej rozdział IV § 4); 2) w Digesta interdictum de precario (tit. D. 43, 26) i interdictum Salvianum (tit. D. 43, 33) są rozdzielone między sobą sześcioma rozdziałami. Wniośki Puchty co do restytutoryjnego charakteru interdictum Salvianum na wzór interdictum de precario nie dadzą się utrzymać.

Wyobrażając sobie tedy realnie całe postępowanie, dojdziemy do następującego wniosku: właściciel gruntu rolnego, uzyskawszy od pretora interdykt, usiłuje zabrać sobie inwentarz dzierżawcy; jeżeli dzierżawca oprze się temu działaniu, następuje wezwanie dzierżawcy do sponsio, która przewiduje zapłacenie pewnej sumy pieniężnej w razie wykroczenia przeciw interdyktowi. Dzierżawca wzywa właściciela gruntu do restypulacji. In iudicio bada się teraz ogólnie, czy wymogi interdyktu były spełnione i po czyjej stronie jest słuszość. Jeżeli właściciel gruntu wygrywa, dzierżawca płaci stypulowaną sumę pieniężną i sprawa wraca do stadjum chwili wydania interdyktu. Znowu właściciel usiłuje zabrać inwentarz dzierżawcy: teraz jednak dzierżawca prawdopodobnie mu nie przeszkodzi, bo znowu musiałby zapłacić karę. Być może, że, jeżeli słuszość jest po stronie właściciela, dzierżawca nie przeszkadza mu i pierwszym razem. W ten sposób właściciel gruntu otrzymuje należne mu zadośćuczynienie¹⁾.

Opisawszy następstwa interdyktu Salwjusza, stwierdzić musimy przeciwko komu interdykt ten był kierowany, czy tylko przeciw osobie dzierżawcy, czy też można go było użyć także przeciwko każdej trzeciej osobie, której np. dzierżawca podstępnie aljenował części inwentarza, stanowiącego przedmiot zastawu. Ma ta kwestja wielkie historyczne znaczenie dla rozwoju zastawu w trzech następujących po sobie etapach: interdictum Salvianum, actio Serviana i actio quasi Serviana.

Zagadnienie przeciwko komu mógł być kierowany interdykt Salwjusza wywołało ożywioną dyskusję. Trudność stwarza przedewszystkiem niezgoda samych źródeł, które w tym stanie, w jakim się dziś znajdują, przeczą same sobie. Nie przytaczamy tutaj argumentów, wysuwanych przez zwolenników poglądu, uważającego, że interdictum Salvianum przysługiwało wyłącznie przeciw dzierżawcy gruntu rolnego, ani też tego, który sądzi, że interdykt mógł być

¹⁾ Rudorff (op. cit. str. 219); Jourdan (op. cit. str. 104).

kierowany przeciw każdej trzeciej osobie. Ograniczymy się narazie do powołania pomników prawa rzymskiego i wyciągniemy z nich odpowiednie wnioski. Posiadamy pewien fragment Juljana, któremu odpowiada znowu ustęp pióra Ulpjana. Zdania tych dwóch autorów będziemy traktowali obok siebie i z porównania ich wyciągniemy konsekwencje:

Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent. (Julianus l. 49 digestorum fr. 1 § 1 D. de Salviano interdicto 43, 33.)

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: „si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset”. Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.

(Ulpianus l. 73 ad edictum fr. 10 D. de pign. 20, 1.)

Fragmenty te uderzają swoim podobieństwem; podobieństwo to jest tem bardziej zastanawiające, że fragment Ulpjana, poczynawszy od słów: „...inter ipsos autem...” przechodzi w mowę uboczną, to znaczy, iż Ulpjan cytuje jakiegoś innego autora:

...meliorem esse condicionem...

utilem actionem competere...

Cytata ta pochodzi z Juljana. Jest to jasne wobec identycznych prawie zwrotów u obu autorów:

Juljan:
... ita ut utrique in solidum obligatae essent... possidentis condicio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debet, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.

Stwierdzić w ten sposób można, że Ulpjan cytuje Juljana prawie dosłownie; tymczasem jednak w tekście zachodzą wielkie pomiędzy tymi autorami różnice.

Juljan pisze:
singuli adversus extraneum *Salviano interdicto* recte experientur; inter ipsos vero si reddatur hoc *interdictum*...
a niżej:
utilis *actio*... dari debet.

Różnica jest zasadnicza: wiemy, że *actio Serviana*, akcja rzeczowa, służy właścicielowi gruntu rolnego w celu wydobywania zastawionego inwentarza dzierżawcy od każdej trzeciej osoby; co do *interdictum Salvianum* to jego działanie mamy dopiero stwierdzić. Z tekstu Juljana wynika, jakoby interdykt mógł być użyty i przeciw trzeciej osobie (*adversus extraneum*), ale zadziwia, że Ulpjan w tych samych stosunkach użył *actionis Servianae*, mimo, że cytował Juljana, jak to widzieliśmy wyżej. Zadziwia następnie sposób mówienia Juljana; zrazu pisze on: „...inter ipsos vero si reddatur hoc *interdictum*...” a niżej — „...*utilis actio* dari debet”. Skąd ta wymiana słów: *interdictum*... *actio*? Widzimy tedy, że nie możemy przyjąć jednego z dwóch tych

Ulpjan:

... ita ut utrique in solidum obligatae essent... possidentis meliorem esse conditionem... si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.

a Ulpjan:

singuli in solidum adversus extraneos *Serviana* utentur; inter ipsos vero si quaestio moveatur...
a niżej:
utilem actionem competere.

tekstów, jako tekst szczery. Musimy uznać w jednym z nich interpolację i mianowicie w tym, który jest bardziej podejrzany wskutek zmienności określeń, niemożliwych u jednego prawnika (*interdictum*... *actio*), zwłaszcza, że pozostawiony w formie niezmienionej tekst Juljana przeczyłby innemu fragmentowi, mianowicie pewnej odpowiedzi cesarza Gordjana:

Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumedit, integrum tibi ius est ea persequi non interdicto *Salviano* (*id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*), sed *Serviana* actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.

(I C. de precario et *Salviano interdicto*—8, 9 a. 238). Tekst ten, brany w swym dosłownym brzmieniu, powiada: *interdictum Salvianum* może być użyte wyłącznie przeciw dzierżawcy, lub dłużnikowi: *tantummodo adversus conductorem debitoremve*. Jeżeli wyżej wspomniany tekst Juljana weźmiemy w formie niezmienionej, między nim a fragmentem Gordjana zapanuje sprzeczność, której nie da się wytłomaczyć. Innymi słowy, musimy przyjąć, że tekst Juljana został interpolowany, że zamiast słów: „*Salviano interdicto*” prawdopodobnie Juljan pisał: „*Serviana actione*”, zamiast zaś wyrażenia: „...si reddatur hoc *interdictum*”, Juljan, być może, powiedział: „si quaestio moveatur”, jak to czytamy u Ulpjana¹⁾.

Ale, jeżeli przyjmemy, że fragment Juljana został interpolowany, to musimy też uznać, że kompilatorowie znali już *interdictum Salvianum*, stosowane przeciw osobie trzeciej, w przeciwnym razie bowiem cel interpolacji pozostałby niewytłomaczony. Tak też było istotnie, jak to wnioskujemy z objaśnienia Teofila do 3.1 de *interdictis* 4, 15: 2).

¹⁾ Interpolację w fragmencie Juljana (*Palingenesia*, Julianus 676) przyjmuje Lenel (*Edictum Perpetuum* § 266, str. 470 sq. i Herzen (op. cit. str. 139 sq.).

²⁾ Przytaczamy komentarz Teofila w przekładzie francuskim „*Paraphrase grecque des Instituts de Justinien par le professeur*”

Tel (to jest adipiscendae possessionis) est l'interdit Salvien, qu'on donne au propriétaire d'un fonds contre le colon qui est convenu avec lui que les choses qu'il a apportées dans son fonds seraient affectées au paiement des fermages: si en effet il cesse de les payer, on agira par l'interdit Salvien contre tout détenteur des biens du colon.

Za Teofila interdykt był tedy stosowany przeciw trzeciej osobie, co najzupełniej się zgadza z przyjętą wyżej interpolacją. Od czasów Gordjana (238) do Teofila (534) interdykt Salwjusza uległ tedy zasadniczej zmianie¹⁾ i tak, jak za czasów klasycznych mógł on być stosowany wyłącznie przeciw dzierżawcy, tak w prawie Justynjańskim stosowano go także przeciw osobie trzeciej.

Twierdzenie nasze, że interdykt Salwjusza mógł być kierowany tylko przeciw dzierżawcy, zostaje poparte przez okoliczność niesłychanej wagi, mianowicie, że wygrana w interdykcie nie była uzależniona od tego, czy inwentarz dzierżawcy znajdował się w chwili ustanowienia zastawu „in bo-

Theopile... traduite en français par M. J. C. Fregier. Paryż, 1847, str. 608-609 ad I. 4, 15, 3.

¹⁾ Nie możemy tu oczywiście przyjąć zdania Puchty (op. cit. t. 2 str. 263 uw. d.) który w swej gorliwości przyznania interdyktu tylko, wyłącznie i zawsze przeciw osobie dzierżawcy, powiada, że tłumaczenie Teofila jest poprostu błędem: „Was Theophilus (4, 15, 3.) will... ist nicht zu sagen; seine Darstellung wenigstens ist jedenfalls ein Fehler (!) Zwolennikiem przemiany interdyktu Salwjusza jest Karlowa (op. cit. t. 2 str. 1283): „Wahrscheinlich ist es (Salvianum) unter der Bedingung dass die inferieren invecta et illata zur Zeit der conventio in bonis des Verpfänders gestanden, auch gegen den dritten Besitzer derselben zugelassen; toż samo Herzen (op. cit. str. 153): „A l'époque de Justinien et dans la pensée des compilateurs, l'interdit Salvien est recevable contre le tiers“.

Rudorff (op. cit. str. 220 sq.), za którym idzie Jourdan (op. cit. str. 112), zwolennik użycia interdyktu przeciw trzeciej osobie jeszcze za czasów klasycznych, stara się wytłumaczyć C. 8, 9, 1, twierdząc, że słowa: „adversus conductorem debitoremve“, użyte są wyjątkowo, gdyż w danym przykładzie zastawnik pozwolił zastawcy na sprzedaż zastawu, ale zastrzegł się, że nie zrzeka się swego prawa (non remittit pignus). Jest to wierzyciel zwykły, nie właściciel gruntu rol-

nis“ coloni. Wnoskujemy o tem z analogji tego interdyktu do interdictum de migrando, które również nie zawierało, jako warunku zwycięstwa, aby rzecz w chwili zawarcia umowy najmu mieszkania znajdowała się in bonis najmobiocy.

Illud notandum est praetorem hic non exegisse, ut in bonis fuerit (sc. res) conductoris... proinde et si aliena sint... interdicto hoc locus erit.

(Ulpianus l. 73 ad edictum-fr. 1 § 5 D. de migrando 43,32).

Otóż brak warunku: „in bonis coloni“ jest rozstrzygający. Właściciel gruntu może wygrać sprawę na zasadzie interdyktu Salwjusza z dzierżawcą, bo ma lepsze od niego prawo, ale nie z osobą trzecią, która mogłaby być właścicielem rzeczy zastawnej (inwentarza), a znajduje się w chwili wydania interdyktu w posiadaniu tej rzeczy. Wobec takiej osoby zastawnik byłby bezbronny i interdykt nie miałby żadnego zn. czenia.

Natomiast nie jest rozstrzygającym dowodem na poparcie twierdzenia używalności interdyktu Salwjusza wy-

nego; to też powiadają Rudorff i Jourdan, nie może on użyć interdyktu Salwjusza, bo 1) nie zachodzi tu dzierżawa gruntu rolnego, 2) bo zrzekł się tego interdyktu wobec dłużnika, pozwoliwszy mu na sprzedaż zastawu. Tłumaczenie to śmiałe, ale, opierające się na niesprawdzonych domniemaniach, bynajmniej nie wyjaśnia tych trudności, jakie wyniknęły z porównania D. 43, 33, 1, 1 i D. 20, 1, 10, który to ostatni fragment jest cytata z pierwszego.

Puchta dochodzi wprawdzie do rzeczywistych wniosków używalności interdyktu wyłącznie przeciw osobie dzierżawcy (t. 2 str. 262), ale opiera się na fałszywej analogji interdictum Salvianum i interdictum de precario: „ist diese Ableitung (to znaczy od interdictum de precario) richtig, so wird auch dieses Interdict nur gegen den Verpfänder und seine Erben angestellt werden können, nicht... auch gegen einen dritten Besitzer. Słowo „debitoremve“ w C. 8, 9, 1 (adversus conductorem debitoremve) uważa Puchta (str. 262 uw. c.) za bliższe określenie do conductorem.

