

Jerzy Krzynówek

Funkcje i stosowanie "precarium" w rzymskim prawie klasycznym

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 36/3-4, 137-148

1993

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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

JERZY KRZYNÓWEK

FUNKCJE I STOSOWANIE „PRECARIUM” W RZYMSKIM PRAWIE KLASYCZNYM

W romanistyce przyjmuje się pogląd, że *precarium* znalazło się w justyniańskiej kompilacji dzięki pietyzmowi i chęci przywrócenia świetności dawnego prawa¹. W tym bowiem okresie *precarium* było już instytucją martwą, prawie nie spotykaną w praktyce. Nie odtworzono jednak *precarium* w jego wersji klasycznej, ale kompilatorzy nadali mu charakter kontraktu nienazwanego chronionego *actio prescriptis verbis*² oraz wyeksponowali funkcję alimentacyjną; prawo do bezpłatnego korzystania i pobierania pożytków z cudzej rzeczy. Na określenie *precarium* wybrali kompilatorzy fragment pochodzący z dzieła dydaktycznego Ulpiana (przełom II i III w.n.e.):

D.43,26,1 pr(libro primo institutionum): *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.*

W przytoczonym tekście kładzie się akcent na to, że prekarzysta może korzystać z rzeczy dopóki osoba dająca rzecz (*precario dans*) toleruje taki stan. O bezpłatności nie ma tutaj bezpośrednio mowy (nie wspominają o tym również inne źródła), ale można tę cechę *precarium* wydedukować na podstawie innych przesłanek.

I tak Ulpian stwierdza, że *precarium* wywodzi się z *genus liberalitatis*. Ten charakter dobrodziejstwa można uzasadnić jedynie tym, że *precarium* było nieodpłatne. Było to dobrodziejstwo wyświadczone prekarzyscie, każdorazowo swobodnie odwołalne, następujące na jego prośbę, ale udzielone bezpłatnie. Dalej wspomniany jurysta zestawia *precarium* z tak typowo nieodpłatnymi kontraktami jak *commodatum* i *donatio*³.

¹ J. Sondel, *Precarium w prawie rzymskim*, Kraków, 1971, s. 39, 123 i n.; M. Kaser, *Zur Geschichte des precarium*, ZSS 89 (1972), s. 146. O założeniach kodyfikacji i stosunku cesarza do materiału klasycznego por. *const. Tanta* paragraf 10 – mowa tam o *reverentia antiquitatis*; a także M. Talamanca (red.), *Lineamenti di storia del diritto romano*, wyd. 2, Milano 1989, s. 640 i n.

² D.43,26,19,2; por. nota poprzednia.

³ Jako *liberalitas* określa *precarium* Ulp. D.43,26,1,1; oraz 8,3. Natomiast w D.43,26,1,2 jurysta określa różnicę między *precarium* a *donatio* i widzi ją w woli dającego; w pierwszym przypadku w każdej chwili mogącej ulec zmianie, w drugim zmierzającej do trwałego przesunięcia majątkowego; z darowizną porównuje *precarium* Paulus D.43,26,14: *...magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio*. Ponadto Ulp. D.47,2,14,11. Nieodpłatność *precarium* w okresie klasycznym poddaje w wątpliwość Kaser, *Zur Geschichte...* s. 121 i n., głównie na bazie krytyki tekstów, które pierwotnie odnosiły się do pojedynczych rozstrzygnięć, jego zdaniem w rozpatrywanych przez jurystów klasycznych stanach faktycznych odpłatność bądź nieodpłatność *precarium* byłaby pewną opcją, w okresie poklasycznym teksty te zostały uogólnione i w ten sposób oddają nieautentyczny stan prawa klasycznego. Za nieodpłatnością opowiada się Sondel, op. cit. s. 19; Zamorani, *Precario habere*, Milano 1969 s. 80.

Brak bezpośrednich wzmianek o nieodpłatności *precarium* sugeruje, że nie była to cecha instytucji akcentowana przez jurysprudence klasyczną. Tym niemniej nieodpłatność *precarium* legła u podstawy przekonania, że podstawową funkcją *precarium* w okresie klasycznym była funkcja alimentacyjna⁴. Alimentację rozumiem jako uprawnienie do nieodpłatnego korzystania i pobierania pożytków z rzeczy, przy czym to uprawnienie ma być ustanowione w interesie i na korzyść osoby uprawnionej. Wydaje mi się, że przy takim rozumieniu terminu „alimentacja” teza o wyłącznie alimentacyjnym charakterze *precarium* w prawie klasycznym powinna ulec modyfikacji. Klasyczne prekaryjne koncesje często uwzględniały interes zarówno dającego jak i przyjmującego *precarium*.

Precarium w pierwszej fazie rozwoju, było traktowane jako wada posiadania (*possessio vitiosa*)⁵. Takie jurydyczne ujęcie pozwalało na udzielenie silnej ochrony (*interdictum de precario*⁶, dopuszczalność stosowania pomocy własnej) koncedentowi w stosunku do prekarzysty, a równocześnie pretor gwarantował prekarzyście interdetykalaną ochronę jego posiadania względem osób trzecich⁷. Te cechy, a nie funkcja alimentacyjna, moim zdaniem decydowały o żywotności *precarium* w okresie klasycznym. Kwestią otwartą pozostaje funkcja *precarium* w okresie jego powstania.

