

# Jan Słonina

---

## Commodare habitationem

---

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 25/3-4, 199-209

---

1982

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

JAN SŁONINA

### COMMODARE HABITATIONEM

W rozważaniach jurystów rzymskich przedstawiane są przypadki, w których przedmiotem użyczenia były rzeczy wartościowe, najczęściej zwierzęta, niewolnicy, pojazdy, naczynia srebrne, szaty itp. Takie stany faktyczne znalazły swój wyraz w źródłach (np. Gai 3, 196; D. 13, 6, 5, 7; D. 13, 6, 5, 8; D. 13, 6, 5, 10; D. 13, 6, 5, 14; D. 13, 6, 17, 3; D. 13, 6, 17, 4; D. 13, 6, 15; D. 13, 6, 18, 3; D. 13, 6, 18, 4; D. 13, 6, 21, 1; D. 13, 6, 23; D. 19, 5, 17, 3; D. 47, 2, 40; D. 47, 2, 52, 22; D. 47, 2, 55 (54), 4). Wydaje się jednak, jak to potwierdzają zwłaszcza źródła literackie (np. Plaut: *Aul.* 95 i n., 400; Rud. 602 i n.; Maen. 656 i n.; Asin 444 i n.), że przedmiotem komodatłu były także rzeczy mało wartościowe ekonomicznie, natomiast użyteczne gospodarczo, służące do codziennego użytku, utraty których nie opłacało się dochodzić na drodze sądowej i dlatego nie leżały w sferze zainteresowania prawników.

Przedmiotem komodatłu były najczęściej rzeczy materialne, indywidualnie oznaczone i nie podlegające zużyciu przy normalnym korzystaniu z nich<sup>1</sup>. Rzeczy zamienne były tylko wtedy przedmiotem użyczenia, kiedy pełniły funkcję rzeczy indywidualnie oznaczonych<sup>2</sup>.

Stwierdzenie takie zostało zresztą wyrażone *expressis verbis* przez Ulpiana.

D. 13, 6, 3, 6 (Ulpianus 1. 28 ad edictum):

Non potest commodari id quod usu consumitur,

<sup>1</sup> Por. C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano. Opere di Costardo Ferrini III*, Milano 1929 (= Archivio giuridico 52, 1893, s. 469—499; 53, 1894, s. 257—309), s. 141; G. Ciccogna, *Ancora sull'uso nel commodato*, BIDR 19, 1907, s. 238; F. Pastori, *Il comodato nel diritto romano (Contributi allo studio della responsabilità contrattuale)*, Milano 1954, s. 126 i n.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup> I, München 1971, s. 533 uw. 2.

<sup>2</sup> Rzeczy z zasady oznaczone gatunkowo mogą być traktowane jako rzeczy oznaczone indywidualnie (np. D. 30, 30, 6). Por. F. Serafini, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Firenze 1875, s. 76; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano 1900, s. 276 i n.; P. Bonfantie, *Corso di diritto romano*<sup>2</sup> II, 1, Milano 1966, s. 91 i n.; C. A. Maschi, *La categoria dei contratti reali (Corso di diritto romano)*, Milano 1973, s. 286.

missi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.

Nie może być przedmiotem użyczenia rzecz, która zużywa się przez korzystanie z niej, jeśli nie została użyczona jako element dekoracyjny czy dla dokonania czynności formalnych<sup>3</sup>. Rzecz taka oznaczona gatunkowo, użyczona ad pompam vel ostentationem spełnia wtedy funkcję rzeczy indywidualnie oznaczonej.

D. 13, 6, 4 (Gaius l. 1 de verborum obligationibus):

Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dictis gratia numerationis loco intercedant.

Wydaje się, że Gaius przedstawia przypadek użyczenia pieniędzy<sup>4</sup>, które zostały przekazane nie w charakterze pożyczki, ale dla umożliwienia zawarcia mancipatio nummo uno. Użyczone monety służą do położenia na wagę i wręczenia jako symbolicznej zapłaty<sup>5</sup>.

D. 12, 1, 18, 1 (Ulpianus l. 7 disputatorium):

Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuuum est; idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit.