Dernburg (op. cit. t. I. str. 58) jest autorem hipotez, uzależniających wygraną w Interdictum Salvianum tak, jak w interdictum utrobi, od ilości czasu, jaki upłynął od chwili wyniesienia inwentarza z gruntu. Hypotezy te nie oparte są na żadnym tekście.

łącznie przeciw osobie dzierżawcy okoliczność, że między interdyktem tym, gdyby przysługiwał on przeciw każdej trzeciej osobie, a akcją Serwjusza nie byłoby żadnej różnicy, bo i interdictum i actio miałyby to samo znaczenie. Stąd konieczność wydania actionis Servianae pozostałaby niewytłomaczona. Słusznie bowiem powiada Rudorff¹⁾, że różnica między surowym postępowaniem interdyktu salwjańskiego, dopuszczającego jeszcze, jakby rodzaj samopomocy (ductio, abductio), a akcją serwjańską, będącą już zwykłym postępowaniem, podobnym do postępowania wydobyczego i tak jest znaczna, i postępowanie widoczny.

Karlowa²⁾ podaje nam przypuszczalną formułę interdyktu Salwjusza:

Si is homo q. d. a. est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in illum fundum q. d. a. introducta illata ibi nata factave essent ea pignori illi pro mercede illius fundi essent neque ea merces illi soluta eove nomine satisfactum est aut per illum stat, quominus solvatur, ita, quominus illi, in cuius fundum is homo pignoris nomine inductus est, eum abducere (inde abducere) liceat, vim fieri veto. Formuła ta, i słusznie, nie zawiera wymogu: „...et ea res tunc, cum conveniebat, in bonis coloni fuit“.

Być może, że interdykt Salwjusza, zrazu regulujący wyłącznie stosunki między dzierżawcą a właścicielem gruntu rolnego udzielono także w dalszym rozwoju jakimkolwiek wierzycielowi przeciw jakimkolwiek dłużnikowi (niekoniecznie dzierżawcy) w celu uzyskania posiadania nierękoznajnego zastawu w razie przeminięcia terminu płatności długu. Stąd zdanie Gordjana:

id enim (sc. interdictum Salvianum) tantummodo adversus conductorem debitoremve competit.

(l. C. de precario et de Salviano interdicto 8, 9).

¹⁾ Op. cit. str. 235—236.

²⁾ Op. cit. t. 2 str. 1281.

byłoby dla jego czasu (odpowiedź była pisana w roku 238 po Chrystusie) i znacznie nawet wcześniejszego zupełnie na miejscu¹⁾.

§ 4.

Actio Serviana i actio quasi Serviana.

Wytworzony w pierwszym wieku przed Chrystusem, interdykt Salwjusza nie wystarczał w praktycznym życiu. Stosować interdykt można było wyłącznie do osoby dzierżawcy, a nie do każdego posiadacza zastawionego inwentarza, a zresztą życie samo wymagało uregulowania kwestii stosunku między właścicielem i dzierżawcą drogą actio, gdyż interdictum Salvianum nosiło na sobie jeszcze cechy samopomocy w owym wyprowadzeniu inwentarza z gruntu, prowadziło zaś do zawikłanego procesu per sponsionem, co wszystko nie licowało z ciągłym postępem, idącym w kierunku ułatwień procedury i lepszej obrony zastawnika przed zastawcą. Ale interdykt Salwjusza miał swoje wielkie znaczenie. Możliwość adipiscendae possessionis, jakiej udzielał, opierała się już na zrozumieniu prawa zastawnika do rzeczy zastawnej. Zastawnik żądał udzielenia posiadania, bo miał już to prawo na cudzej rzeczy, a tego prawa udzielił mu pretor, może nieświadom tego, że stwarza nowe rzeczowe prawo, ale, zmuszony stosunkami życia codziennego i nieprzerwanym tokiem postępu. Interdictum adipiscendae possessionis różni się od innych posesoryjnych interdyktów. Te inne interdykta regulują kwestię po-

¹⁾ Lenel (Edictum Perpetuum, str. 470) przypuszcza, że słowo „debitoremve” jest interpolowane. Ale jeżeli przypuścimy interpolację fragmentu Gordjana, nie moglibyśmy sobie wytłumaczyć, dlaczego kompilatorowie pozostawili nietknięte całe zdanie: id (sc. interdictum) tantummodo adversus conductorem... competit, gdy jak wykazaliśmy to wyżej, za ich czasów interdykt Salwjusza mógł być użyty i przeciw trzeciej osobie. Jeżeli już Trybonjan przedsięwziął interpolację tego fragmentu, usunąłby zdanie omawiane w całości. Tłumaczenie Puchty (op. cit. 2 t. str. 262 uw. c), że „debitoremve” określa bliżej „conductorem”, jest filologicznie niemożliwe.

siadania, interdykt Salwjusza reguluje kwestję prawa¹⁾. Niepostrzeżenie wciskały się w prawne pojęcia rzymskie myśli nowego prawa rzeczowego. Pretor Serwusz, mniejsza o jego całe nazwisko, w każdym razie rówieśnik Salwjusza oparł o interdykt salwiański akcję rzeczową, mocą której udzielił on zastawnikowi (właścicielowi gruntu rolnego) możliwości wydobywania inwentarza, przedmiotu zastawu, od każdej trzeciej osoby, znajdującej się w posiadaniu tego inwentarza, oczywiście, jeśli nie była ona właścicielem kwi-rytarskim, wtedy, gdy zastawca był tylko bonae fidei possessor. Wynika to z fragmentu Paulusa:

Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habeat, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, veluti debitorem per Publicianam. (Paulus l. 19 ad edictum- fr. 18 D. de pign. et hyp. 20, 1.)

Actio Serviana stworzona została przez pretora, jest jego dziełem. Co do tego niema wątpliwości:

Item Serviana et quasi Serviana... ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. (7 l. de actionibus 4, 6.)

Actio Serviana jest actio in rem, służąca przeciw każdemu, kto znajdzie się w posiadaniu inwentarza dzierżawcy, jest arbitraria; condemnatio następowała tylko wtedy, gdy pozwany nie wydał rzeczy na rozkaz sędziego. W Instytucjach Justynjana czytamy:

Praeterea quasdam actiones *arbitrarias* ... appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciatur, veluti rem restituatur, exhibeatur, vel solvatur, vel ex noxali causa servum dedatur, condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni...

(31 l. de actionibus 4, 6.)

¹⁾ Kuntze (op. cit. t. I str. 20-21).

Actio Serviana zawierała ponadto wymóg, którego nie było w interdictum Salvianum, mianowicie, aby rzecz w chwili zawarcia umowy zastawnej znajdowała się „in bonis” dzierżawcy. Papinjan pisze:

Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, aequae servanda erit creditori actio Serviana probanti res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse.

(Papinianus l. 20 quaest. - fr. 3 pr. D. de pign. 20, 1). Ten wymóg „in bonis” udzielał wierzycielowi prawa wystąpienia i zwycięstwa przeciw każdej osobie, która miała gorsze od dzierżawcy prawo do inwentarza.

Actio Serviana ujęta była w transpozycję osób; w intencji wymieniano osobę dzierżawcy, a w kondemnacji osobę trzecią, będącą posiadaczem przedmiotów, należących do inwentarza.

Actio Serviana wytworzyła się w oparciu o interdictum Salvianum, a więc bez edyktu, zajmuje w albumie pretorskim ostatnie miejsce za interdyktem Salwjusza¹⁾ i jest tworem dość późnym pierwszego wieku przed Chrystusem, znajdując się w ścisłej łączności z rozwojem kolonatu rzymskiego, jej oparcie zaś o interdykt wytłomaczyć można okresem upadającego już prawa pretorskiego, a z drugiej strony ścisłą łącznością między interdyktem a akcją, prawie sobie współczesnymi.

Actio Serviana tworzyła nowe prawo rzeczowe na rzecz cudzej, narazie tylko na inwentarzu dzierżawcy, ale był to wstęp do wyłonienia się prawa rzeczowego na wszelkich wogóle rzeczach, danych w zastaw rękodajny, lub nierękodajny.

Opierając się na wymogach actionis Servianae, podaje Lenel²⁾ przypuszczalną intencję actionis w sposób następujący:

¹⁾ Oddzielne stanowisko zajmuje Karlowa (op. cit. t. 2 str. 1278 sq.) Lenel, (Ed. Perpet., str. XXV).

²⁾ Lenel (op. cit. § 267).

...convenisse, ut, quae in eum fundum quo de agitur introducta importata ibi nata factave essent ea pignori Ao Ao pro mercede eius fundi essent..., której jedynie możnaby było zarzucić użycie słów: „quo de agitur” po słowach: „in eum fundum”, gdyż w procesie nie chodzi o „fundus”, ale o „res coloni”, tak, że brzmienie intencji ująłbyśmy mogli:

...convenisse, ut, quae in fundum Ai Ai introducta importata...

Jourdan, opierając się na Rudorffie, podaje następujące przypuszczalne pełne brzmienie actionis Servianae.¹⁾

I. e. S. p. hominem q. d. a. esse ex his rebus, de quibus inter Am Am et Lucium Titium, cuius in bonis is homo tum fuit, convenit, ut, quae in fundum q. d. a. invecta illata importata ibi nata factave essent ea Ao Ao pro mercede eius fundi pignori hypothecaeve essent neque eam mercedem Ao Ao solutam eove nomine satisfactum esse neque per Am Am stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitrato tuo Ns Ns eum hominem restituat, aut eam pecuniam solvat, quanti ea res est, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.

Oprócz wyżej zamieszczonej zmiany („in fundum, quo de agitur”) należałoby bezwzględnie usunąć z formułki słowo: „hypothecaeve”, które, jak wiadomo, nie było spotykane przed Julianem w tekstach, a którego obecność w formułce wskazywałaby niewłaściwie na ogólne użycie rzeczownika: „hypotheca” przez prawników rzymskich.

W ten sposób dano ochronę rzeczową właścicielowi gruntu rolnego-zastawnikowi inwentarza dzierżawcy. Zrozumiano, że prawo rzeczowe może powstać przez prostą umowę stron, zapomniano o ścisłej łączności między wprowadzeniem na grunt właściciela rzeczy, a wręceniem tej rzeczy, stąd krok tylko, aby od stosunków rolnych przejść

¹⁾ Op. cit. str. 117.

do handlu i przemysłu, aby powstało zrozumienie, że zastaw powstać może przez nagą umowę nie tylko na inwentarzu dzierżawcy, ale na każdej wogóle rzeczy. I nie należy wyobrażać sobie zbyt długiego przeciągu czasu między tem przejściem od stosunków rolnych do stosunków kredytowych codziennego obrotu. Z chwilą wydania actionis Servianae ochrona analogiczna, rzeczowa akcja wydobycza, przysługująca jakiemukolwiek wierzycielowi przeciw każdej osobie, w której posiadaniu znajdzie się rzecz, dana w zastaw, nie dała na siebie czekać. Była nią actio quasi Serviana, zwana także pignoratitia in rem, a przez Marcjana i Gaja głównie, także actio hypothecaria¹⁾. Ta akcja rzeczowa zastosowana była i udzielana nie tylko zastawnikowi przy zastawie nierękodajnym. Nie widziano bowiem wcale różnicy między zastawem rękodajnym i nierękodajnym, który wypłynął z niego, jak to się daje zauważyć terminologicznie. Actio quasi Serviana chroniła każdego wierzyciela—każdy stosunek zastawny. Dopiero za późniejszych, justynjańskich czasów stwierdzać trzeba, że:

Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest,
(7 I. de actionibus 4, 6),

za Justynjana bowiem sztucznie starano się oddzielić pignus i hypotheca, stworzyć dwie odrębne instytucje, gdyż często nie rozumiano już, że są to tylko dwie nazwy jednego i tego samego stosunku. W pierwszym wieku przed Chrystusem było inaczej: słusznie jedna i ta sama instytucja ma ochronę prawną w jednolitej akcji.

Tak tedy actio quasi Serviana udzielona została wogóle wierzycielom, gdy actio Serviana pozostała w ręku właściciela rolnego gruntu:

¹⁾ Np.: 7 I. de actionibus 4, 6: *quasi Serviana*; fr. 13 § 7 D. de pign. 20, 1: „quia suas condiciones habet *hypothecaria actio*...; fr. 41 D. de pign. act. 13, 7: *rem alienam pignori dedisti, deinde dominus eius rei esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori*; fr. 3 § 3 D. ad exhibendum 10, 4: „...*pignoratitia Serviana sive hypothecaria* i wiele innych.

Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecae persequuntur. (I. eod).

Zbyteczne jest powtarzać, że słowa „actio hypothecaria” unikają prawnicy klasycznego okresu prócz Marcjana i Gaja, omawiając je, jak to już wyżej (rozdział IV § 5) wskazaliśmy.