Powstanie *precarium* w nauce⁸ najczęściej łączy się ze stosunkami klientelarnymi powszechnymi w okresie archaicznym i republikańskim. Jeśli przyjąć tę hipotezę, to *precarium* pełniłoby w tym okresie funkcję wyłącznie alimentacyjną. Należy jedynie zauważyć, że pomimo dużej popularności i wielu wysiłków by uzasadnić tę hipotezę, opiera się ona na dosyć skąpej, pośredniej bazie źródłowej. W szczególności nie potwierdza jej zaden przekaz prawniczy.

* * *

W źródłach spotykamy *precarium* często stosowane w połączeniu z innymi rodzajami umów. Wymienić można: *fiducję*, *pignus*, *locatio-conductio*, *emptio-venditio*.

Mamy kilka źródeł, które mówią o *precarium* w kontekście *fiducji*. Stosowano je przy *fiducia cum creditore contracta*. Jego celem było umož-

⁴ J. Söndel, op. cit. s. 151; J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, s. 138.

⁵ G. 4,151; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, wyd. 2, t. I, München 1971, s. 397; J. Söndel, op. cit. s. 76 widzi posiadanie prekarzysty jako wadliwe ale nabyte *ex iusta causa*. Jako posiadanie wadliwe w całym okresie klasycznym widzi je P. Zamorani, *Precario habere*, s. 76; 118 i n., przeciw tak radykalnemu ujęciu oponuje M. Kaser, *Zur Geschichte*, s. 100.

⁶ O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, wyd. 3, Leipzig 1927, Unveränderter Nachdruck 1956, s. 486.

⁷ D.43,26,4,1. Por. Kaser, *RPR*, s. 388, oraz tenże, *Zur Geschichte* s. 124.

⁸ M. Kaser, *RPR*, s. 388. G. Franciosi, *Un'ipotesi sull'origine della clientela*, [w:] *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, II, Napoli 1988, s. 134 nota 26 zestawia starszą literaturę. Por. moje *Precarium a klientela*, *Przegląd Historyczny* (w druku).

liwienie dłużnikowi korzystania i pobierania pożytków z *res Mancipi*, których własność przeniósł na wierzyciela tytułem zabezpieczenia długu.

G.2,60. Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane modo competit usureceptio, si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret. Quo casu lucrativa usucapio competit.

Gaius traktuje o *usureceptio* przy fiducji. Stwierdza, że w przypadku *fiducia cum amico contracta* zawsze przysługuje *usureceptio*. Natomiast przy *fiducia cum creditore usureceptio* przysługuje zawsze po zapłaceniu długu. Przed uiszczeniem długu przysługuje dłużnikowi także *usureceptio*, jednakże pod warunkiem, że w posiadanie rzeczy nie wszedł na podstawie umowy najmu lub nie poprosił o zezwolenie na posiadanie rzeczy (*precarium*)⁹. Takie rozwiązanie problemu *usureceptio* przy fiducji *cum creditore*, świadczy o istnieniu praktyki powierzania w *precarium* lub wynajmowania rzeczy oddanych wierzycielowi jako zabezpieczenie jego wiarygodności. Należy zwrócić uwagę, że są to *res Mancipi*, a więc dobra podstawowe w społeczności rzymskiej, często bez nich dłużnik nie mógłby w ogóle gospodarować. Ale wierzycielem nie kierowały jedynie pobudki humanitarne czy zamiar dobroczynny. W sytuacji, gdy wierzyciel chciał udostępnić dłużnikowi rzecz celem prekaryjnej koncesji było, jak to wynika z przedstawionego wyżej fragmentu Gaiusa, zapobieżenie zasiedzeniu na niekorzyść wierzyciela. Ale nie był to jedyny efekt jaki strony osiągały. Oddając w *precarium* rzecz przewłaszczoną fiducjarnie, wierzyciel pozbywał się obowiązków związanych z utrzymaniem rzeczy, zachowania jej w stanie nienaruszonym, czy rozliczenia się z pożytków¹⁰, a także chronił się w ten sposób przed odpowiedzialnością z tytułu przypadkowej utraty rzeczy¹¹. Dłużnik w zamian mógł z rzeczy korzystać i sprawować nad nią osobisty dozór.

Do fiducji możemy odnieść jeszcze inne teksty, które w obecnej redakcji mówią o *pignus*, ale przyjmuje się, że w brzmieniu oryginalnym odnosiły się do fiducji.

D.43,26,11: Celsus libro septimo digestorum; Si debitor rem pignoratam precario rogaverit, soluta pecunia precarium solvitur: quippe id actum est, ut usque eo precarium teneret¹².

⁹ Ponadto jeśli nie ukradł tej rzeczy. G.3,20.