W cytowanym fragmencie jurysta mówi o rozbieżności woli kontrahentów<sup>6</sup>. Jeżeli więc dający miał na myśli depozyt, a biorący pożyczkę, Ulpian uważa, że nie zostanie zawarty ani depozyt, ani mutuuum<sup>7</sup>. Tak samo, jeśli dający chciał udzielić pożyczki, biorący zaś pragnął tylko wziąć pieniądze — jako komodat — w celu okazania, nie powstanie wtedy żaden kontrakt. W obu przypadkach po consumptio pieniędzy dający je będzie dysponował conditio (z bezpodstawnego wzbogacenia), której nie można przeciwstawić exceptio doli. Wprawdzie kontrakt komodatuu nie doszedł

<sup>3</sup> Por. E. Rabel, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injunctio und Pfandrecht*, ZSS 27, 1906, s. 308.

<sup>4</sup> E. Levy, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung der römischen Rechts*, ZSS 49, 1929, s. 246, uważa, że użyczenie pieniędzy jest czymś pośrednim między mutuuum i commodatum.

<sup>5</sup> Por. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis I*, Lipsiae 1889, Gaius nr 511; E. Rabel, dz. cyt., s. 308, 334; L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Zeit Diokletians I*, Leipzig 1908, s. 263 uw. 21; a także rec. (L.) Mitteis (P. Kretschmar, *Die Erfüllung I, Historische und dogmatische Grundlagen*, Leipzig 1906 — praca niedostępna), ZSS 30, 1909, s. 441; M. Kaser, RPR I, s. 533 uw. 2.

<sup>6</sup> Por. J. Hupka, *Der Dissensus in causa und die moderne Textkritik*, ZSS 52, 1932, s. 16 i n.

<sup>7</sup> Jego stanowisko jest zgodne ze sławną wypowiedzią Pediusa, iż żaden kontrakt, ani realny ani werbalny nie zostaje zawarty bez zgodnej woli stron (D. 2, 14, 1, 3).

do skutku ze względu na błąk porozumienia co do rodzaju zawieramego kontraktu, to z przedstawionego stanu faktycznego wynika, że przedmiotem użyczenia mogą być pieniądze użyczane osiedleńcom *gratia*.

Problematykę dotyczącą tego, jak w rozwoju historycznym kontraktu użyczenia były obejmowane stopniowo różne rodzaje rzeczy, przedstawił Ulpian w komentarzu do edyktu.

D. 13, 6, 1, 1 (Ulpianus 1. 28 ad edictum):

Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Pacunius utendi fecit mentionem, inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendarii etiam soli, sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Virvianus amplius etiam habitacionem commodari posse ait.

Edykt pretorski, który komentuje Ulpian<sup>8</sup>, udzielił ochrony prawnej prawdopodobnie tylko rzeczom ruchomym. Jedyną przedmiotem świadczeń dobrozasiedzkich były zarówno ruchomości jak i nieruchomości. Poza ochroną edyktalną pozostały więc mien nieruchomości dawane w używanie<sup>9</sup>. Chociaż jeszcze Labeo twierdził, że edykt pretorski odnosi się do użyczenia rzeczy ruchomych, to już Cassius — być może po modyfikacji pierwotnego edyktu przez Pacuniusa<sup>10</sup> — przyjął, że przedmiotem komodaturnego może być również

<sup>8</sup> Ze względu na niejasność sformułowań powszechnie przyjmuje się, że fragment został skrócony. Por. *Index Interp.* ad h. 1.; M. Kaser, *Zum Ediktsstil, Festschrift Fritz Schulz II*, Weimar 1951, s. 67.

<sup>9</sup> Por. F. Pastori, dz. cyt., s. 27 i n., 44 i n.

<sup>10</sup> Wydawcy Digestów: Th. Mommsen—P. Krüger identyfikują go z tym autorem, który występuje w D. 37, 12, 3 pr. (w uwadze zaznaczają, że FS zawiera Pacunius). Tak też O. Lemel: *Palingenesia I*, szp. 803, który w uwadze dodaje, że F ma Pacunius a dett. — Pacuvius. Zaś w opartej na edycji Taurellianam, Florentiae 1553, Corpus Iuris Civilis, A. i M. Krieger — Ae. Hermann — E. Osenbueggen, Lipsiae 1865, D. 13, 6, 1, 1 posiadają Pacuvius (w uwadze jest powołany za Hal. — Pacunius), tymczasem w D. 37, 12, 3 pr. figuruje Pacunius (zaś w uwadze do tego tekstu za Vulg. — Pantonius). Natomiast F. Bonfante — C. Fadda — C. Ferrini — S. Riccobono — V. Scialoja w tekście D. 13, 6, 1, 1 podają Pacunius, a w uwadze powołują D. 37, 12, 3 pr. zaznaczając też, że autor ten w dett. występuje jako Pacuvius. Kto jest tym Pacunius, który występuje w przytoczonym fragmencie, nie da się w obecnym stanie badań nad źródłami ustalić. A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo (Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I*, Halle 1873, s. 429 uw. 22 uważa, że o tym człowieku nie można nic pewnego powiedzieć poza tym, iż używał sformułowania *utendum dare* i nie był autorem edyktu. Rów-