Wymogi actionis quasi Servianae są analogiczne do wymogów actionis Servianae. I tu również trzeba, żeby zaszedł sam fakt umowy zastawnej¹⁾, aby rzecz w chwili zawierania umowy znajdowała się „in bonis” zastawcy²⁾, aby dług nie został zapłacony, lub wierzyciel w jakikolwiek inny sposób zaspokojony³⁾. Actio quasi Serviana była również actio arbitraria, actio in rem⁴⁾. Opierając się na

¹⁾ Gaius I. 9 ad edictum provinciale — fr. 13 § 1 D. ad sc. Velleianum 16, 1: „de pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, cum quasi Serviana (quae et hypothecaria vocatur) in his utilis sit: quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam”. Fragment ten poza tym jest ciekawy terminologicznie. Gajus, autor monografii „de formula hypothecaria”, w innym swym dziele („ad edictum provinciale”) nazywa tę akcję quasi Serviana, unikając greckiej terminologii, a wstawiając ją tylko nawiasowo.

²⁾ Na przykład Marcjan I. singulari ad formulam hypothecariam — fr. 23 D. de probat. 22, 3: „...sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore” i wiele innych.

³⁾ Marcjan I. singulari ad formulam hypothecariam — fr. 13 § 4 D. de pign. 20, 1: „quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia aut satisfactum est: quibus cessantibus tenet”.

⁴⁾ 31 I. de actionibus 4, 6: „...sed istae actiones (sc. arbitrarie) tam in rem quam in personam inveniuntur: in rem veluti... quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur”; Ulpianus I. 24 ad edictum — fr. 3 § 3 D. ad exhibendum 10, 4: „est autem personalis haec actio (sc. ad exhibendum) et ei competit qui in rem acturus est qualicumque in rem actione, etiam pigneratitia Serviana, sive hypothecaria, quae creditoribus competunt”; Marcjanus I. singulari ad formulam hypothecariam — fr. 16 § 3 D. de pign. 20, 1: „...si vero possi-

tych wymogach, podaje Lenel¹⁾ przypuszczalne brzmienie actionis quasi Servianae:

Si paret inter Am Am et Lucium Titum convenisse, ut ea res q. d. a. Ao Ao pignori esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque per Am Am stare, quominus solvatur, nisi ea res arbitrato tuo restitueretur quanti ea res erit tantam pecuniam, iudex, Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a. Jourdan²⁾ używa w swej formułce zwrotu: „...rem... pignori hypothecaeve obligatam esse”, co, jak wykazaliśmy, jest niesłuszne i wyraz: „hypothecaeve” z formułki należałoby bezwzględnie skreślić.

Jak już mówiliśmy, actio Serviana i quasi Serviana zostały wydane bez edyktu w oparciu o interdykt Salwjusza. Przeciw tej teorii w ostatnich czasach protestuje Karlowa³⁾. Według niego actio Serviana i quasi Serviana wydano w oparciu o edykt pretora peregrynów, lub namiestnika prowincji⁴⁾. Mniemanie Karlowy opiera się na osobistych uczuciach tego autora, nie jest poparte przez żadne argumenty. Jedynym dowodem Karlowy jest fakt, że monografje o actio hypothecaria zostawili Gajus i Marcjan, dwaj

deat (sc. pignus) et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, aequè absolvendus est.

¹⁾ Lenel (op. cit. § 267). Dernburg (op. cit. t. 1 str. 81) proponuje następującą formułkę actionis quasi Servianae: „I. e. S. p. Stichum q. d. a. Lucii Titii in bonis fuisse eo tempore, quo inter Am Am et Lucium Titium convenit, ut Stichus q. d. a. propter pecuniam certam creditam pignoris nomine sit obligatus eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare quominus ea pecunia solvatur, nisi Ns Ns Ao Ao arbitrato tuo restituat, iudex, Nm Nm Ao Ao quanti Stichus q. d. a. erit c. s. n. p. a.

²⁾ Op. cit. str. 127.

³⁾ Op. cit. str. 1278 i 1279: „Der Mutterboden der actio Serviana bezw. q. Serviana ist m. E. nicht das Edikt des Prätors, welcher inter cives die Rechtspflege leitete, sondern das Edikt des Peregrinenprätors (vielleicht auch eines Provinzialvorstehers)“.

⁴⁾ I. c. str. 1279.

zgreeczowani pisarze, peregrynowie¹⁾. Ale Karlowa nie wspomina, że monografię „de formula hypothecaria” zostawił także Paulus (ὁποθηκάρια μονοβιβλος.) Stąd wnioski Karlowy i jego twierdzenia, oparte na fakcie, że tylko ci dwaj pisarze pozostawili dzieła o actio hypothecaria, zostają zachwane.

Z chwilą stworzenia actionis quasi Servianae, która przypada prawdopodobnie współcześnie z chwilą dania możliwości zastawnikowi zaspokoić swą wierzytelność przez sprzedaż rzeczy zastawnej²⁾ (poniżej rozdz. V § 5), zastaw stał się prawem rzeczowym na rzeczy cudzej, ale dopiero klasyczni prawnicy, od Labeona począwszy, złożyli podwaliny pod zwolna kształcącą się i bogacącą teorię zastawu, dającą teraz w rozmaity sposób możliwość zaspokojenia wierzyciela, teorię, która przez analogję, przez zastosowanie actionis quasi Servianae, czyniła coraz bardziej elastycznym prawo zastawu, dostosowując akcję kwasiserwijską do wymogów życia, których wszystkich, rozumie się, nie można było przewidzieć w chwili wypisania formułki actionis quasi Servianae.

Jeżeli, chcąc stwierdzić chwilę powstania interdyktu Salvjusza, połączyliśmy go ściśle z rozwojem rzymskiego kolonatu, nie mając sprecyzowanych granic jego powstania, to dla actionis quasi Servianae, jak wiadomo, późniejszej o kilka najwyżej lat od interdyktu, granica niższa, to znaczy taki okres, w którym znajomość akcji byłaby już niezaprzeczona, da się stwierdzić na zasadzie posiadanych przez nas fragmentów w Kodyfikacji Justynjańskiej.

Żyjący za Augusta Labeo pisze:

Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes.

¹⁾ Op. cit. t. 2 str. 1279: „Gajus aber und Marzian sind Juristen nicht römisch nationalen, sondern peregrinisch-provinzialen Gepräges. Wie kommt es, das gerade diese Juristen Monographien über die formula hypothecaria verfassten?”

²⁾ Serwusz za Cicerona-fr. 15 § 32 D. de iniuriis 47, 10.

(Labeo l. 1, pithanon a Paulo epitomatorum—fr. 35. D. de pign. 20, 1).

Manigk¹⁾ uważa cytowany wyżej fragment za pierwszą historycznie wzmiankę zastawu nierękodajnego. Herzen²⁾, stwierdzając możliwość prekaryjnego posiadania domu przez dłużnika-zastawcę w formie pignus, wskazuje na możliwość zastawu we formie fiducia, udzielonego prekaryjnie dłużnikowi. Według Herzena fragment powyższy zatem odnosi się do fiducia precario concessa (poniżej: dodatek).

I jeden i drugi autor opierają się w każdym razie na fakcie posiadania domu przez zastawcę. Herzen powiada³⁾: „Le débiteur possède, puisqu'il reconstruit”, a Manigk⁴⁾, przytaczając to zdanie, pisze: „Ist man also überhaupt geneigt dem debitor hier den Besitz zuzusprechen... so liegt die Annahme eines Vertragspfandes am nächsten”. W przytoczonym jednak fragmencie niema wyraźnej wzmianki o nierękodajnym zastawie. Dłużnik odbudowuje spalony dom, dany w zastaw. Czyż trzeba koniecznie do tej odbudowy posiadania dłużnika? Czyż robotnicy, odbudowujący dom, są jego posiadaczami? Zdanie Herzena: „Le débiteur possède, puisqu'il reconstruit” nie wydaje się jasne, a za niem właśnie poszedł Manigk, uważając fragment Labeona za traktujący o nierękodajnym zastawie. Być bardzo może, że przedmiotem wyżej cytowanego fragmentu jest zastaw nierękodajny, ale okoliczność ta nie wynika ze słów Labeona. Labeo zna już doskonale zastaw nierękodajny na inwentarzu dzierżawcy⁵⁾, musi znać interdykt Salvjusza, akcję Serwjusza, które powstały w związku z rozwojem kolonatu rzymskiego w pierwszym wieku przed Chrystusem. Ale o tem nie mówi nam jego fragment, przynajmniej nie wyraźnie. Mamy inny dowód, że Labeo zna nierękodajny za-

¹⁾ Pfandr. Unters. str. 34 i 35.

²⁾ Op. cit. str. 183 i 184.

³⁾ Op. cit. str. 183.

⁴⁾ Pfandr. Unters. str. 35.

⁵⁾ Fr. 14 D. quib. mod. 20, 6.

staw, a więc i jego ochronę — actionem quasi Servianam, bo zna tę akcję rówieśnik jego C. Cassius Longinus, konsul w roku 30 po Chrystusie¹⁾. W jednym z fragmentów Paulusa czytamy następujące zdanie, wypowiedziane przez Kasjusza:

Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori *Cassius ait*, quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: „quaeque ex silva facta natave sint”.

(Paulus l. 29 ad edictum—fr. 18 § 3. de pign. act. 13, 7.)

Tutaj rzeczywiście mamy do czynienia z zastawem-pignus nierękodajnym, przynajmniej co do statku, wybudowanego z drzewa lasu. Dowód wystarczający, że nie chodzi tu o fiducia, ani o prekaryjny stosunek (zwłaszcza w kwestii owego statku) podaje Herzen²⁾. Zastaw nierękodajny u Kasjusza przyjmuje też Manigk³⁾. Rozumie się, że istnienie takiego nierękodajnego zastawu podaje słuszne przypuszczenie używalności actionis quasi Servianae na początku pierwszego wieku przed Chrystusem, a zatem dowód oparty na rozwoju kolonatu i łączności czasowej actionis Servianae i quasi Servianae, stwierdzenie, że powstały one w pierwszym wieku przed Chrystusem, nie później, okazał się słuszny. Pierwszą wyraźną wzmiankę o ochronie rzeczowej zastawu nierękodajnego spotykamy dopiero w kilkadziesiąt lat później u Celsusa (syna), o którym wiemy, że był drugi raz konsulem w roku 129 po Chrystusie⁴⁾. Manigk⁵⁾ uważa, że następujący fragment tego autora wskazuje wyraźnie na actio quasi Serviana:

Si hominem, in quo usus fructus alienus est vel qui erat pignori Titio obligatus, noxae dedisti, pote-

¹⁾ Krüger, op. cit. str. 168.

²⁾ Op. cit. str. 174.

³⁾ Pfandr. Unters. str. 39.

⁴⁾ Krüger, op. cit. str. 180.

⁵⁾ Op. cit. str. 53.

rit is, cui condemnatus es, tecum agere iudicati, nec exspectabimus, ut *creditor evincat*. Sed si usus fructus interierit vel dissoluta fuerit pignoris obligatio, existimo processuram liberationem.

(Celsus l. 24 digestorum-fr. 69 D. de solut. et liber. 46, 3).

Manigk podaje słuszne tłumaczenie tego fragmentu: chodzi tu o zastaw nierękodajny, gdyż dłużnik może przedsięwziąć noxae dationem; prawo ewikcji wierzyciela wykonane być może w każdym razie wyłącznie drogą actio quasi Serviana. Szkoda tylko, że Manigk nie przytacza drugiego, prawie identycznego fragmentu Celsusa, z którego okazuje się, że miejsca, odnoszące się do zastawu, a przytoczone powyżej, są najwyraźniej interpolowane¹⁾. Mianowicie Celsus, cytowany przez Ulpjana, pisze:

Celsus scribit, si noxali condemnatus eum servum, in quo usus fructus alienus est, noxae dedisti, posse tecum adhuc agi iudicati: sed si usus fructus interierit, liberari ait.

(Ulpianus l. 58 ad edictum - fr. 4 § 8 D. de re iud. 42, 1).

Gdy porównamy te dwa fragmenty, od razu widać, że o zastawie Celsus wcale nie wspomina, gdyż Ulpjan przytacza Celsusa w całości (*Celsus scribit... liberari ait*) tak, że ustęp, na który kładzie nacisk Manigk, brzmi, podany przez Celsusa, nie przez Trybonjana, jak następuje:

Si hominem, in quo usus fructus alienus sit, noxae dedisti, poterit is, cui condemnatus es, tecum agere iudicati. Sed si usus fructus interierit, existimo processuram liberationem.

To właśnie „*Celsus scribit*”, jak podaje Ulpjan w D. 42, 1, 4, 8.

Natomiast u Celsusa spotykamy inny fragment, który mówi o użyciu actionis quasi Servianae. Fragment ten tra-

¹⁾ Gradenwitz (Corpus Juris, 1920, I t. str. 801 uw. 13).

ktuje o „*persecutio pignoris*”, która, jak wiadomo, zwłaszcza u Ulpjana (powyżej rozdział IV § 5) „*in rem parit actionem creditori*”¹⁾:

Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit.