¹⁰ Por. B. Noordraven, *Die Fiducia im römischen Recht*, Index 18 (1990), s. 247. Początkowo fiducjant odpowiadał za *dolus*, a od II w.n.e. jego odpowiedzialność była oparta na *culpa*.

¹¹ F.I.R.A., III, s. 291. P. Frezza, *La garanzia delle obbligazioni*, II, *Le garanzie reali (corso)*, Padova 1963, s. 27.

¹² Pierwotnie w miejscu „*rem pignoratam*” było wpisane słowo „*fiduciam*”. Zob. J. Söndel, op. cit. s. 127 nota 6.

Wypowiedź Celsusa (II w.n.e.) pozornie uzupełnia¹³ przedstawione wcześniej rozumowanie Gaiusa. Celsus stwierdza mianowicie, że jeśli wierzyciel oddał rzecz zastawioną dłużnikowi w *precarium*, to w momencie zapłaty długu gaśnie *precarium*, czego konsekwencją będzie rozpoczęcie przez dłużnika wspomnianej w G.2,60 *lucrativa usucapio*. Jednakże wydaje się, że wspomniani juryści proponują dwa różne rozwiązania kwestii zasiedzenia przez dłużnika, który zapłacił dług a przedmiot zastawu znajduje się u niego w *precarium*. Celsus stwierdzając, że *precarium* gaśnie *ipso iure* po zapłaceniu długu sugeruje, że dotychczasowy prekarzysta staje się posiadaczem *suo nomine* i w związku z tym powinno mu przysługiwać zasiedzenie na zasadach ogólnych. Gaius mówi w tej sytuacji o *lucrativa usucapio*¹⁴, która, moim zdaniem, oznacza właśnie *usureceptio*. Gaius wyklucza zatem zasiedzenie na zasadach ogólnych. Tekst Gaiusa sugeruje, że po zapłacie długu, dłużnik trzymający rzecz u siebie tytułem *precarium* bądź najmu, nie zmienia *causa* swojego posiadania, ale będzie mimo to mógł dokonać zasiedzenia lukratywnego¹⁵. Widzimy tutaj wyraźne funkcjonalne zastosowanie *precarium*. Zezwolenie prekaryjne na korzystanie z rzeczy trwa do chwili zaspokojenia wierzyciela i wygasa *ipso iure* lub otwiera drogę do zasiedzenia. W ten sposób *precarium* i zabezpieczenie wierzytelności są ze sobą ściśle splecione, aby umożliwić równoczesne osiągnięcie dwóch celów w postaci gwarancji realnej i umożliwić korzystanie poprzedniemu właścicielowi z rzeczy. Jest bardzo prawdopodobne, że fiducyjna mancyppacja i koncesja prekaryjna następowały równocześnie. Przepuszczalnie do tej sytuacji odnosi się opinia Juliana (II w.n.e.):

D.43,26,18: Iulianus libro tertio decimo digestorum; Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat¹⁶.

Podobną problematycznie grupę tekstów stanowią źródła łączące *precarium* z *pignus*. Mamy w nich doczynienia z dłużnikiem, który prosi o prekaryjną koncesję rzeczy oddanej w zastaw, oczywiście bez przeniesienia na wierzyciela własności. Pojawia się tutaj pewien problem, gdyż taka

¹³ Jako wypowiedzi komplementarne traktuje je J. S o n d e l, op. cit. s. 136 i n.

¹⁴ Termin ten stosuje Gaius (G.2,56) w odniesieniu do *usucapio pro herede*, podkreśla, że dlatego jest ono zyskowe, ponieważ posiadający świadomie zasiaduje na niekorzyść dziedzica.

¹⁵ C. A r n ò, *Il possesso, (Corso)*. Le lezioni raccolte dagli studenti E. Banchiero e F. Polieri, Torino 1936, s. 277, proponuje wyjaśnienie *lucrativa usucapio* podobnie jak *usucapio pro herede*, ponieważ wzbogaca dłużnika niweczając gwarancję daną wierzycielowi. M. David – J. Van Oven, *Studia Gaiana* t. III, 2 mit philologischen Kommentar herausgegeben von M. David und H. Nelson, Leiden 1960, odnoszą słowa, quo *casu lucrativa usucapio competit* do przypadku *nondum soluta pecunia* a nie do *neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret*. Moim zdaniem, *lucrativa usucapio* należy odnieść do przypadku *soluta pecunia*, gdy rzecz znajduje się u dłużnika właśnie tytułem *precarium* bądź najmu. Taka interpretacja zgodna jest również z G.2,56 bo Gaius wyraźnie podkreśla, że o lukratywności zasiedzenia decyduje fakt, że można dokonać zasiedzenia będąc w złej wierze.