nieruchomość. Ponadto Vivianus uznał, że przedmiotem użyczenia może być także habitatio. Z relacji przedstawionej przez Ulpiana w D. 13, 6, 1, 1 wynika, że Labeo przedstawił swój punkt widzenia, który nie jest jedyny w jego czasach. Przemawia za tym argumentacja przedstawiona przez Labeona, który stara się — powołując filozoficzne pojęcie genus i species — uzasadnić, że zakres użytego w edyktie pretorskim wyrażenia commodare jest pojęciem węższym niż utendum dare<sup>11</sup>. Według niego, w zakresie pojęcia commodare mieści się użyczenie rzeczy ruchomych. Natomiast pojęcie utendum dare odnosi się zarówno do rzeczy ruchomych jak i nieruchomości<sup>12</sup>. Skoro edykt pretorski użył commodare<sup>13</sup>, to wg Labeona dawał on ochronę jedynie w wypadku, gdy

nież nie ma podstaw do twierdzenia, że jest ojcem Labeona (co do tego inaczej M. Kaser, *Zum Ediktsstil*, s. 67). C. Ferrini, *Storia*, s. 95 uważa, że Paconius, Pacunius czy Pacuvius nie jest zidentyfikowanym pretorem, który wprowadził ochronę edyktalną „quod quis utendum dedisse dicitur, de eo iudicium dabo” (por. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, Napoli 1949, s. 313 i n.; J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, s. 98 uw. 12). O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901, s. 601 przypuszcza, że Paconius czy Pacunius jest być może źlekształceniem jurysty Pomponiusa, sławnego komentatora edyktu, z którego dzieła korzystał Ulpian. E. Vernay et son École (*Contribution à l'histoire des idées juridiques à la fin de la République romaine*), Paris 1909, s. 239 (praca niedostępna — cytuję za recenzją H. Peters, ZSS 32, 1911, s. 470) mówi, że występujący tu Pacunius, to Pacunius Labeo, twórca przedjuliańskiego edyktu o komodacie, uczeń Serviusa. F. Pastori, dz. cyt., s. 13 i n. zakłada, że Paconius był tym, który udzielił ochrony prawnej za pomocą actio decretalis w przypadku bezpłatnego użyczenia.

<sup>11</sup> Por. W. Macheiner, *Zu den Anfängen des Kontraktssystems, Festgabe für Arnold Herdlitzka*, München—Salzburg 1972, s. 176. Także podkreślenie Labeona, iż utendum dare i commodare różni się tak jak genus i species, mogło nastąpić pod wpływem filozofii greckiej, a zwłaszcza myśli Arystotelesa. Labeo bowiem, jak można sądzić na podstawie zachowanych źródeł, stosował w szerszym zakresie divisio wypracowaną przez Greków. Por. M. Talamanca, *Lo schema „genus-species” nelle sistematistiche dei giuristi romani, La filosofia greca e il diritto romano II*, Roma 1977, s. 216, 253 i n.

<sup>12</sup> Por. F. Pastori, dz. cyt., s. 27 i n.

<sup>13</sup> Kwestia terminologii w klauzuli edyktalnej wprowadzającej ochronę użyczenia nasuwa jednak wątpliwości. Niektórzy autorzy uważają, że powoływany przez Ulpiana Pacunius jest tym pretorem, który pierwszy udzielił ochrony użyczeniu za pomocą actio decretalis, używając wyrażenia utendum dare, podczas gdy qui edictum concepti jest tym pretorem, który wprowadził in albo klauzulę edyktalną de commodato, używając słowa commodare (por. F. Pastori, dz. cyt., s. 23 i n.; A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, s. 169). Inni natomiast wnioskują, że dopiero Julian jako pierwszy podjął się próby uporządkowania terminologii przy kodyfikacji edyktu pretorskiego i wprowadził słowo commodare w miejsce utendum dare do formuły skargi pretorskiej (por. A. Pernice, dz.