(Ulpianus l. 73 ad edictum - fr. 14 D. de pign. et hyp. 20, 1).

Fakt, że Celsus pisze o *pignoris persecutio*, wskazuje na znajomość *actionis quasi Servianae* na początku drugiego i w pierwszym wieku po Chrystusie, co w porównaniu z wyżej omówionym zdaniem Kasjusza pozwala nam ostatecznie sprecyzować datę powstania tej akcji — pierwszy wiek przed Chrystusem.

§ 5.

Historja prawa sprzedaży zastawu. Zastaw z prawem sprzedaży. Zastaw użytkowy. Zastaw z klauzulą przepadłości. Zniesienie legis commissoriae 326 po Chrystusie). Zarys literatury zastawnej w Dygestach.

W czasach przed Lex Aebutia idea zaspokojenia zastawnika z rzeczy zastawnej przejawiała się w dwóch kierunkach: zastawnik mógł użytkować zastaw aż do chwili, kiedy owoce pokryły dług, albo też, gdy przedmiotem zastawu były rzeczy, nie wydające owoców, zastaw przypadał w razie przejścia terminu płatności — na własność zastawnikowi zgodnie z zasadą legis commissoriae. Zwolna, gdy przedmiotem zastawu mogły być rzeczy najrozmaitsze, a znaczna ich mniejszość tylko wydawała owoce, gdy zrozumiiano trudność obliczania użytków, zastaw z klauzulą przepadłości wypierał zastaw użytkowy. Już i w tych najdawniejszych czasach zdarzało się, że zastawnik, osiągnąwszy własność zastawu, sprzedawał go, jako rzecz swoją; rozumie się, cenę uzyskaną zabierał dla siebie, nie opo-

¹⁾ Fr. 17 D. de pign. et hyp. 20, 1.

wiadając się wcale zastawcy z uzyskanej ewentualnie nadwyżki ponad wierzytelność, nadwyżki, która z biegiem czasu stawała się coraz większa dzięki rozwinięciu się pojęć kapitalistycznych i idei zysku. Nie widziano tedy zgola nic dziwnego w tem, że zastawnik sprzedaje zastaw-rzecz własną, ale tymczasem surowość (*asperitas*) klauzuli przepadłości stawała się dla dłużnika-zastawcy coraz boleśniejsza, tracił on coraz więcej. Z drugiej strony nierzadki był wypadek, gdy rzecz zastawna wskutek niedopatrzienia zastawnika miała wartość mniejszą od wierzytelności, a, jeżeli nawet była co do wartości jej równa, to jednak zastawnik, sprzedając ją, osiągał mniej, aniżeli ona była warta, poprostu dlatego, że był sprzedawcą, oczekującym okazji odprzedania rzeczy przygodnemu kupującemu. Z tych wszystkich względów w interesie obu stron leżało, aby uregulować kwestję stosunku rzeczy zastawnej do długu, aby zastawnik był zaspokojony do tej wysokości, jaka mu się rzeczywiście należała, oddając ewentualne nadwyżki, pozostając zaś wierzyicielem co do ewentualnych pozostałości.

Niedogodności legis commissoriae musiały tedy bardzo wczesnie stworzyć trzeci sposób zaspokojenia zastawnika przez rzecz zastawną, mianowicie zastaw, mogący być sprzedanym przez zastawnika w razie przejścia terminu płatności długu; i to prawo sprzedaży zastawu nie leżało wyłącznie w interesie zastawnika, jak tego chcą niektórzy autorzy, wychodzący z założeń, że zastaw początkowo dawał zastawnikowi tylko prawo nagiego posiadania¹⁾; sprzedaż zastawu leżała w interesie obu stron, i w ten sposób etyczna równowaga stosunków gospodarczych znalazła swój wyraz w równowadze korzyści zastawnika i zastawcy. Zrozumienie zaś myśli, że zastawnik może sprzedać rzecz zastawną i w ten sposób zaspokoić swą wie-

¹⁾ Dernburg (op. cit. t. I str. 84): „Allerdings verschafft dem Gläubiger auch das nackte Recht auf den Besitz einer Pfandsache Sicherheit... doch diese Befugnisse führen nur langsam, nur unsicher dem Ziel entgegen”.

rzytelność zostało ułatwione dzięki temu, że państwo od dawna w ten sam sposób postępowało z zastawionym mu majątkiem dłużnika, lub jego poręczyciela (powyżej rozdz. IV § 3).

Ten trzeci sposób zaspokojenia zastawnika z rzeczy zastawnej powstał prawdopodobnie w drugim wieku przed Chrystusem, a może na początku pierwszego. Charakterystyczne jest, że najstarszy z posiadanych przez nas fragmentów zastawnych w Kodyfikacji Justynjana, pióra Serwusza, rówieśnika Cyserona, traktuje o sprzedaży zastawu. U Ulpjana czytamy:

Item, si quis *pignus* proscrisperit *venditurus*, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa, *Servius ait* iniuriarum agi posse.

(Ulpianus l. 77 ad edictum-fr. 15. § 32 D. de iniuriis 47, 10).

Fragment ten wskazuje, że w pierwszym wieku przed Chrystusem znano prawo sprzedaży zastawu. Możemy przypuścić, że jest ono starsze jeszcze, gdyż pismo prawnika odtwarza obowiązujące prawo, i cofnąć się do drugiego wieku przed Chrystusem.

Zastaw we formie pozwalającej sprzedaż rzeczy zastawnej przez zastawnika napotkał jednak na poważną trudność prawniczej natury. Otóż przez sprzedaż zastawu przenosił zastawnik na kupującego własność rzeczy zastawnej, gdy sam był tylko posiadaczem; przenosił na kupującego więcej prawa, niż sam miał, co nie było możliwe, jak to później sformułował Ulpjan:

Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

(Ulpianus l. 46 ad edictum-fr. 54 D. de div. reg. iuris ant. 50, 17).

Trzeba było uczynić wyłom od tej zasady; trzeba było pozwolić niewłaścicielowi sprzedać rzecz cudzą i uczynić kupca właścicielem pełnoprawnym. Aby tego dokonać, musiano się oprzeć na woli zastawcy; stwierdzano, że zastaw-

ca zgadzał się na sprzedaż w chwili zawarcia zastawnej umowy, że tę wolę wyraził przez dodanie do umowy—*pactum, pactum de vendendo, de distrahendo*¹⁾.

Stwierdza to wyraźnie Gajus:

Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit... item creditor pignus (sc. alienare potest) ex pactione, quamvis eius ea res non sit.

I zaraz potem Gajus tłumaczy, że ta sprzedaż opiera się na woli dłużnika, wyrażonej w *pactum*:

sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

(Gai 2, 62. 64).

A u Scewoli czytamy:

Item si mihi pignori dederis et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere idque vendiderim, emptori accessio tui temporis dari debebit, licet invito te pignora distracta sint: iam enim illo tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni, si pecuniam non intulisses.

¹⁾ Manigk (Hyperocha, 1914) uważa, że *pactum de vendendo* służyło tylko w celu oddania dłużnikowi nadwyżki (*superfluum*), lub dochodzenia pozostałości (*residuum*), a zastawnik zawsze sprzedawał rzecz własną, której właścicielem stawał się na podstawie klauzuli przepadłości. Różnica między tą formą, a dawniejszą [ma polegać tylko na obowiązku wyrównania ścisłego wartości długu przez zwrot wszelkich różnic. Późniejsi pisarze, jak Gajus, mieli zapomnieć o tem, że przy sprzedaży rzeczy własnej bynajmniej nie zerwano z zasadą: „*nemo... ad alium...*” i starali się wywnioskować prawo sprzedaży z woli dłużnika, który się na tę sprzedaż zgodził. Ale chyba, o kilkanaście wieków od nas wcześniejsi, obywatele państwa rzymskiego, prawnicy Gajus i Scewola lepiej znali prawo im współczesne, lub nieco wcześniejsze, od nas dzisiaj. Przeczą twierdzeniu Manigka nie tylko teksty, podkreślające charakter *pactum*, ale i te, które czynią ścisły rozdział między zastawem z klauzulą przepadłości a zastawem z prawem sprzedaży, nie pozwalając zastawnikowi kupić rzeczy zastawnej, ani samemu, ani przez podstawioną osobę (Paulus Sent. 2, 13, 1; l. 10 § 2 C. de distr. pign. 8. 27).

(Scaevola l. singulari quaestionum publice tractatarum-fr. 14 § 5. D. de div. tempor. praescr. 44, 3).

Jak tedy z jednej strony było pactum źródłem prawa własności dla kupującego zastaw, tak z drugiej strony pactum sprawia, że nadwyżka, jaką osiąga wierzyciel-zastawnik ze sprzedaży zastawu, zostaje zwrócona dłużnikowi-zastawcy i odwrotnie pozostaje dłużnik zobowiązany na pozostałość (residuum). Teksty stale podkreślają ten zwrot nadwyżki, lub zobowiązanie na pozostałość¹⁾. U Paulusa czytamy:

Si autem tardius *superfluum restituat creditor* id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

(Paulus l. 2 sententiarum-fr. 7 D. de pign. act. 13, 7).

Djoklecjan i Maksymjan stwierdzają w roku 294 po Chrystusie:

Adversus debitorem electis pignoribus personalis actio non tollitur, sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato *de residuo* manet integra. (l. 10 C. de obligat. 4, 10).

Za Hadrijana i Antonina Piusa (drugi wiek po Chrystusie) fakt, że dłużnik obowiązany był dodać to, czego wierzyciel nie uzyskał ze sprzedaży zastawu, do pokrycia swej wierzytelności, był już oczywisty i nie wymagał zastrzeżeń w umowie. Paulus powołuje w tej mierze zdanie Pomponjusza:

Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit: quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quominus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo.

¹⁾ O *superfluum* i *residuum*: fr. 9 pr. D. de distr. pign. 20, 5; l. 3. C. de distr. pign. 8, 27; l. 9 eod; l. 20 eod; l. 5 C. si vend. pign. ag. 8, 29.

(Paulus l. 3 quaestionum-fr. 9 § 1. D. de distr. pign. 20, 5).

Sprzedaż zastawu możemy przestudjować na wielu fragmentach w Kodyfikacji Justynjana. Poza najwcześniejszym fragmentem Serwjusza, pochodzącym jeszcze z czasów Rzeczypospolitej, za cesarstwa o pactum de vendendo pignore wspomina Labeo:

Si insula, quam tibi *ex pacto convento licuit vendere*, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes.

(Labeo l. 1 pithanon a Paulo epitomatorum-fr. 35 D. de pign. 20, 1).

Kasjusz, rówieśnik Labeona, traktował prawdopodobnie również o pactum de vendendo, jak to wnioskujemy z wyciągu Jawolena:

Si is, qui pignori rem accepit, cum *de vendendo pignore nihil convenisset*, vendidit aut ante, quam dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat.

(Iavolenus l. 15 *ex Cassio*-fr. 74 D. de furtis 47, 2).

Fragment ten wskazuje, jaką wagę przywiązywano do pactum. Kto sprzedaje bez umowy, lub, przekroczywszy jej zastrzeżenia, popełnia furtum jeszcze w końcu pierwszego wieku po Chrystusie (Jawolenus był konsulem w roku 90 po Chrystusie). Jeszcze Justynjan podkreśla wagę umów dodatkowych; choć już za jego czasów sprzedaż zastawu mogła nastąpić bez dodatkowej umowy o sprzedaży, ale umowa miała swoje znaczenie, bo regulowała kwestję sprzedaży zastawu w czasie i mogła zawierać pewne dodatkowe zastrzeżenia:

Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus *ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est.*

(l. 3. § 1 C. de iure dom. imp. 8, 33.)

O pactum de vendendo wspomina Aristo (u Paulusa)¹⁾, Julian (u Ulpjana)²⁾, Pomponjusz³⁾ i późniejsi autorzy, jakkolwiek u nich pactum odgrywa już inną rolę, niż u wcześniejszych prawników. Albowiem z biegiem historycznego rozwoju nastąpił w prawie zastawu okres, w którym możliwość sprzedaży stała się istotną częścią umowy zastawnej; już nie trzeba było pactum, ażeby zastaw mógł być sprzedany przez zastawnika; każdy zastaw, przy którym nie dodano specjalnego zastrzeżenia (np. lex commissoria, pactum de non vendendo), w jaki sposób nastąpić ma zaspokojenie wierzyciela stał się zastawem z prawem sprzedaży. Sprzedaż stała się ustawowym prawem.