¹⁶ Tak A. Steinwenter, RE s.v. *precarium* t. XXII, 2 szp. 1816; J. S o n d e l, op. cit. s. 126 nota 2. Ponadto o *precarium* w połączeniu z fiducją mowa jeszcze w D.44,7,16; D.13,7,22,3; C.8,27,2.

sytuacja byłaby sprzeczna z zasadą *precarium rei suae consistere non posse*¹⁷. Jest ona przekazana przez cały szereg źródeł i nawet jeśli nie była powszechnie akceptowana, była dyskutowana już w okresie klasycznym. Wydaje się, że prawo justyniańskie przyjęło tę regułę, o czym może świadczyć umieszczenie jej w tytule „*De diversis regulis iuris antiqui*”¹⁸. Odnosi się ona do *precarium* jako kontraktu nienazwanego, do której to grupy zostało ono zaliczone w okresie justyniańskim. Natomiast możemy przyjąć, że w prawie klasycznym był dopuszczalny wyjątek od tej reguły¹⁹. Za dopuszczalnością *precarium* na własnej rzeczy opowiada się Ulpian:

D.43,26,6,4: Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum; Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat. Questio 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 precarium²⁰.

Jurysta ten stawia kwestię w sposób problemowy, punktem wyjścia jest rozstrzygnięcie, czy *interdictum de precario* będzie miało zastosowanie w sytuacji, gdy ktoś rzecz własną zastawił i poprosił o jej prekarijną koncesję. Problem leży w tym, czy może powstać *precarium* na rzeczy własnej. Ulpian na zasadzie wyjątku od reguły ogólnej opowiada się za dopuszczeniem *precarium* na rzeczy własnej w przypadku rzeczy oddanej w zastaw. Uzasadnieniem tego rozwiązania jest jego praktyczna użyteczność. Jurysta podkreśla, że z punktu widzenia prawa nie można postawić zarzutu, ponieważ *possessionis rogetur, non proprietatis*. A ponadto podkreśla, że praktyka oddawania przedmiotu zastawu w *precarium* jest zjawiskiem nagminnym, *cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt*. Ulpian świadom powszechności i użyteczności tego rozwiązania dodaje *et debet consistere precarium*²¹.

Dopuszczalność wzięcia w *precarium* lub wynajęcia²² własnej rzeczy oddanej w zastaw potwierdza Florentinus (III w.n.e.).

¹⁷ Zasada ta jest dobrze udokumentowana w źródłach; D.43,26,4,3; D.41,2,40,3; D.43,19,1,11; D.50,17,45 pr; D.16,3,15. J. Słonina, *Comodatum rei suae*, „Prawo Kanoniczne” 4 (1981) s. 257 i n. tam cyt. lit. odnośnie nieważności kontraktów na rzeczy własnej.

¹⁸ D.50,17.

¹⁹ J. Söndel, op. cit. s. 44 i n.; M. Kaser, *Zur Geschichte*, s. 140.

²⁰ Dyskusję wokół autentyczności tego tekstu zob. J. Söndel, op. cit. s. 45 i n. Niezasadność interpolacji „*pignus*” wykazał S. Tondo, *Pignus e Precarium*, *Labeo* 5 (1959) s. 174. Por. także M. Kaser, *Zur Geschichte*, s. 140 i n.

²¹ Inne teksty mówiące o *precarium rei suae* to: Iul.D.44,7,16; Ulp.D.13,7,22,3; Cels.D.43,26,11; ale jak świadczą inskrypcje teksty te pierwotnie odnosiły się do fiducji, gdzie prekarzysta jako fiducjant był właścicielem. Zob. M. Kaser, *Zur Geschichte*, s. 141.

²² Isid.5,25,17: *Precarium est, dum prece creditor rogatus permittit debitorem fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere*. Por. S. Tondo, *Pignus*, s. 162.

D.13,7,35,1: Florentinus libro octavo institutionum; Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

W myśl opinii wyrażonej w przytoczonym tekście wierzyciel zastawny uzyskuje jedynie posiadanie, przy czym zastawca może niekiedy używać rzeczy będącej jego własnością, mianowicie wówczas gdy ją wynajmie lub weźmie w *precarium*. Można jeszcze na poparcie dopuszczalności *precarium* na rzeczy oddanej w zastaw przytoczyć opinie Macera (początek III w.n.e.)

D.2,8,15,2: Macer libro primo de appellationibus; Creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam.

Macer stwierdza, że wierzyciel zastawny nie jest posiadaczem chociaż *possessionem habeat*, niezależnie od tego, czy rzecz została mu wydana, czy na podstawie precaryjnej koncesji znajduje się u dłużnika. Można tu pominąć zagadnienie charakteru władztwa zastawnika nad rzeczą. Dla naszych rozważań istotne jest, że pozostaje ono niezmienione niezależnie od tego, czy rzecz została precaryjnie udostępniona dłużnikowi czy nie. Takie rozwiązanie w sposób oczywisty sprzyja oddawaniu zastawionych rzeczy w precaryjne używanie, gdyż zachowując wszystkie uprawnienia wierzyciela zastawnego, przerzuca obowiązek przechowania i troski o rzecz na samego dłużnika. Z omawianego tekstu nie wynika, czy dający zastaw był właścicielem rzeczy, czy też posiadaczem będącym na drodze do zasiedzenia. Do tej ostatniej sytuacji odnosi się kilka zachowanych w Digestach tekstów łączących *precarium* z *pignus*.