przedmiotem były rzeczy ruchome. Mimo takiej interpretacji Labeona, pogląd ten nie został zaakceptowany, gdyż w sporach o skorzystanie z nieruchomości posługiwano się actio commodati<sup>14</sup>. Nie jest wykluczone, że w sporze o przedmiot komodatu trwała dyskusja między szkołami Proculianów i Sabinianów<sup>15</sup>. Proculianie, których przedstawicielem jest Labeo, stojąc na stanowisku ścisłej interpretacji słów uważali, że przedmiotem komodatu są tylko rzeczy ruchome, natomiast Sabinianie, których przedstawicielem jest Cassius uważali, że przedmiotem komodatu są również nieruchomości. Po stronie szkoły Sabinianów zdaje się opowiadać w tym wypadku także Vivianus, który zezwolenie na skorzystanie z habitatio wyraża słowami commodati posse, a także Ulpian, używając na oznaczenie używanej rzeczy wyrażenia res commodata, które to wyrażenie odnosi on zarówno do rzeczy ruchomych jak i res solii<sup>16</sup>.

Potwierdzenie takiejgo stanowiska Ulpiana znajduje się w dalszej części cytowanego komentarza.

cyt., s. 429 uw. 22; C. Ferrini, *Storia*, s. 95; O. Gradenwitz, *Ältere und neuere formula arbitraria*, ZSS 24, 1903, s. 247 uw. 1; O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, (przedruk Aalen 1956), s. 243 uw. 3; E. Weiss, *Vorjulianische Ediktsredaktoren*, ZSS 50, 1930, s. 263; V. Arangio-Ruiz, dz. cyt., s. 314; J. Michel, dz. cyt., s. 98 uw. 12). Nie jest wykluczone, że edykt pretorski dotyczący użyczenia miał różne redakcje dokonane przez różnych pretorów. Jeden z nich używał słowa commodare, inny utendum dare. Natomiast przypisywanie ustalenia terminologii Julianowi jest nie do przyjęcia. Gdyby to rzeczywiście miało miejsce, wtedy dziwnym byłoby powoływanie się Ulpiana na interpretację Labeona dotyczącą zakresu ochrony udzielanej dla commodare, a także niezrozumiałe przedstawienie dyskusji jursprudencji co do znaczenia słów commodare i utendum dare z wykazywaniem stopniowego rozszerzania się zakresu znaczeniowego słowa commodare. Por. M. Kaser, *Zum Ediktstil*, s. 67.

<sup>14</sup> Jursprudencja z momentem wydania edyktu (D. 13, 6, 1 pr. — Ulpianus l. 28 ad edictum: Ait praetor: „Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo”) chroniącego użyzione rzeczy ruchome, zastanawiała się nad tym, w jaki sposób objąć ochroną również nieruchomości. Ulpian (D. 13, 6, 1, 1) informuje, iż najpierw Cassius uznał możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu użyczenia nieruchomości za pomocą actio commodati, następnie zaś Vivianus zezwolił na dochodzenie za pomocą tej skargi także roszczeń wynikających z habitatio. Jak przypuszcza J. Michel, dz. cyt., s. 98 i n., commodare początkowo mogło mieć zastosowanie w odniesieniu do rzeczy nieruchomych, użyczanych na krótki czas lub na określone użyczenie; było to użyczenie wyjątkowe i dopiero za czasów Vivianusa zaistniała potrzeba rozszerzenia actio commodati na habitatio gratuita.

<sup>15</sup> Na temat szkół prawa w Rzymie por. J. Kodrębski, *Sabinianie i Proculianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974.

<sup>16</sup> Por. G. Cicogna, dz. cyt., s. 250; P. de Francisci, *Summagma (Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati)* I, Pavia 1913, s. 308.

D. 13, 6, 5, 15 (Ulpianus 1. 28 ad edictum):

...usum autem balineae quidem vel porticus vel  
campi uniuscuiusque in solidum esse...

Ulpian uzasadniając możliwość użyczenia jednej rzeczy wielu osobom stwierdza mimochodem, że używać łaźni (balinaei), portyku (porticus) czy pola (campi) in solidum może każdy. Chociaż w tym fragmencie wyraźnie nie ma mowy o użyczeniu łaźni, portyku czy pola, lecz tylko o ich używaniu, to jednak to, że chodzi o ich użyczenie, zdaje się wynikać z faktu, że fragment powyższy jest umieszczony również w 28 księdze komentarza Ulpiana do edyktu, traktującej De rebus creditis, a więc tej samej, która zajmuje się kontraktem komodatowym<sup>17</sup>. Również kompilatorzy umieścili go w Digestach w tytule De commodati vel contra. Na podstawie brzmienia tego fragmentu oraz kontekstu, w jakim jest użyty, a także miejsca jego umieszczenia można przyjąć, że wyrażenie usus oznacza korzystanie z rzeczy użyczonej, jaką jest w tym wypadku nieruchomości, tj. łaźnia, portyk czy pole.