Zachodzi pytanie, kiedy ten okres nastąpił? Odpowiedź znajdujemy w fragmencie Ulpjana⁴⁾, ale fragment ten poparty jest przez zdanie Pomponjusza⁵⁾, zatem Pomponjusz prawdopodobnie stał już na tem stanowisku, że zastaw, ustanowiony bez jakiegokolwiek zastrzeżenia co do sposobu zaspokojenia zastawnika, jest zastawem z prawem sprzedaży. W przytoczonym fragmencie Ulpjan pisze:

Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur⁶⁾.

1) Fr. 3 D. quae res 20, 3.

2) Fr. 6 § 8 D. communi dividundo 10, 3.

3) Fr. 5 D. de pign. act. 13, 7; fr. 9 pr. § 1 D. de distr. pign. 20, 5.

4) Fr. 4 D. de pign. act. 13, 7.

5) Fr. 5 eod.

6) Następne słowa są interpolowane (powyżej rozdział III § 3).

Interpolację przyjmuje także Cuq (artyk. „Hypotheca”) w Daremberg—Saglio: „Dictionnaire des antiquités grecques et rom.”: Justinien établit la règle, qu'il attribue faussement à Ulpian d'après laquelle la clause prohibitive de vente oblige seulement le créancier à faire trois sommations au débiteur”.

(Ulpianus l. 41 ad Sabinum—fr. 4. D. de pign. act. 13, 7),

a Pomponjusz:

idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit.

(Pomponius l. 19 ad Sabinum—fr. 5. D. de pign. act. 13, 7).

Pomponjusz tedy najwyraźniej zaznacza za Ulpjanem, że w razie pactum de non vendendo zastawu sprzedać nie można. Łącznie z wyżej cytowanym zdaniem Ulpjana okazuje się, że owo pactum de non vendendo miało swój walor tylko w przeciwstawieniu do zastawu sine pacto, który można było sprzedać:

hoc... iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat.

Za czasów Pomponjusza pactum de vendendo było już zbyt częste. Wogóle widzimy u tego autora tendencję do odrzucenia, zatrzymywanych przez zwyczaj, zbyt częstych umów—w zupełności. W cytowanym wyżej jednym z fragmentów Pomponjusza¹⁾ czytamy:

Quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quominus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo.

Umowa dodatkowa u Pomponjusza ma zupełnie inne znaczenie, niż u pozostałych autorów; wskazane w niej są takie kwestje, jak ewentualna kolej płatności rat:

Si annua bima trima die triginta stipulatus acceperim pignus pactusque sim, ut, nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam²⁾ mihi liceret... albo:

...si ita scriptum sit: „si qua pecunia sua die soluta non erit...”

1) Fr. 9 § 1 D. de distr. pign. 20, 5.

2) Fragment ten prawdopodobnie odnosi się do fiducia.

(Pomponius l. 35 ad Sabinum—fr. 8 § 3 D. de pign. act. 13, 7).

Ma ona charakter pactionis in rem, obejmując w każdym razie zarówno osobę wierzyciela, jak i jego dziedzica:

De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur. Sed etsi creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est.

(§ 4 eod.).

Jeżeli jednak chodzi o dogmatyczne ujęcie samej możliwości sprzedaży zastawu przez zastawnika, to i Pomponiusz podaje jako źródło tej możliwości—pactio:

Cum pignus ex pactione venire potest...

(§ 5 eod.),

co jednakowoż nie wpływa na stanowisko ogólne Pomponiusza w kwestji umów zastawnych.

Od czasów Pomponiusza, to jest od drugiego wieku po Chrystusie sprzedaż zastawu ma charakter ustawowego prawa. Ale pactiones były nadal w użyciu. Regulowały one zwłaszcza terminy płatności, późniejsi zaś pisarze, jeżeli mówią o pactum de vendendo, to tylko dlatego, aby podkreślić zasadę zerwania z regułą: „nemo... ad alium...” I tak, aby stwierdzić, że dłużnik zgodził się na sprzedaż, pisze Gajus:

...Item creditor (sc. alienare potest) pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

(Gai 2, 64).

Z fragmentu tego wcale nie wynika, jakoby Gajus nie dopuszczał sprzedaży sine pacto. Umowa o sprzedaż zastawu była domyślna, jeżeli jej nie zaznaczono wyraźnie.

Scewola pisze:

...ex pacto pignus vendere... iam enim illo tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni...

(Fr. 14 § 5 D. de div. temp. praescr. 44, 3).

Papinjan wspomina już wyraźnie o sprzedaży zastawu z samego prawa umowy zastawnej, nie ex pacto:

Cum prior creditor pignus iure conventionis (sc. pignoris) vendidit...

(Papinianus l. 3 responsorum—fr. 3 pr. D. de distr. pign. 20, 5),
a w innym miejscu:

Creditor... titulo pignoris vendidit.

(Papinianus l. 26 quaestionum—fr. 1 D. de distr. pign. 20, 5),

lub:

Creditor... in venditione, quae fit ex facto...¹⁾

(Papinianus l. 3 responsorum—fr. 42 D. de pign. act. 13, 7).

Jeżeli Papinjan mówi o pactum, to ma ono u niego znaczenie podobne, jak u Pomponiusza (D. 13, 7, 8, 3.)—reguluje kwestję czasu sprzedaży zastawu—nic więcej:

Cum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur.

(Papinianus l. 11 responsorum—fr. 4 D. de distr. pign. 20, 5).

Sprzedaż zastawu ma u Papinjana już takie znaczenie, że umowa o sprzedaż tworzy stosunek zastawny:

...ut ...partem dimidiam... distraheret. Pignus intellegi contractum existimavi...

(Papinianus l. 11 responsorum—fr. 3 § 2 D. qui potiores 20, 4).

Paulus stoi również na stanowisku ustawowego prawa sprzedaży zastawu. W „Sentencjach” czytamy:

Creditor, si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.

(Paulus, Sententiae 2, 5, 1).

¹⁾ Nie „ex pacto”, jak chciano dawniej czytać.

Sprzedaż zastawu traktuje Paulus, jako *ius creditoris*:

Creditor, qui iure suo pignus distrahit...

(Paulus l. 1 decretorum — fr. 13 D. de distr. pign. 20, 5).

Tutaj zastaw sprzedany zostaje z prawa wierzyciela. Wierzyciel przenosi na kupującego swoje wszystkie prawa:

Creditor... ius suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

(Ibid).

Paulus nie dodaje, że wierzyciel przenosi praw więcej, niż sam ma do rzeczy.

Wierzyciel oczywiście już jest zmuszony koniecznością do sprzedaży zastawu, aby zaspokoić swój dług. O żadnym upoważnieniu do takiej alienacji na podstawie pactum niema u Paulusa mowy:

Quaesitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem nisi pecunia percepta.

(Paulus l. 3 quaestionum—fr. 9 pr. D. de distr. pign. 20, 5).

Ulpjan powiada wyraźnie, stwierdzając obowiązujące prawo:

Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere...

(Ulpianus l. 41 ad Sabinum—fr. 4 D. de pign. act. 13, 7).

Zdawałoby się, że po takich jasnych oświadczeniach dołączenie pactum de vendendo do zastawu zupełnie zniknie z życia i dzieł prawniczych. Ale konserwatyzm rzymski upierał się przy umowach, które nie przeszkadzały zresztą, lecz i nie pomagały. W roku 223, a więc na pięć lat przed śmiercią Ulpjana, spotykamy się jeszcze z takim pactum i to w powszechnym użyciu, choć i bez niego za-

stawnik miał prawo sprzedąć zastaw. Cesarz Aleksander odpowiada mianowicie na zapytanie:

Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret...

(l. 4 C. de act. pign. 4, 24).

Tylko, że już od czasów Pomponjusza to pactum straciło swe znaczenie, które tak jasno zaznacza Jawolenus:

Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat.

(Iavolenus l. 15 ex Cassio-fr. 74 D. de furtis 47, 2).

Jeszcze w prawie Justynjana pactum de vendendo, dołączone do umowy zastawnej, odgrywa swoją rolę w kwestii uregulowania porządku i czasu sprzedaży. W fragmencie, pochodzącym z roku 530 po Chrystusie czytamy:

Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignorerit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est.

(l. 3 § 1 D. de iure dom. imp. 8, 33).

Pomimo że zastawnik mógł sprzedać rzecz zastawną nawet, gdy nie było dodatkowego porozumienia co do sprzedaży, alienacja rzeczy zastawnej była wyłączona, jeżeli do umowy dodawano, znane już Pomponjuszowi¹⁾, pactum de non vendendo, de non distrahendo. Sprzedaż zastawu w takich warunkach, przynajmniej za klasycznych czasów, była uważana za kradzież. Stwierdza to wyraźnie Ulpjan, pisząc:

Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur.

(Ulpianus l. 41 ad Sabinum - fr. 4 D. de pign. act. 13, 7).

¹⁾ Fr. 5 D. de pign. act. 13, 7.

Marcjan zaś na pytanie:

...si pactum sit a debitore ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit...

odpowiada:

Nullam esse venditionem, ut pactioni stetur¹⁾.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecariam-fr. 7 § 2 D. de distr. pign. 20, 5).

W roku 238 po Chrystusie pisze cesarz Aleksander:

Si cessante solutione creditor non reluctante lege contractus ea, quae pignori sibi nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est...

(l. 7 C. de distr. pign. 8, 27).

A zatem w razie odpowiedniego zastrzeżenia, dodanego do umowy zastawnej, sprzedaż traciła swoje znaczenie.

Obok tedy zastawu z prawem sprzedaży od drugiego wieku po Chrystusie rozwijał się zastaw bez tego prawa, co musiało być zaznaczone w formie pactum de non vendendo. W przypadku takiego zastawu zaspokojenie wierzyciela następowało przez ciągnięcie owoców z rzeczy zastawnej; był to zastaw użytkowy, a używając terminologii średniowiecznej polskiej: „zastaw do wydzierzenia”. Myśl zastawu takiego, wypierana na wcześniejszych stadjach rozwoju zwolna, ale nie całkowicie wobec istnienia rzeczy, których nie można było użytkować, przez zastaw z klauzulą przepadłości, powróciła za Pomponjusza i przejawiała się w wielu wypadkach codziennego życia. Tak np. Sewerus i Antoninus w roku 207 po Chrystusie piszą:

Οἱ ἐκ τοῦ ἐνεχύρου ληφθέντες καρποὶ ψηφίζονται εἰς τὸ χρέος καὶ, ἐὰν ἱκανοὶ γένωνται πρὸς τὸ ὅλον χρέος, λύεται ἡ ἀγωγὴ καὶ ἀποδίδεται τὸ ἐνέχυρον. Εἰ δὲ καὶ πλείονες εἰσι τοῦ χρέους οἱ καρποί, ἀποδίδονται οἱ περιτεθέντες.

(l. 1. C. de act. pign. 4, 24).

Mamy tu klasyczny przykład użytkowego zastawu na nieruchomościach wbrew twierdzeniu Herzena²⁾, że zastaw użyt-

¹⁾ Powyżej rozdział III § 3.

²⁾ Op. cit. str. 49 i 50.

kowy odnosi się do nieruchomości. W naszym przykładzie chodzi o zastaw rękodajny — w greckim tekście — ἐνέχυρον.

Zastaw użytkowy jest poparty wielu innymi przykładami. Przytoczymy tu jeszcze dwie odpowiedzi cesarza Aleksandra z roku 222 po Chrystusie, mianowicie:

Quod ex operis ancillae vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est, debiti quantitate relevabit.

(l. 2 C. de act. pign. 4, 24),

i:

Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus, quos percepit vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet...

(l. 3 eod.)

Wyrażenia: „percipere debuit, necesse habet” wskazują na cel tego zastawu¹⁾. Cesarz Aleksander wyraźnie zabrania sprzedaży zastawu, gdy owoce osiągną wysokości długu:

Fundum pignori obligatum, si creditor ex fructibus debitum consecutus est... distrahere minime potest.

(l. 1. C. de distr. pign. 8, 27).

Myśl użytkowania rzeczy zastawnej przejawiała się w klasycznym okresie jeszcze w innym kierunku — mianowicie w umowie, której nazwy łacińskiej nie znamy, a którą Marcjan nazywa z grecka ἀντίχρησις. Mocą tej umowy owoce rzeczy zastawnej, które pobiera wierzyciel, służą mu jako procenty, sam zaś zastaw jest zastawem z prawem sprzedaży, lub z klauzulą przepadłości. Marcjan pisze:

Si pecuniam debitor solverit, potest pigneratitia actione uti ad recipiendam ἀντίχρησιν: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

(Marcianus l. singulari ad formulam hypothecariam-fr. 33 D. de pign. act. 13, 7).

Marcjan tłumaczy nam także, co to jest właściwie antychreza:

¹⁾ Cf. także fr. 9 § 2 D. de sup. leg. 33, 10.

Si *ἀντίληπτος* facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum *in usuras fructus percipiat* aut locando aut ipse percipiendo habitandoque.

(Marcianus ibid. fr. 11 § 1 D. de pign. et hyp. 20, 1).