D.13,7,29: Iulianus libro quadragensimo quarto digestorum; Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, dainde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precari rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur.

Julian przedstawia sytuację faktyczną, w której zastawca kupił w dobrej wierze cudzą rzecz, a zatem znajdował się na drodze do zasiedzenia. Tę rzecz następnie wydał wierzycielowi tytułem zastawu i poprosił o jej precaryjne udostępnienie. Właściciel kwiryntarny rzeczy ustanowił dziedzicem wierzyciela zastawnego i ten nabył własność rzeczy zastawionej. Jurysta stwierdza, że w tej sytuacji wygasa *pignus* a trwa jedynie *precarium*, stąd wniosek, że posiadanie zastawnika zostaje przerwane. O precaryjnej koncesji rzeczy oddanej w zastaw w podobnej sytuacji mowa w:

D.41,2,36: Iulianus libro tertio decimo digestorum; Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere, sed et si eundem precario rogaverit, aequè per diutinam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur capionem, longe minus precarii rogatio impedito esse non debet, cum plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet.

Podstawowym zagadnieniem dla jurysty jest zasiedzenie dokonywane przez zastawcę; stwierdza, że jest ono niezależne od tego czy rzecz znajduje się u zastawnika czy u zastawcy na podstawie precaryjnej koncesji. Podkreśla

jedynie, że ten który ma rzecz prekaryjnie jest bliższy prawnej sytuacji posiadacza niż ten który w ogóle nie ma rzeczy²³.

Należy zatem przyjąć, że prekaryjne korzystanie z rzeczy zastawionej w okresie klasycznym było dopuszczalne i w praktyce często stosowane. Ta sytuacja stanowiła wyjątek od zasady *precarium rei suae consistere non posse*. Nie uzasadnione jest twierdzenie, że wydając rzecz zastawnik pozbywał się najsilniejszego środka nacisku na dłużnika²⁴. Do jego dyspozycji pozostawał interdikt, który był skutecznym i wystarczającym środkiem ochrony uprawnienia wierzyciela. Natomiast oddając rzecz do używania dłużnikowi pozbywał się kłopotu z utrzymaniem, przechowaniem i ewentualnymi nakładami na rzecz zastawioną, ponadto jeśli chodzi o grunt i rzeczy niezbędne do prowadzenia gospodarstwa zwiększał szansę wypłacalności swojego dłużnika i szybszy zwrot długu.

Kolejną grupę tworzą źródła łączące *locatio conductio* z koncesją prekaryjną. We wcześniej analizowanych źródłach przy *pignus* i fiducji występowało *locatio conductio* jako alternatywny sposób, obok *precarium*, udostępnienia rzeczy dłużnikowi²⁵ w zależności od tego, czy zezwalający chciał oddać rzecz dłużnikowi bez- lub odpłatnie. W niektórych źródłach *precarium* i *loc. cond.* występują jako stosunki równoczesne.

D.41,2,10pr.: Ulpianus lib. sexagensimo nono ad edictum. Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione: quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur. Potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est: et hoc Pomponius ait. 1. Idem Pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret, sed in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit. 2. Si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem nummouno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno nummo: si vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est²⁶.

W *principium* rozważa jurysta czasowe następstwo *precarium* i *loc. cond.* Jeżeli *precario rogatio* było złożone po zawarciu kontraktu najmu, najem

²³ Por. Tondo, *Pignus*, s. 158 i n.; J. Sondel, *Precarium*, s. 131 i n.

²⁴ Tak E. Albertario, *La involuzione del possesso del precarista del creditore pigneratizio e del sequestrario nel dritto postclassico giustiniano*, [w:] Studi di diritto romano t. II, Milano 1941, s. 34; V. Silva, *Precario con possesso e precario con detenzione*, SDHI 6 (1940), s. 255; G. Branca, *Missiones in possessionem e possesso*, [w:] Studi in onore di Siro Solazzi, Napoli 1948, s. 502.

²⁵ Do fiducji odnoszą się: G.2,60; Ulp.D.13,7,22,3; o samym *prec.* mowa w: Iul.D.44,7,16 (łącznie z D.43,26,18; D.41,2,36); o *loc. cond.* w Paul.D.13,7,37. O *precarium* albo *loc. cond.* rzeczy zastawionej mowa w: Flor.D.13,7,35,1; Iul.D.41,3,33,6; o samym *precarium* Mac.D.2,8,15,2; Iul.D.13,7,29; Ulp.D.24,1,32,5; 43,26,6,4; o samym najmie Marci.D.41,2,37.