W relacji Ulpiana (w D. 13, 6, 1, 1) wątpliwość może budzić, co zdaniem Vivianusa jest przedmiotem użyczenia: oddanie rzeczy nieruchomości do używania, czy odstąpienie służebności quoad usum<sup>18</sup>. Użyte w tym fragmencie słowo amplius sugeruje wprowadzić coś innego niż użyczenie rzeczy ruchomych czy nieruchomości, a więc użyczenie res incorporales, prawa zamieszkiwania<sup>19</sup>. Ale fragment ten można zrozumieć i w ten sposób: Jak zauważa Cassius, może być użyczona nieruchomości, a ponadto, jak dodaje Vivianus, komodat może zaistnieć również przez zezwolenie na zamieszkanie w domu<sup>20</sup>. Amplius etiam występuje wprawdzie bezpośrednio po stwierdzeniu, że przedmiotem komodat może być res soli, ale wydaje się, że zamierzeniem Ulpiana było powołanie jeszcze innego autorytetu oprócz Cassiusa, aby lepiej zaakcentować odrębność dwóch przeciwstawnych stanowisk i podkreślić słusność przyjętego rozstrzygnięcia<sup>21</sup>. Taka interpretacja tego sformułowania jest uzasadniona również tym, że jurysprudence nie była zgodna co do tego, czy przedmiotem użyczenia może być habitatio.

<sup>17</sup> Por. O. Lemel, *Palingenesia II*, Ulpianus nr 807.

<sup>18</sup> Por. C. Ferrini, *Storia*, s. 128; G. Ciccogna, dz. cyt., s. 250; W. Osuchowski, *O nieoznaczonych prawnie stosunkach kontraktowych w klasycznym prawie rzymskim*, Lwów 1933, s. 152; F. Pastori, dz. cyt., s. 128 i n., a także rec. S. Sollazzi, *IURA* 6, 1955, s. 258.

<sup>19</sup> Por. C. Ferrini, *Storia*, s. 128; G. Ciccogna, dz. cyt., s. 250; F. Pastori, dz. cyt., s. 27, 132 uw. 37 bis; N. Scapini, „*Usus domus*” e „*habitatio*” nel diritto romano, *Studi in onore di Giuseppe Grosso V*, Torino 1972, s. 44 uw. 49; s. 76 uw. 1111.

<sup>20</sup> Por. C. Ferrini, *Storia*, s. 128.

<sup>21</sup> Por. C. Ferrini, *Storia*, s. 128; G. Ciccogna, dz. cyt., s. 250.

D. 19, 5, 17 pr. (Ulpianus 1. 28 ad edictum):

Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possit? et Virilianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere.

W cytowanym fragmencie Ulpian zastanawia się, czy w wypadku bezpłatnego udostępnienia habitatio służy actio commodati. Przytacza on rozstrzygnięcie Virilianusa, który twierdzi, że można swoich noszczeń dochodzić przy pomocy actio commodati. Ulpian nie sprzeciwia się temu pogładowi Virilianusa, chociaż sam z uwagi na stan faktyczny skłonny jest do zastosowania dla ochrony tego stosunku ogólnego powództwa agere praescriptis verbis<sup>22</sup>. Na podstawie powyższego można przyjąć, że zarówno Virilianus jak i Ulpian dopuszczają możliwość użyczenia mieszkania<sup>23</sup>.

Jurysci jednak dyskutują, czy bezpłatne habitatio stanowi precarium, danowiznę czy użyczenie?

Za uznaniem w tym wypadku precarium opowiadał się prawdopodobnie Scaevola.

D. 39, 5, 32 (Scaevola 1. 5 responsorum):

Lucius Titius epistulam talem misit: „ille illi salutem. hospitio illo quamdiu volueris utaris superioribus diactis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio”: quaero an heredes eius habitacione eum prohibere possunt. respondit secundum ea, quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem.

Przedstawiony w tym fragmencie problem dotyczy możliwości zmiany woli spadkodawcy przez jego dziedziców w przypadku zezwolenia na bezpłatne zamieszkiwanie — odwołania habitatio. Rozstrzygając to zagadnienie jurysta stwierdza, że taka możliwość istnieje. A więc takie rozstrzygnięcie przemawiałoby za tym, że w przedstawionym stanie faktycznym była mowa o precarium habitatio<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Według G. Beselera, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen II*, Tübingen 1911, s. 164, w tekście oryginalnym zamiast powództwa praescriptis verbis jest skarga in factum. Podobnie P. de Francisci, dz. cyt., s. 308 i n. przyjmuje frazę sed — fin za interpolowaną. Inaczej W. Osuchowski, dz. cyt., s. 152, który uważa za nie uzasadnione założenie, że od słowa tutius rozpoczynają się teksty interpolowane i na potwierdzenie klasycznego pochodzenia wyrażenia tutius, przytacza Fragm. Vat. 102, gdzie Paulus mówi: Tamen in proposito tutius fuit respondere.