Obok tych dwóch form zaspokojenia wierzyciela utrzymał się w obrocie zastaw z klauzulą przepadłości, chociaż był on niedogodny zwłaszcza dla zastawcy. Jednakowoż prawo pozostawiało stronom pod tym względem narazie swobodę, i nieraz człowiek, potrzebujący kredytu, uciekał się do owego zastawu z klauzulą przepadłości na żądanie wierzyciela, który pod tym jedynie warunkiem zgadzał się mu pożyczyć. Źródła rozróżniają pilnie między wierzycielem, który ma prawo sprzedaży zastawu, a takim, który go nie ma. Cesarz Aleksander w roku 222 pisze:

...creditorum, cui ius distrahendi pignora fuit...

(l. 1 pr. C. si vendito... 8, 29),

to znaczy, że był i taki wierzyciel, który nie miał prawa sprzedaży. W następnym fragmencie z tego samego roku czytamy:

Servos, quos *nullo iure* a creditore venisse dicis...

(l. 2 eod.)

Wobec surowych dla dłużnika skutków legis commissoriae wierzyciel nie może sam przywłaszczyć sobie zastawu z prawem sprzedaży, ani też go kupić przez podstawioną osobę za niższą cenę. Paulus pisze:

...si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore comparaverit, emptio non videtur.

(Sententiae 2, 13).

Cesarze Djoklecjan i Maksymjan w roku 290 dają możność w takim wypadku, lub w razie późniejszej sprzedaży, gdy zaszła wiarołomność wierzyciela, odebrać zastaw po zapłaceniu długu wraz z procentami:

Si igitur poteris evidentibus probationibus monstrare creditorem per suppositam personam semper

possessionem tenuisse nec vendita bona fide praedia postea sinceriter comparasse, potes oblata pecunia cum usuris ad restitutionem creditorem compellere¹⁾.

(l. 10 § 2 C. de distr. pign. 8, 27).

Wreszcie cesarz Konstantyn w odezwie do ludu, co wskazuje, jakie znaczenie miała ta konstytucja, zniósł raz na zawsze legem commissariam w roku 326:

Imp. Constantinus ad populum: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.

(l. 3 C. de pactis pign. 8, 34).

¹⁾ I w obowiązującym prawie cywilnym przepadanie zastawu na własność wierzyciela bez zwrotu dłużnikowi nadwyżki, lub jednostronne rozporządzenie nim przez wierzyciela nie jest dopuszczalne: K. C. K. P. art. 2078: „Wierzyciel w razie nieotrzymania zapłaty nie może rozporządzać zastawem ruchomym, lecz wolno mu wyjednać od sądu postanowienie, że zastaw ten pozostanie przy nim w miejsce zapłaty, i to aż do należytej wysokości, według oszacowania przez biegłych dokonanego, lub też, że sprzedany będzie przez licytację. Wszelkie zastrzeżenie któreby wierzyciela upoważniało do przywłaszczenia sobie zastawu, lub do rozporządzenia nim bez formalności powyższych, jest nieważne”.

Kodeks cywilny austriacki, wychodząc z założeń asperitatis legis commissoriae, żąda sprzedaży zastawu w celu uregulowania kwestji nadwyżki i pozostałości: art. 461: „Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriedigt, so ist er befugt die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen. Das Gericht hat dabei nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren; artykuł 464: „Wird der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöst, so ersetzt der Schuldner das Fehlende, ihm fällt aber auch das zu, was über den Schuldbetrag gelöst war”.

W dawnym prawie polskim widzimy odbicie pierwotnego okresu rozwoju rzymskiego pignus, ale już bardzo wcześniej dano tu możność zastawcy żądania zwrotu nadwyżki. Hube, Opera. Warszawa, 1905, t. 2, str. 443: „W razie niezapłacenia długu w terminie wierzyciel zatrzymywał zastaw, lub sprzedawał go na swoje zaspokojenie”.

Od tego czasu przywłaszczenie zastawu przez wierzyciela mogło się odbywać tylko w wyjątkowych wypadkach przez uproszenie własności od cesarza w razie, jeżeli nie było kupców zastawu, i to z zastrzeżeniem zwrotu nadwyżki dłużnikowi, który pozostawał jednak zobowiązany na ewentualną resztę. Cesarz Justynian rozporządzeniem z roku 530 uregulował tę kwestję ostatecznie¹⁾.

Od roku 326 zastaw użytkowy prawdopodobnie również zniknął z życia; pozostała pewnie tylko antychreza, gdy rzecz zastawną trzeba było koniecznie użytkować. Wniosekować o tem możemy z ogólnego zdania dekretu Konstytyna:

Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt

i z interpolacji dokonanej w fragmencie Ulpjana. Czytamy tam mianowicie zdanie kompilatorów:

Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat et cessaverit.

(Ulpianus l. 41 ad Sabinum-fr. 4. D. de pign. act. 13, 7).

Trzykrotne zawiadomienie dłużnika o zamierzonej sprzedaży niweczyło tedy za czasów Trybonjana znaczenie pacti de non vendendo.

Tak się przedstawiał rozwój zastawu od czasów Lex Aebutia do Kodyfikacji Justyniańskiej. Zauważyć w nim można, że najbujniejszy rozkwit tej instytucji nastąpił w końcu drugiego i na początku pierwszego wieku przed Chrystusem, a więc w ostatnich dziesięcioleciach Rzeczypospolitej. Z tych czasów datuje się powstanie zastawu nierękodajnego, interdictum Salvianum, actio Serviana i quasi

nie; zdaje się wszakże, że wolno było w tym razie dowodzić, że rzecz zastawną była nierównie więcej warta, niż zaciągnięty dług, i upominać się o stosowne wynagrodzenie". Dąbkowski: Zarys prawa polskiego prywatnego. Lwów, 1920, st. 262.

¹⁾ l. 3 pr. § 2. 3a. 3b. 3c. 4. 4a. 4b. 4c. 5. 5a. C. de iure dom. imp. 8, 33.

Serviana. Z tych czasów pochodzi exceptio pignoris dati, wydanie edyktu de pignore i actio pigneratitia in personam directa. Jedynie prawo sprzedaży zastawu, jako ściśle połączone z ideą zaspokojenia zastawnika, przypada w głąb drugiego wieku przed Chrystusem. W okresie upadku Rzeczypospolitej wyrosło pignus na samoistną instytucję prawną, będąc z jednej strony prawem rzeczowym na rzeczy cudzej, mającem na celu zaspokojenie zastawnika, chronionem przez interdictum Salvianum i actiones in rem: Serviana i quasi Serviana, a w razie zastawu rękodajnego przez interdykt posesoryjny i exceptio pignoris dati, z drugiej strony kontraktem realnym, wyposażonym w akcję osobistą (pigneratitia in personam directa). Od pierwszego wieku przed Chrystusem rozwój zastawu w ciągu całego klasycznego okresu obraca się w płaszczyźnie ulepszeń, uogólnień, rozwinięć już istniejących postulatów wobec szerokiego zastosowania prawa zastawu do tych wszystkich rzeczy, które można kupić lub sprzedać. Gajus powiada:

Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.

(Gaius l. 9 ad edictum provinciale-fr. 9 § 1 D. de pign. 20, 1).

Actiones utiles, gdy przedmiotem zastawu nierękodajnego była np. wierzytelność, gdy zastaw w chwili umowy zastawnej nie znajdował się in bonis dzierżawcy, ale znalazł się później¹⁾, wiele wypadków, gdy udzielano stronom exceptiones i replicationes zależnie od okoliczności życia, których nikt przewidzieć nie zdoła, powstanie ustawowego zastawu na meblach najmobiocy wniesionych do mieszkania, który to zastaw znał już pewnie Nerwa (praetor designatus w roku 65 po Chrystusie²⁾, a potem zastawu

¹⁾ Paulus l. 3 quaestionum-fr. 41 D. de pign. act. 13, 7: „rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pigneratitia creditori”.

²⁾ Fr. 9 D. in quib. caus. 20, 2; Nerwa u Paulusa (l. singulari de officio praefecti vigillum); cf. Manigk: Pfandr. Unters. str. 39.

ustawowego na inwentarzu dzierżawcy¹⁾, wreszcie cały szereg zastawów z prawa, kolej zastawów, lepszość prawa²⁾, reguły, dotyczące sposobu prywatnej sprzedaży zastawu przez zastawnika, kwestja możliwości najrozmaitszych dodatkowych umów—to wszystko jest dziełem jurysprudencji rzymskiej, która, jako: „humanarum rerum notitia”³⁾ śledziła życie praktyczne, tłumaczyła, rozszerzała, radziła. Nie tu miejsce na szczegółowe odmalowanie dogmatyczne prawa zastawu za klasycznych czasów, wspomnieć tylko trzeba w rzędzie badaczy prawa zastawu, mających dla nas znaczenie, o *Labeonie*, który, mimo niewielu fragmentów zastawnych, jakie nam pozostawił, traktuje o mnóstwie najważniejszych dla zastawu kwestji. I tak mówi o zastawie inwentarza dzierżawcy (fr. 14 D. quib. mod. 20, 6), o pactum de vendendo (fr. 35 D. de pign. 20, 1), o actio pignoratitia directa (fr. 5 § 12 D. comm. div. 13, 6); z innych fragmentów wnioskować możemy o tem, że zastaw był za jego czasów częsty w obrocie życia codziennego (fr. 6 § 6 D. quae in fraudem 42, 8; fr. 6 § 3 D. de edendo 2, 13). Ze studjów nad samym *Labeonem*, mimo, że kompilatorowie tak mało z niego korzystali dla dania obrazu prawa zastawu, wiele wniosków wyciągnąć można.

Znaczenie posiada dla nas i *Celsus*, który pierwszy mówi o actio quasi Serviana, pignoris persecutio (fr. 14 pr. D. de pign. 20, 1). *Juljan*, wbrew temu, co mówi Kuntze⁴⁾, odegrał swoją rolę w rozwoju zastawu. *Manigk*⁵⁾ zebrał katalog fragmentów *Juljana* o liczbie dość znacznej. Podkreślić musimy, że to *Juljan* raz pierwszy użył na oznacze-

¹⁾ Fr. 7 pr. § 1 D. in quib. caus. 20, 2. (Pomponius l. 13 ex variis lectionibus).

²⁾ Np. fr. 11 pr. D. qui pot. 20, 4. (Gaius l. singulari de formula hypothecaria): „potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam...”

³⁾ *Ulpianus* l. 1 regularum-fr. 10 § 2 D. de iustitia et iure 1, 1.

⁴⁾ Op. cit. t. 2, str. 5: „Weder *Julian* noch *African* scheint eine Rolle in der Entwicklung des Pfandrechts gespielt zu haben”.

⁵⁾ *Pfandr. Unters.* str. 66.

nie nierękodajnego zastawu słowa hypotheca w ustępie bynajmniej nie interpolowanym (fr. 33 § 4 D. de usurpat. et usuc. 41, 3). Wielką wartość posiadają dla historycznego rozwoju zastawu fragmenty *Pomponjusza*. I musimy tu od razu zaznaczyć, że nie chodzi nam w tej chwili o to, czy dany autor zajmował się mniej lub więcej prawem zastawu, ale o to, ile i jakiej treści pozostało po nim fragmentów w kompilacji *Justynjańskiej*. Mógł np. interesować się bardzo zastawem *Alfenus Warus* ale pozostał po nim jeden tylko ustęp (fr. 36 D. de conduct. indebiti 12, 6), z którego żadnych wniosków, oprócz natury terminologicznej, wyciągnąć nie możemy. Otóż *Pomponjusz* pozostawił nam 36 fragmentów¹⁾ zastawnych o treści bardzo bogatej. Zwłaszcza w dziedzinie pacti de vendendo (fr. 9 § 1 D. de distr. pign. 20, 5; fr. 8 § 3. § 4. § 5 D. de pign. act. 13, 7.) możemy z niego wiele skorzystać. Czy *Pomponjusz* był głównym autorytetem w kwestjach prawa zastawu, jak chce Kuntze²⁾, czy nie był wcale reformatorem, jak chce *Manigk*³⁾—trudno stwierdzić. Trzeba tylko powiedzieć, że dowody, jakie *Manigk* przytacza, aby poprzeć swoje zdanie, nie są wystarczające, a, co dziwniejsze, zbite przez samego autora. Powołując bowiem znany fragment *Pomponjusza*:⁴⁾

Quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quominus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo,

pisze *Manigk*⁵⁾:

Ich würde aus der Stelle aber auch nicht schließen, dass *Pomponius* hier als Reformator auftritt... Gerade... weil dem römischen pignus die Idee eines Verfallpfandes von Anfang bis zuletzt fremd war, kann...

¹⁾ Ibid. str. 73.

²⁾ Op. cit. t. 2, str. 5... scheint... vielmehr unter den Juristen dieser Zeit *Pomponius* Hauptautorität im Pfandrecht gewesen zu sein”.