²⁶ Autentyczność tego fragmentu jest sporna. Por. P. Zamorani, op. cit. s. 135. Oddaje on jednak myśl klasycznego jurysty, tak M. Kaser, *Zur Geschichte*, s. 105 tam dalsza lit. dotycząca omawianego źródła.

ulega rozwiązaniu i strony łączy jedynie *precarium*. Jeśli najem został zawarty po *precario rogatio* rozwiązaniu ulega *precarium* i strony łączy umowa najmu. Stąd reguła ogólna, że wiążący jest ten stosunek prawny, który został dokonany później. W paragrafie pierwszym według cytowanej przez Ulpiana opinii Pomponiusa *precarium* i *loc. cond.* mogą powstać równocześnie obok siebie. Ma to miejsce, gdy najemca poprosił o *precarium non ut posideret, sed in possessione esset*²⁷. W tym wypadku należy przyjąć, że to ostatnie wyrażenie oznacza detencję. *Precarium* w tej kombinacji z *loc. cond.* ulega znacznym modyfikacjom. Przede wszystkim *locator* nie może odwołać *precarium* przed upływem terminu najmu. Ulpian i Pomponius odmawiają *conductorowi*, który otrzymał rzecz prekaryjnie ochrony interdyktalnej, uznając ją za nie do pogodzenia z naturą *loc. cond.*²⁸. Pozycja najemcy uległaby znacznemu wzmocnieniu gdyby otrzymał on tę ochronę, a tego starano się uniknąć, ze względu na niską na ogół społeczną pozycję najemców²⁹. Z tego widać, że taka kombinacja *precarium* z *loc. cond.* nie przynosi żadnej korzyści najemcy. Za to wzmocnieniu ulega pozycja *locatora*. Może on zapewnić sobie zwrot rzeczy w drodze interdyktu *de precario*. Będzie to często korzystniejsze niż wniesienie *actio locati*, ponieważ nie trzeba udowadniać okoliczności zawarcia kontraktu najmu. W szczególności, gdy najemca występuje z powództwem przeciwnym mógł *locator* odzyskać rzecz przy pomocy interdyktu. Dalej, może *locator* w ten sposób zapewnić sobie zwrot rzeczy w przypadku przegrania sporu na podstawie *actio locati*, lub gdy się okaże, że umowa z jakichś względów jest nieważna. Interdykt jest o wiele łatwiejszy i skuteczniejszy w stosowaniu niż *rei vindicatio* z jej „trudnym dowodem”.

We wspomnianych sytuacjach nie można stosować *conditio* ze względu na brakującą *datio*³⁰. Nie może być mowy też o *conditio ex causa furtiva*, jeśli, w przypadku uczciwości najemcy, nie można mu zarzucić kradzieży. Zatem dołączając *precarium*, *locator* w każdej sytuacji mógł zapewnić sobie zwrot rzeczy. Ponadto przesłanki istnienia *precarium* można o wiele łatwiej udowodnić, niż przesłanki *loc. cond.* Interdykt *de precario*³¹ daje również możliwość dochodzenia szkody w przypadku, gdy najemca *dolo malo desinere habere*. Jako interdykt restytucyjny umożliwiał on odzyskanie rzeczy w naturze. Fakt, że juryści musieli zajmować się zagadnieniem kombinacji *loc. cond.* z *precarium* świadczy, że nie była ona zjawiskiem marginalnym. W drugim paragrafie rozstrzyga jurysta sytuacje, gdy doszło do równoczesnego zawarcia *precarium* i *loc. cond.*, przy czym to ostatnie

²⁷ Najbardziej krytykowane zdanie w tym tekście, por. M. Kaser, *Zur Geschichte*, s. 105 nota 39. Najprawdopodobniej oznacza ono honorarrechtlichen Detetion, M. Kaser, *RPR.1*, s. 389.

²⁸ M. Kaser, *Zur Geschichte*, s. 106.

²⁹ Tamże, s. 106.

³⁰ M. Kaser, *RPR.1*, s. 594 i n.

³¹ Formuła interdyktu *de precario* brzmi: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id ille restitutas*. O. Lenel, *EP* s. 486. O naturze interdyktu por. J. Sondel, op. cit. s. 88 i n.

zostało zawarte *nummo uno*. Skuteczne jest jedynie zawarcie *precarium*, gdyż *loc. cond. nummo uno* jest formą ukrycia darowizny³².

Kombinacja *precarium z loc. cond.* wywarła ogromny wpływ na poklasyyczny rozwój *precarium*. W tym okresie zbliżyło się ono do kontraktu najmu, stało się odpłatne i udzielane na określony czas³³. Zrezygnowano z możliwości jego każdoczesnej odwołalności, tak charakterystycznej dla *precarium* klasycznego. Taki kierunek ewolucji *precarium* może świadczyć o występującej w praktyce częstotliwości łączenia *precarium z loc. cond.*, przybierającej na sile w okresie późnoklasycznym.