<sup>23</sup> W. Osuchowski, dz. cyt., s. 152 i n. twierdzi, że użyczenie w tym przypadku miało anormalną strukturę prawną. F. Pastori, dz. cyt., s. 27, a także N. Scapini, dz. cyt., s. 44 uw. 49 uważa commodare habitationem za jeden z rzadkich przypadków komodatu rzeczy nieruchomości.

<sup>24</sup> Por. O. Lened, *Palingenesia II*, Scaevola nr 299, który umieszcza ten fragment w rubryce De precario; C. Ferrini, *Storia*, s.



Gaius opowiadał się przypuszczalnie za darowizną *habitatio*:

Gai 4, 153: ...per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur.

Nie ulega wątpliwości, że dla jurysty czym innym jest *commodare*, a czym innym *gratuitam habitacionem praestare*. A więc *habitatio* nie jest przedmiotem użyczenia<sup>25</sup>. Czy dopuszczał on możliwość *precarium habitatio* — trudno orzec. Natomiast Pomponius wyraźnie wyklucza *precarium habitatio*, a dopuszcza prawdopodobnie oprócz *darowizny* również użyczenie *habitatio*.

D. 43, 26, 15, 1 (Pomponius 1. 29 ad Sabinum):

Hospites et qui gratuitam habitacionem accipiunt non intelleguntur precario habitare.

W cytowanym fragmencie Pomponius stwierdza, że *hospites* i tych, którzy otrzymują bezpłatnie *habitatio*, nie traktuje się jako *prekarystów*. Słowa *gratuitam accipiunt* mogą wskazywać, że jurysta miał na myśli bądź użyczenie bądź *darowiznę*<sup>26</sup>. Taką hipotezę nasurwa również inny fragment tego jurysty.

D. 39, 5, 9, pr. (Pomponius 1. 33 ad Sabinum):

In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur...

Według Pomponiusa zamieszkanie *gratis* w cudzym budynku jest uważane za *donatio*. Ale użyte tu słowo *videtur* wskazywało by na istnienie innych możliwości. Skoro jednak Pomponius w D. 43, 26, 15, 1 wykluczył istnienie *prekarium*<sup>27</sup>, tą inną możliwością oprócz *darowizny* *habitatio* jest niewątpliwie użyczenie *habitatio*.

Przedstawicielem poglądu dopuszczającym bezpłatne użyczenie *habitatio* jest Vivianus.

Wydaje się jednak, że użyczenie *habitatio* nie było traktowane

130; V. Silva, *Precario con possesso e precario con detenzione*, SD 6, 1940, s. 262; G. G. Archi, *La donazione*, Corso di diritto romano, Milano 1960, s. 26; P. Zamorani, *Precario habere*, Milano 1969, s. 71 uw. 36; J. Söndel, *Precarium w prawie rzymskim*, Kraków 1971, s. 36. W Digestach fragment ten jest umieszczony w tytule *De donationibus*, co wskazywałoby, że stosunek ten przynajmniej w prawie justyniańskim uważany był za *darowiznę*. Za *darowizną* *habitatio* opowiada się A. Ascoli, *Sulla legge Cincia*, BIDR 6, 1893, s. 199 i n.

<sup>25</sup> Por. J. Söndel, dz. cyt., s. 37 uw. 54.

<sup>26</sup> C. Ferrini, *Storia*, s. 129 i n. uważa, że prawdopodobnie z tego samego względu, z którego nie powstało *prekarium*, nie powstaje i *comodat*, a więc ma miejsce w tym przypadku *darowizna*. Por. J. Söndel, dz. cyt., s. 37.

<sup>27</sup> W literaturze przyjmuje się, że Pomponius nie wyklucza możliwości udzielenia *prekarium* *habitatio*, gdyż jego opinia wyrażona w tym fragmencie dotyczy jedynie wykluczenia *prekarium* *habitatio* ze względu na stosunek gościnności. Por. C. Ferrini, *Storia*, s. 130; P. Zamorani, dz. cyt., s. 71 uw. 36; J. Söndel, dz. cyt., s. 37.

ani przez Vivianusa ani przez Ulpiana jako użyczenie służebności, jako prawa na rzeczy cudzej, ale jako użyczenie budynku w celu zamieszkania<sup>28</sup>.