³⁾ *Pfandr. Unters.* str. 74.

⁴⁾ Fr. 9 § 1 D. de distr. pign. 20, 5.

⁵⁾ *Pfandr. Unters.* str. 74.

die... Praxis nicht Beweisgrund dafür sein, dass, früher der Mangel jener... Abrede die Weiterhaftung des Schuldners etwa ausschloss.

Porównajmy jednak to zdanie, napisane w roku 1904, ze zdaniem tegoż Manigka z roku 1914:¹⁾

Vom alten Wetteinsatz-und Verfallpignus... erhielt sich vielmehr der Verfallgedanke... itd.

W przeciągu dziesięciu lat Manigk zmienił zdanie co do istoty zastawu i ostatecznie wysunął jako treść pojęcia najdawniejszego zaspokojenia zastawnika przepadanie zastawu na jego rzecz w razie przejścia terminu płatności długu. Jedno z tych dwóch zdań, wyżej cytowane, musi być mylne, bo są one diametralnie różne. Z treści tej pracy wynika, że zastaw pierwotny spełniał jednak rolę środka zaspokajającego wierzyciela. Pierwsze zdanie musimy tedy odrzucić a z niem razem dowód Manigka, zaprzeczający znaczenia działalności Pomponjusza. Pomponjusz ma dla nas duży walor i prawdopodobnie odegrał jedną z głównych ról w rozwoju prawa zastawu i wpłynął, być może, na usunięcie pactum de vendendo, które za jego czasów stało się już zbyteczne, na co się zresztą zgadza sam Manigk²⁾.

Gajus i Marcjan pozostawili nam monografię o actio quasi Serviana (hypothecaria). Gajus interesuje pozatem swą etymologią (pignus-pignus: fr. 238 § 2 D. de verb. sign. 50, 16), charakterystyką pacti de vendendo (Gai 2, 64) i definicją interdicti Salviani (Gai 4, 147). Marcjan, autor drugiej monografii, jest dla nas o tyle ważny że spotykamy się u niego ze słowem ἀντιχρησις (fr. 33 D. de pign. act. 13, 7)³⁾, że z jego monografii możemy rzeczywiście dużo wynioskować o całej teorii actionis quasi Servianae (fr. 16 § 3 D. de pign. 20, 1).

¹⁾ Art.: „Hyperocha”, 1914.

²⁾ Pfandr. Unters. str. 77.

³⁾ Także fr. 11 § 1 D. de pign. 20, 1.

Wielkie znaczenie posiada dla nas *Papinjan*, który pozostawił 50 fragmentów zastawnych¹⁾. Cała teoria zastawu jest poruszona przez tego badacza, który interesuje i terminologicznie i historycznie. Dość przytoczyć fr. 1 § 3 D. de pign. 20, 1, gdzie Papinjan omawia tak zwaną antychrezę, określając ją rodzimym łacińskim zwrotem, fr. 3 eod., z którego wnioskujemy o formułce actionis quasi Servianae, fr. 3 § 2 D. qui potiores 20, 4, skąd wnioskować możemy o znaczeniu prawa sprzedaży zastawu w drugim i trzecim wieku po Chrystusie, fr. 1. 3 pr. D. de distr. pign. 20, 5, gdzie czytamy o wyrażeniach zastawnych przy sprzedaży już nie: „ex pacto”, ale „titulo pignoris”, lub „iure conventionis”, fr. 4 eod. gdzie wyjaśniona jest właściwa rola pacti de vendendo za Papinjana, fr. 12 § 5 D. qui potiores 20, 4 i fr. 42 D. de pign. act. 13, 7, gdzie jest mowa o superfluum i wiele innych.

Przed Papinjanem *Scewola* zwraca uwagę listem greckim w fr. 34 § 1 D. de pign. 20, 1, który daje świadectwo wyższości poręki nad zastawem nierękodajnym nawet w drugim wieku po Chrystusie ze względu na niedogodności, wynikające z kolei zastawów, kiedy nie zawsze wiadomo, który z dwóch wierzycieli ma lepsze prawo; interesuje Scewola w kwestji rozstrzygnięć, który z wierzycieli zajmuje prawnie lepsze stanowisko (fr. 18 D. qui potiores 20, 4; fr. 21 pr. eod.), ale największe znaczenie przy badaniu zastawu posiadają *Ulpjan* i *Paulus*. Mniejsza z tem, że zarzucają Ulpjanowi brak samodzielności i kompilowanie, może i słusznie, lecz z jego pism można nauczyć się wiele w kwestji dogmatycznej prawa zastawnego. Ulpjan podaje definicję (fr. 1 pr., fr. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7), traktuje kwestję pacti de vendendo i de non vendendo (fr. 4 eod.), daje nam możliwość częściowej rekonstrukcji actionis pignoratitiae in personam (fr. 9 § 3 eod.), u niego to spotykamy wskazówkę istnienia actionis pignoratitiae in ius

¹⁾ Pfandr. Unters. str. 108.

conceptae (fr. 13 pr. eod.), on to powołuje często Papinjan, przez co daje nam możliwość korzystania z uwag tego wielkiego prawnika (fr. 22 pr. § 1. eod.), Sabinusa (fr. 36 pr. eod.), Pomponjusza (fr. 36 § 1 eod.; fr. 6 D. in quib. 20, 2), rozważa kwestję pignus praetorium (fr. 26 pr. D. de pign. act. 13, 7), przez powołanie Juljana pomaga nam w stwierdzeniu przeciwko komu właściwie używano interdictum Salvianum (fr. 10 D. de pign. 20, 1) i pozwala na wykrycie interpolacji w fr. 1 § 1 D. de Salviano interdicto 43, 33; on także powołuje Celsusa (fr. 14 pr. D. de pign. 20, 1), rzucając przez to światło na datę powstania actionis quasi Servianae, zabiera nieraz głos w kwestji lepszosci prawa w razie kolei zastawów (fr. 5 D. qui potiores 20, 4; fr. 6 pr. § 1. § 2 eod.; fr. 8. fr. 10 eod.), powołuje Atylicyna (fr. 6 § 2 D. quib. mod. 20, 6), przez co daje nam możliwość odmalowania historycznego stosunku zastawu do poręki; pomijamy tu wiele fragmentów, rozstrzygających niemniej ważne zagadnienia. Ustępów tych ogółem jest 130¹⁾. Jakkolwiek kompilator, Ulpjan jest dla nas przy badaniu zastawu nieoceniony.

Podobnie i *Paulus*, aczkolwiek, niestety, mamy tylko tytuł jego monografji w kwestji actionis quasi Servianae, (ὑποθηκεία μὲν βιβλίου). *Paulus* mówi o superfluum (fr. 7 D. de pign. act. 13, 7), o jednym z warunków actionis pigneratitiae in personam (fr. 20 § 2 eod.), o posiadaniu zastawu przez wierzyciela (fr. 37 eod.), o actio quasi Serviana (fr. 7 D. de pign. 20, 1; fr. 18 eod.), on także powołuje *Arista* (fr. 3 D. quae res 20, 3), daje obraz, jak się przedstawiało prawo sprzedaży, zastawnikowi przysługujące, w trzecim wieku po Chrystusie (fr. 9 pr. fr. 13 D. de distr. pign. 20, 5; Sent. 2, 5, 1); w ważnej kwestji dodatkowych umów o zobowiązanie zastawcy na residuum powołuje *Pomponjusza* (fr. 9 § 1 D. de distr. pign. 20, 5); słowem, i on jest bardzo pomocny w skreśleniu obrazu za-

¹⁾ Manigk: „Pfundr. Unters.” str. 118.

stawu, a jednocześnie wraz ze swymi poprzednikami, których myśli przytacza, czasem rozwija, współdziała w rozkwicie prawa zastawu, którego ramki rozszerzają się ciągle. Od czasu pierwszego wieku przed Chrystusem z małymi wyjątkami (zniesienie legis commissoriae) rozwój tej instytucji, jeżeli pominiemy jeszcze ewolucję prawa sprzedaży zastawu, odbywa się jakoby wszerz a nie wzdłuż, to znaczy, że następne lata przynoszą tylko zastosowanie i tłomaczenie reguł prawnych, dotyczących zastawu, nie zasadniczych przemianę.

Z innych pisarzy, jak *Marcella* (za Antonina Piusa), *Afrykana* (II wiek po Chrystusie), *Florentyna* (rówieśnika *Scewoli*), *Modestyna* (zm. w roku 239) niewiele możemy skorzystać. Przypadkowe znaczenie posiada *Tryfoninus* przez powołanie greckiego rzeczownika hyperocha (fr. 20 D. qui potiores 20, 4), który z zadziwiającą żywotnością zyskał sobie prawo obywatelstwa w naszej współczesnej, nie rzymskiej terminologii nadwyżki.

DODATEK:

FIDUCIA.

Obok zastawu w formie pignus znało prawo rzymskie drugi rodzaj zabezpieczenia realnego wierzyciela, mianowicie zastaw w formie fiducia. Wobec tego, że zastaw tego ostatniego rodzaju nie tylko nie wpłynął na rozwój interesującej nas instytucji, ale przeciwnie podlegał jej wpływowi, traktujemy tedy zastaw—fiducia tylko, aby zaznaczyć stosunek tych dwu instytucji do siebie, zwłaszcza, że dawniej przypisywano fiducji wielki wpływ na pignus i w rozwoju dziejowym prawa zastawu stawiano po sobie trzy imiona: fiducia, pignus, hypotheca, jakkolwiek dwie pierwsze instytucje mało mają ze sobą wspólnego, a tak zwana przez Marcjana i Gaja hypotheca jest tylko inną nazwą dla pignus (powyżej rozdział IV § 5).

Ograniczymy się tedy do przytoczenia najcharakterystyczniejszych rysów tego rodzaju zastawu, poprzestając na najkonieczniejszych tekstach.

Fiducia jest porozumieniem stron, dołączonem do mancipatio, lub in iure cessio, mocą którego nabywca (fiducjarjusz) obowiązuję się do zwrotu rzeczy wyzbywcy (fiducjantowi). Jeżeli zwrot ten uzależniony jest od wypłacenia przez wyzbywcę nabywcy odpowiedniej sumy pieniężnej, innemi słowy, jeżeli fiducjarjusz pożyczył fiducjantowi pewną sumę, otrzymawszy w zamian własność jakiejś rzeczy, to zachodzi tak zwana fiducia cum creditore contracta,

która, jak widzimy, stanowi zastaw połączony z przejściem własności na zastawnika.

Biskup Izidor pisze:

Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur.

(Origines 5, 25, 23 — Bruns t. 2 str. 82).

U Boecjusza czytamy:

Fiduciam—accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet...

(Boethius in Ciceronis Topica 10, 41 — Bruns t. 2-i str. 74).

Gajus pisze:

Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure...

(Gai 2, 60).

Ten kto przewłaszcza rzecz fiducjarnie (w naszych rozważaniach zastawca), nosi nazwę łacińską: „is, qui fiducia causa mancipio dedit, lub: „qui fiduciae causa in iure cessit”:

nam, qui rem alicui fiduciae causa mancipio dedit, vel in iure cesserit.

(Gai 2, 59).

Zastawnikiem po łacinie jest ten „qui.. fiducia accepit.¹⁾ Fiducia jest, jak widzimy, formą zabezpieczenia realnego według prawa cywilnego (ius civile), połączoną z przejściem własności na zastawnika. Własność ta ograniczona jest jedynie obowiązkiem do zwrotnego przewłaszczenia rzeczy, zowie się zaś własnością fiducjarną. Kiedy i w jakich warunkach mogła powstać fiducia? Niektórzy pisarze mniemają²⁾, że fiducia, jako forma iuris civilis, jest starsza od instytucji pignus, i traktują ją na pierwszym miejscu; w ostatnich czasach Herzen³⁾ i Manigk⁴⁾ bronią pierwszeństwa pignus przed fiducia.

¹⁾ Boet. in Cic. Top. 10, 41.

²⁾ Dernburg, op. cit. t. I-y str. 21-a uwaga 41-a.

³⁾ Op. cit. str. 58-a—60-a; 67-a.

⁴⁾ Art. „Fiducia” 1909.

Widzieliśmy (powyżej, rozdz. 1), jakie trudności życie rzymskie stawiało rozwojowi gwarancji realnej, przekładając ponad nią zabezpieczenie osobiste (porękę). Pignus wyłoniło się w *ius gentium* pod wpływem rozszerzenia się widnokręgu rzymskiego i wojen samnickich o panowanie nad Italią. Podkładu do rozwoju fiducia w tych stosunkach nie widzimy, gdyż fiducia, jako forma *iuris civilis*, nie ma nic wspólnego z rozszerzeniem się obrotu handlowego z peregrynami, z drugiej zaś strony stoi w sprzeczności z poglądami rzymskimi na zabezpieczenie wierzytelności. Prawda, że fiducia spełniała nie tylko rolę zastawu, ale zwrócić trzeba uwagę, że stanowiła ona w każdym razie akt o pewnej zawiloci prawniczej (np. sprzedaż rzeczy odbywa tu się fikcyjnie — *nummo uno*), a jako taki późniejszego pochodzenia. Zresztą nas interesuje wyłącznie fiducia-zastaw, a dla tej formy w prawnym prawie rzymskim miejsca nie było.