Następną grupę źródeł odnoszących się do stosowania *precarium* są te, które mówią o prekaryjnej koncesji rzeczy sprzedanej. Najczęściej taka koncesja miała miejsce przed uiszczeniem pełnej ceny, a także w razie dołączenia do umowy zastrzeżenia *in diem addictio* bądź *legis commissoriae*. *In diem addictio* dotyczy opinia Ulpiana:

D.43,24,11,12: Ulp. lib. septuagensimo primo ad edicum. Ego, si post diem addictionem factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere, si vere aut nondum traditio facta est aut facta est precari rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat: »ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit«, nec multum facit, quod res emptoris periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere, si tamen precario sit in possessione, videamus, ne, quia interest ipsius, qualiter, qualiter possidet, iam interdicto uti possit. ergo et si conduxit, multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit. plane si postea, quam melior conductio allata est, aliquid operis vi aut clam factum sit, nec Iulianus dubitaret interdictum venditori competere: nam inter Cassium et Iulianum de illo, quod medio tempore accidit, questio est, non eo opere, quod postea contigit.³⁴

W źródle tym jurysta zajmuje się zagadnieniem czynnej legitymacji do wniesienia *interdictum quod vi aut clam* w odniesieniu do gruntu, który został sprzedany z zastrzeżeniem lepszej oferty. Ze wspomnianego interdyktu będzie mógł skorzystać kupujący o ile grunt uzyskał w *precarium* lub wynajął, ponieważ wtedy *qualiter qualiter possidet* i ma interes w utrzymaniu gruntu w stanie nienaruszonym. Jeśli jednak nie wydano jeszcze gruntu, chociaż nastąpiło precarii *rogatio* z ochrony interdyktalnej będzie korzystał sprzedający. Ulpian podkreśla, że rozkład ryzyka przypadkowej utraty rzeczy (*periculum*) nie ma żadnego znaczenia przy legitymacji do wniesienia interdyktu *quod vi aut clam*. Dla naszych rozważań istotne znaczenie ma fakt, że *precarium* było wykorzystywane w celu udostępnienia rzeczy

³² Ponadto o kombinacji *precarium z locatio conductio* mowa jeszcze w: D.41,3,33,6; D.19,2,4; D.43,24,11,12, por. M. K a s e r, *Zur Geschichte*, s. 107 tam też lit. krytyczna; J. S o n d e l, op. cit. s. 146 i n.

³³ O poklasyycznym rozwoju *precarium* zob. J. S o n d e l, op. cit. s. 118 i n., o odpłatności i zbliżeniu *precarium* do najmu tamże, s. 119.

³⁴ Tekst obciążony zmianami interpolacyjnymi, jednakże nie mają one znaczenia dla naszych rozważań, J. S o n d e l, op. cit. s. 139 i n.

kupującemu, w sytuacji gdy do umowy dołączono zastrzeżenie *in diem addictio*. Konsekwencją tego będzie uzyskanie przez kupującego ochrony interdyktalnej wobec osób trzecich. Z drugiej strony sprzedawca ma do dyspozycji interdykt *de precario*, którym może ponownie rzecz odzyskać. Obie strony więc mogą wykonać swoje obowiązki płynące z umowy przy pełnym zabezpieczeniu swoich interesów.

O *precarium* w sytuacji gdy do *emptio venditio* dołączono *pactum legis commissoriae* traktuje Ulpian:

D.43,26,20: Ulp. lib. secundo responsorum. Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emptorem stetit, quo minus persolveretur, venditorem posse consequi.

Jurysta rozpatruje sytuację, gdy do umowy kupna sprzedaży dołączono zastrzeżenie, że rzecz pozostanie u kupującego z tytułu *precarium*, dopóki pełna cena nie zostanie zapłacona. Z przytoczonego tekstu można wnioskować, że z chwilą zapłaty pełnej ceny³⁵ następuje zgaśnięcie *precarium*. Z drugiej zaś strony sprzedający nie może skorzystać ze swojego prawa do odwołania *precarium* do momentu, gdy dłużnik nie popadnie w zwłokę. Tak ukształtowana umowa jest korzystna dla obu stron. Kupujący może korzystać z rzeczy, nie obciąża go ryzyko przypadkowej utraty rzeczy, gdy ta znajduje się u sprzedającego. Korzysta z ochrony posesoryjnej. Sprzedawca wypełnia w ten sposób swój obowiązek wydania rzeczy kupującemu, przynosząc równocześnie na niego wszelkie obowiązki związane z daną rzeczą. Przy tym ma do dyspozycji interdykt, którym może, w sytuacji gdy dłużnik nie wywiąże się ze swoich obowiązków, zapewnić sobie zwrot rzeczy, unikając zdecydowanie trudniejszego dowodu związanego z wniesieniem *actio venditi*. Na poparcie przedstawionych wniosków można jeszcze przytoczyć konstytucje cesarza Alexandra z lat 222–235:

C.4,54,3: Idem (Imp. Alexander) A. Felici militi. Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi relinquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito³⁶.

Jeśli więc sprzedano grunt z zastrzeżeniem rozwiązania umowy, gdy do określonego terminu kupujący nie zapłaci ceny, sprzedawcy nie będzie przysługiwała *rei vindicatio*, lecz jedynie powództwo ze sprzedaży, chyba że grunt został oddany w *precarium*. Decyzję cesarza należy rozumieć w ten sposób, że sprzedawca nie będzie mógł posłużyć się *rei vindicatio*, lecz musi skorzystać z *actio venditi*, o ile nie przeniósł na nabywcę precaryjnego posiadania, gdyż w tym przypadku będzie mu przysługiwał również interdykt³⁷. Stwierdzenie, że sprzedający nie może wnieść *rei vindicatio* wynika

³⁵ Własność rzeczy mogła przejść na nabywcę z chwilą spełnienia się warunku. M. Kaser, *RPR.I*, s. 561.