Podobny problem dotyczący przedmiotu użyczenia został podniesiony przez Pomponiusa.

D. 8, 3, 24 (Pomponius 1. 33 ad Sabinum):

Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuiilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut me in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia venior est.

Już samo ustalenie właściwego brzmienia tekstu budzi wątpliwości<sup>29</sup>. Przede wszystkim istnieje problem, czy w klasycznym tekście było słowo *commodare*, czy — jak zostało przekazane w niektórych kodeksach — *meo dare*<sup>30</sup>. Na ogół jednak przyjmuje się, że w tekście oryginalnym występowało słowo *commodare*<sup>31</sup>. Inne wątpliwości<sup>32</sup>, chociaż mogą mieć także czy inne uzasadnienie, wydają się nie mieć większego wpływu na treść przekazanego rozstrzygnięcia. Można więc przyjąć, że omawiany fragment dotyczy *commodare ex aquae ductu*<sup>33</sup>.

Tak więc wg Labeona właściciel gruntu może każdemu sąsiadowi zezwolić na korzystanie z akweduktu. Natomiast wg Proculususa nie może on udzielić takiego zezwolenia, jeśli akwedukt znajduje się w części tego gruntu, na którym właściciel gruntu sąsiedniego ma już ograniczone prawo rzeczowe<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Por. L. A. Mirante, *Locare habitationem, Studi in onore di Biondo Biondi I*, Milano 1965, s. 457.

<sup>29</sup> Por. *Index Interp.* ad h. 1.

<sup>30</sup> Por. wersje: S.

<sup>31</sup> Por. różne wydania Digestów ad h. 1.

<sup>32</sup> Por. L. Capogrossi Colognesi, *Ricerche sulla struttura della servitù d'aqua in diritto romano*, Milano 1966, s. 159 uw. 261.

<sup>33</sup> Według S. Perozziiego, *Fructus servitutis esse non potest. Scritti giuridici II*, Milano 1948, s. 183 i n., słowo *commodare* użyte zostało przez Labeona w znaczeniu niewłaściwym. C. Ferrini, *Storia*, s. 143, wniosek, że we fragmencie tym nie ma mowy o *servitus aqueductus*, lecz o *commodare ex meo aquae ductu*, gdzie przedmiotem *commodare* jest domyślnie aqua, uzasadnia następująco: Labeo twierdzi, że ten, kto korzysta z akweduktu, może udzielić sąsiadom wody dla ich celów. Zarówno Labeo jak i Proculus używali słowa *commodare* w znaczeniu ogólnym na wyrażenie korzystania z wody nieodpłatnie, gdyż jeszcze w ich czasach słowo *commodare* nie było rozumiane w znaczeniu technicznym, oznaczającym kontrakt komodatowy, jakie to znaczenie nadał temu słowu dopiero edykt pretorski. Woda bieżąca nie może być przecież przedmiotem komodatowy. Interpretację tę podjął także B. Biondi, *La servitù prediali nel diritto romano*<sup>2</sup>, Milano 1947, s. 147, jak również L. Capogrossi Colognesi, dz. cyt., s. 160.

<sup>34</sup> Por. G. Grosso, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, SD 3, 1937, s. 277; M. Kaser, *Geteiltes Eigentum um älteren römischen Recht*, *Festschrift Paul*

Twierdzenie Proculusa uważa Pomponius za właściwsze. Jest ono zgodne z zasadami, które zaczęły się w tym okresie formować, mianowicie, że jeśli ktoś ma grunt służebny, to nie może nim dysponować swobodnie<sup>35</sup>.

Pomijając różnice zdań między jurystami, co do użyczenia *ex aquae ductu* na gruncie obciążonym służebnością można by sądzić, iż na gruncie wolnym od służebności zezwolenie na korzystanie z akweduktu może być przedmiotem kontraktu użyczenia. Pozostaje jednak do rozważenia, co byłoby wtedy przedmiotem tego kontraktu: woda czy serwitut akweduktu jako *litura in re aliena*, czy samo czerpanie wody *quoad usum*.

Ze względu na to, że woda jest rzeczą zużywalną, nie może ona stanowić w tym wypadku przedmiotu kontraktu, gdyż trudno byłoby mówić o jej restytucji, ponieważ jej zużycie jest z góry zakładane<sup>36</sup>.