Ale oto pod wpływem obrotu z peregrynami powstaje pignus. To pignus przyjmuje się szeroko i między obywatelami. Położenie zastawnika jest zupełnie dobre, gdy przeszło na niego posiadanie rzeczy ruchomej, bez której zastawca nie może przedsięwziąć aljenacji. Inaczej jest z nieruchomości: ich przewłaszczenie nie wymaga posiadania rzeczy przez przewłaszczającego. Przeciw akcji wydobywczej nabywcy jest zastawnik — posiadacz nieruchomości, bezbronny, dlatego też Gajus ma rację, mówiąc, że:

Pignus proprie rei mobilis constitui (tur) (Gaius I. 6 ad legem XII tabularum — fr. 238 § 2 D. de verb. sign. 50, 16).

Ale życie wymaga zastawu na nieruchomościach, a dalej zastawu w takiej np. formie, aby zastawca mógł posiadać go prekaryjnie, co nie było zrazu możliwe wobec braku ochrony zastawnika przed osobą trzecią. Temu wszystkiemu zaradziła fiducia. Fiducjarjusz nie obawia się niczego: jest on właścicielem zastawu, może udzielić go prekaryjnie fiducjantowi, który nie ma możliwości aljenacji.

I prawdopodobnie, jeżeli hipoteza nasza jest słuszna, właśnie udzielenie prekaryjnego posiadania, niemożliwe przy pignus przed *actio quasi Serviana*, stało się dźwignią powstania fiducia. Precarium było dla zastawcy dobrodziejstwem, przy pignus był on tego dobrodziejstwa pozbawiony. I gdy z jednej strony przedmiotem fiducia stały się nieruchomości, niemożliwe jako przedmiot archaicznego pignus, to z drugiej strony fiducia odnosi się i do ruchomości w tych wypadkach, kiedy tych ruchomości trzeba było udzielać prekaryjnie.

Fiducjarjusz był właścicielem rzeczy. Mógł oczywiście ją użytkować, przyczem owoce zmniejszały dług. Tę możliwość użytkowania zastawu przyznaje nawet Herzen¹⁾, mimo, że według niego pierwotny zastaw nie spełniał funkcji zaspokojenia zastawnika. Użytkowanie takie, dostatecznie wytłomaczone przez własność, przysługującą fiducjarjuszowi, potwierdzają późniejsze źródła. Paulus pisze:

„Quidquid creditor per fiduciarium servum quae-sivit, sortem debiti minuit“.

(Paulus Sent. 2, 13, 2).

Mógł fiducjarjusz dowolnie rozporządzać rzeczą, jako swoją własnością, mógł ją aljenować, ale nie czynił tego, bo się zobowiązał na cześć w *pactum fiduciae*, że rzecz po zapłaceniu długu zwróci fiducjantowi, a pamiętać należy, że fiducia dopuszczalna była wyłącznie między obywatelami rzymskimi.

Gdy pierwotnie fiducjantowi przeciw fiducjarjuszowi po zapłaceniu długu przysługiwała *legis actio per conditionem*, w dalszym ciągu zaś *rei vindicatio*, to prawdopodobnie w czasach po *Lex Aebutia* zyskał fiducjant specjalną *actio fiduciae in personam*, która była *famosa*. Po recepcji zaś prawa pretorskiego do cywilnego (być może w pierwszym wieku przed Chrystusem) spotykamy

¹⁾ Op. cit. str. 65: „..... le créancier fiduciaire avait la jouissance de la chose et pouvait ainsi se payer des intérêts et du capital de sa créance dans la mesure où la chose rendait des fruits“.

się z *actio fiduciae in ius concepta*, która prowadzi do *bonae fidei iudicium*¹⁾.

Jaki był wpływ fiducji na *pignus*, lub *pignus* na fiducję? Widzimy, że instytucje te doskonale się dopełniają. *Pignus* odnosi się do ruchomości, używane jest w stosunkach, gdzie nie ma potrzeby udzielenia prekaryjnego posiadania, fiducja odnosi się głównie do nieruchomości, przy czym dozwala zastawcy korzystać z rzeczy prekaryjnie.

Fiducia podległa również ewolucji. Przedewszystkiem stanowisko fiducjarjusza nie było zbyt dogodne. Był on wprowadzanie właścicielem rzeczy, ale ta własność ograniczona została przez *pactum fiduciae*. Gdyby fiducjarjusz alienował rzecz, wystawiałby się na skutki akcji, pociągającej za sobą infamję. Gdy termin płatności przeszedł, mógł zastawnik żądać zwrotu pożyczki, lub jej reszty po odrzuceniu owoców, jakie dała fiducja, własności definitywnej nie zyskiwał. Był uważany przez prawo za właściciela, ale groziły mu konsekwencje akcji ze strony dłużnika. Gdy zastawca—fiducjant zapłacił dług, musiał fiducjarjusz zwrócić mu rzecz dobrowolnie, jeżeli nie chciał poddać się procesowi, pociągającemu za sobą umniejszenie czci.

Musiano wreszcie dać zastawnikowi możność uwolnienia się po pewnym terminie od konsekwencji *pactum fiduciae*, dać wolność alienacji rzeczy i zaspokojenia swej wierzytelności. Czy taka myśl mogła powstać przy fiducji? Przecież fiducjarjusz był właścicielem, osiągnął własność uroczystą drogą *mancipationis*, lub *in iure cessionis*; według *ius civile* fiducjant wyzbył się praw do rzeczy. Czy możnaby było także pomyśleć o zaspokojeniu zastawnika przez przyznanie mu definitywnej własności drogą *lex commissoria*? A jednak była *lex commissoria*, klauzula, która przy fiducji przyznawała własność temu, kto już był właścicielem, konieczna, aby zwolnić fiducjarjusza od zarzutu złamania *fides*, gdyby nie chciał zwrócić rzeczy po pew-

¹⁾ Gai 4, 62.

nym terminie. Tylko że prawniczo dla fiducji stworzyć takiej klauzuli nie było można. Praw własności nie można przyznać właścicielowi, bo on posiada je wszystkie. Nie można było wyobrazić sobie np. ujęcia *legis commissoriae* w jakąś formę sprzedaży rzeczy przez fiducjanta fiducjarjuszowi, gdyż jeszcze w III-im wieku po Chr. stwierdza wyraźnie Paulus:

Debitor creditori vendere fiduciam non potest.
(*Sententiae* 2, 13, 13).

Zdanie to miało walor przez cały ciąg istnienia fiducji. Ale oto idea zaspokojenia zastawnika przejawia się przy *pignus* w przysądzeniu zastawnikowi własności zastawu w razie przejścia terminu płatności, przejawia się w *lex commissoria*. Zastawnik—posiadacz staje się właścicielem. Pod wpływem *pignus* przyjęto obcą istotę fiducji *legem commissoriam* i do tej instytucji. W ten sposób zabezpieczono fiducjarjusza przed zarzutem złamania *fides*, doprowadzono do równowagi między stanowiskiem zastawnika i zastawcy¹⁾.

Podobnie było z prawem sprzedaży zastawu. Przyznawać właścicielowi możność alienacji jest niedorzecznością, bo właściciel ma pełnię praw, i w istocie fiducjarjusz mógł rzecz sprzedać, tylko tego nie czynił w obawie konsekwencji *pactum fiduciae*. Jednak przy umowach fiducjarnych spotykamy się z *pactum de vendendo*. Naprzykład w „*Formula Baetica*” czytamy z okazji *mancypacji* fiducjarnej:

Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi servum et L. Baianium uti... usque eo is fundus

¹⁾ Tę wielką prawdę, że *pignus* wpłynęło na fiducję, a nie odwrotnie podkreśla silnie Manigk (*Fiducia*, 1909). Dernburg natomiast (op. cit. t. I-y str. 21-a uwaga 41-a) uważa tę myśl za całkowicie nieprawdopodobną: „Ueberhaupt scheint mir die Vorstellung... wonach die fiducia sich wesentlich nach dem Vorbild des blossen pignus umgebildet hatte, der inneren Wahrscheinlichkeit zu entbehren”. Dernburg opiera się na tradycji wcześniejszego powstania fiducji od *pignus*: „Das Institut der fiducia war Jhdte lang das, mit welchem sich das römische Leben hauptsächlich behelf”.

eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua quaque die L. Titio... soluta non esset, tum *uti* eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet, L. Titius heresve eius... *venderet*. (Bruns, t. I-y str. 334-5).

Takie pactum de vendendo mogło się wytworzyć tylko przy pignus. Tam było ono zrozumiałe. Pod wpływem pignus dodano pactum de vendendo i do fiducji. Zwalniało ono fiducjarjuszka od zarzutu złamania fides, było potrzebne, ale myśl o jego powstaniu wyłomaczyć można jedynie recepcją prawa, wytworzonego dla pignus.

Fiducia nie wpłynęła tedy na pignus, dlatego też uważamy za zbytne traktować ją obszernie i charakteryzować dalszą jej ewolucję. Nie wpłynęła także na zastaw nierękojajny, gdyż rei vindicatio, jaka przysługiwała fiducjarjuszowi w celu wydobycia fiducji od każdej trzeciej osoby, nie mogła służyć, jako wzór dla actio quasi Serviana. Rei vindicatio to akcja, przysługująca właścicielowi; zwycięstwo rei vindicatione stwierdza własność, actio quasi Serviana służy jedynie ku uzyskaniu posiadania i w niczem nie przesądza własności¹⁾.

Pignus zwolna, ale stale, samodzielnie, bez żadnego nacisku z zewnątrz rozwinęło się razem z życiem rzymskim i jego potrzebami. Z najprostszego stosunku iuris gentium aż do prawa rzeczowego na rzeczy cudzej i kontraktu realnego w II-im i I-ym w. przed Chrystusem, wbrew tamom, jakie rozwojowi zastawu stawiało życie rzymskie, odbyła się ta wielka ewolucja za współdziałaniem żywem prawa pretorskiego, wprowadzonego „adiuvandi... supplendi... iuris civilis gratia”²⁾, a zakończyła ten rozwój, wyłomaczyła niejasności jursprudence rzymska okresu klasycznego.

¹⁾ Podkreśla to Naber (op. cit. str. 225 i 226).

²⁾ Papinianus l. 2 definitionum-fr. 7 § 1 D. de iustitia et iure l. 1.

315087



SPIS RZECZY:

	str.
<i>Literatura</i>	5
<i>Rozdział I. Poręka a zastaw</i>	7
<i>Rozdział II. Pignus—etymologia i znaczenia wyrazu</i>	17
§ 1. Etymologia rzeczownika pignus	17
§ 2. Pignus—zadatek	22
§ 3. Pignus—zakład	23
§ 4. Pignoris capio i legis actio per pignoris capionem	25
§ 5. Pignus in causa iudicati captum; pignus praetorium	25
§ 6. Inne znaczenia rzeczownika pignus	26
<i>Rozdział III. Pignus—zastaw za najdawniejszych czasów (przed Lex Aebutia)</i>	28
§ 1. Kwestja okresu powstania pignus	28
§ 2. Pignus—zastaw u Plauta	31
§ 3. Pignus za czasów Plauta	34
<i>Rozdział IV. Początki zastawu (pignus) nierękojajnego</i>	55
§ 1. Kwestja powstania pignus nierękojajnego Opponere i obligare u Plauta	55
§ 2. Pignus w formularzach Katona. Rzymskie stosunki rolne i ich ewolucja	62
§ 3. Cautio praedibus praediisque i jej stosunek do zastawu nierękojajnego prawa prywatnego	72
§ 4. Pignus traditum et precario concessum i jego wpływ na rozwój zastawu nierękojajnego	78
§ 5. Kwestja wpływu prawa greckiego i greckiej ὑποθήκη na rozwój zastawu nierękojajnego w prawie rzymskim	81
<i>Rozdział V. Rozwój zastawu (pignus) po Lex Aebutia</i>	96
§ 1. Exceptio doli i exceptio pignoris dati	96

§ 2. Edictum de pignore. Contractus pigneratitius.	
Actiones pigneratitiae in personam	101
§ 3. Interdictum Salvianum	107
§ 4. Actio Serviana i actio quasi Serviana	119
§ 5. Historja prawa sprzedaży zastawu. Zastaw z prawem sprzedaży. Zastaw użytkowy. Za- staw z klauzulą przepadłości. Zniesienie le- gis commissoriae (326 rok po Chrystusie). Zarys literatury zastawnej w Dygestach	130
<i>Dodatek: Fiducia</i>	154

780513