Biorąc zaś pod uwagę możliwość ustanowienia komodatu na akwedukcie rozumianym jako *litura in re aliena*<sup>37</sup>, należy zatrzymać się nad rozważeniem problemu trwałości służebności gruntowej. Powstanie bowiem tej służebności zakładało trwałość korzystania gruntu pamięającego z dobrodziejstw gruntu służebnego. W przypadku komodatu zezwolenie na korzystanie z akweduktu musiałoby być ściśle ograniczone czasowo, a to byłoby sprzeczne z naturą służebności gruntowej. W związku z tym należy wykluczyć również możliwość ustanowienia komodatu, którego przedmiotem byłby akwedukt rozumiany jako ograniczone prawo rzeczowe<sup>38</sup>.

Pozostaje więc do rozpatrzenia trzecia z wyliczonych możliwości czyli przypadek, w którym przedmiotem komodatu byłoby prawo czerpania wody czyli korzystanie z akweduktu *quoad usum*. Biorąc pod uwagę, iż w D. 8, 3, 24 zezwolenie na *aquam ducere* zostało zaakcentowane przez wyrażenie *utii*, wydaje się, iż taka interpretacja tekstu jest najwłaściwsza.

Z powodu wykluczenia dwóch omawianych na początku możliwości, a uprawdopodobnienia ostatniej z nich, należy w konkluzji przyjąć, że przedmiotem komodatu w tym przypadku było czerpanie wody czyli korzystanie z akweduktu *quoad usum*.

Powyższy wniosek jest analogiczny do tego, jaki wypływał również z interpretacji tekstów mówiących o użyczeniu *habilitatio*, gdzie

Koschaker I, Weimar 1939, s. 454; L. Capogrossi Colognesi, dz. cyt., s. 160; G. Franciosi, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967, s. 88 i n.

<sup>35</sup> Por. B. Biondi, dz. cyt., s. 147.

<sup>36</sup> Por. F. Pastori, dz. cyt., s. 132 urw. 37 bis.

<sup>37</sup> Za taką możliwością opowiada się G. E. Schmidt, *Das commodatum und precarium*, Leipzig 1841, s. 117 i n.

<sup>38</sup> Por. C. Ferrini, *Storia*, s. 144 i n.

także przedmiotem tego kontraktu były nie *iura in re aliena*, lecz jedynie korzystanie z nieruchomości *quoad usum*.

Jakk z niniejszych rozważań wynika, przedmiotem komodatatu może być zarówno rzecz ruchoma jak i nieruchomość, a także *habitatio quoad usum* i korzystanie z akweduktu *quoad usum*, które należy traktować raczej jako użyczenie nieruchomości, a nie jako użyczenie prawa na rzeczy cudzej.

### Commodare habitationem

Dans le commentaire à l'édit (D. 13, 6, 1, 1) Ulpien démontre le développement historique du sujet du contrat de commodat. Au commencement les objets mobiles, individuellement marqués et qui n'étaient pas sujet de consommation pendant qu'ils étaient en usage (D. 13, 6, 3, 6), étaient sujet de commodat. Les objets d'échange étaient sujet de commodat uniquement lorsqu'ils remplissaient la fonction des objets individuellement marqués (D. 12, 1, 18, 1; D. 13, 6, 4). Ce seulement avec le temps, sous l'influence de Cassius, qu'on étendit la protection à l'aide de *actio commodati* également sur les immobilités (D. 13, 6, 1, 1; D. 13, 6, 5, 15). Ensuite les juristes, et tout particulièrement Vivianus, admirent la possibilité de prêter à usage *habitatio* (D. 13, 6, 1, 1; D. 19, 5, 17 pr). Cependant l'autorisation d'habiter dans un bâtiment d'autrui n'était pas considéré par tout les juristes comme commodat. Scaevola se prononça probablement dans ce cas pour reconnaître la précarité (D. 39, 5, 32), Gaius en faveur de la donation de *habitatio* (Gai. 4, 153). Pomponius exclut nettement la précarité de *habitatio*, mais, excepté la donation, admet, comme on peut le croire d'après l'analyse (D. 43, 26, 15, 1) le prêt à usage de *habitatio*. On a toutefois l'impression que le prêt à usage de *habitatio*, accepté par une partie de juristes romains, n'était pas traité en tant que commodat de servitude, c'est-à-dire *iura in re aliena*, mais comme autorisation de profiter d'immobilier *quoad usum*, comme on le pratique en donnant l'autorisation d'utiliser l'aqueduc (D. 8, 3, 24).