³⁶ Tekst uznawany na ogół za autentyczny. J. Sondel op. cit. s. 143; M. Kaser, *Zur Geschichte* s. 112 tam lit. podważająca autentyczność źródła w nocie 55.

³⁷ Tak J. Sondel, op. cit. s. 143.

z zasady, że nie istnieje *ius paenitendi*. Sprzedawca nie może żądać zwrotu rzeczy wydanej jeśli kupujący nie wywiąże się z obowiązku zapłaty ceny³⁸.

Moim zdaniem rozstrzygnięcie cesarskie dopuszcza możliwość wniesienia *rei vindicatio*, w sytuacji gdy rzecz sprzedana została oddana w *precarium*. Założenie, że domyślnie chodziło o interdykt *de precario* jest niesłuszne z tego względu, że kwestią sporną było właśnie prawo do wniesienia *rei vindicatio*, gdy kupujący popadł w zwłokę. Takie rozwiązanie znane było w prawie greckim³⁹. Sprzedający, który oddał w *precarium* rzecz sprzedaną do czasu zapłacenia pełnej ceny, ma do dyspozycji *actio venditi, rei vindicatio* oraz *interdictum de precario*. Daje mu to wszechstronną możliwość ochrony jego uprawnień w danej sytuacji faktycznej. Warto jeszcze przytoczyć fragment z komentarza Ulpiana do edyktu:

D.19,1,13,21: Ulp. lib. trigesimo secundo ad edictum. Possessionem autem treditam accipere debemus et si precaria sit possessio: hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipendi.

Wypowiedź ta pierwotnie odnosiła się do sprzedaży⁴⁰. Jurysta stwierdza, że za wręczenie przez sprzedawcę posiadanie należy uważać również posiadanie tytułem *precarium*⁴¹. Z powyższych uwag wynika, że *precarium* stosowano w celu elastycznego dostosowania umowy kupna sprzedaży do towarzyszących jej okoliczności. Dokonywano tego w interesie obu stron. Kupujący miał możliwość korzystania z rzeczy jeszcze przed uiszczeniem ceny. Sprzedawca mógł żądać zwrotu rzeczy, gdy kupujący nie wywiązywał się należycie ze swoich obowiązków. Zabezpieczał się w ten sposób przed niewypłacalnością kupującego. Kupujący zyskiwał ochronę posesoryjną, ale nie mógł rzeczy zasiedzieć ani powoływać się na tytuł *pro emptore*.

* * *

Z rozpatrywanych tekstów podsumowując można wyciągnąć następujące wnioski. *Precarium* ukształtowane jako instytucja nieodpłatna, mogła być wykorzystywana do celów alimentacyjnych, ale w okresie klasycznym ta jego funkcja zeszła na dalszy plan. Analizowane teksty pokazują, że podstawowym zadaniem *precarium* w rozpatrywanym okresie było uelastycznienie stosunków prawnych, z którymi łączono *precarium*. Miało to miejsce w obrębie tych kontraktów, których efektem było przeniesienie prawa własności. Prekarzysta często miał ekspektatywę nabycia własności rzeczy, o której *precarium* prosił⁴². Dołączenie do *pignus* czy sprzedaży prekaryjnej koncesji przynosiło nie tylko korzyści prekarzyście, który mógł korzystać z rzeczy, ale również koncedentowi, który nie był zainteresowany w trzymaniu rzeczy u siebie, a równocześnie miał interes prawny w tym aby jego prawo do rzeczy pozostawało zabezpieczone w sposób skuteczniejszy niż

³⁸ F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 532.

³⁹ Tamże s. 532.

⁴⁰ Zob. rekonstrukcja 32 ks. *ad edictum* O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* t. II, s. 634.

⁴¹ Ulpian D.19,1,13,21; Paulus D.39,2,38pr.

⁴² F. Schulz, *CRL* s. 430.

by to wynikało z normalnych środków ochrony procesowej stojących do jego dyspozycji. O częstoci łączenia *precarium* z innymi kontraktami może świadczyć poklasyczny rozwój *precarium*. W tym okresie *precarium* stało się odpłatnym i zawierany na określony czas kontraktem klasyfikowanym jako nienazwany i chronionym *actio prescriptis verbis*, zbliżając się tym samym do *loc. cond.* W ten sposób zatraciło swoją pierwotną cechę bezpłatności. Jest bardzo prawdopodobne, że odpłatność pozostawała pewną opcją; strony mogły uzgodnić odpłatne bądź nieodpłatne *precarium*. Kodyfikatorzy justyniańscy podjęli próbę przywrócenia *precarium* w jego klasycznej postaci. Zebrane w tytule „*De precario*” i inne rozproszone w Digestach fragmenty odnoszące się do *precarium* świadczą o braku jednolitej koncepcji tej instytucji. Znajdujemy bowiem fragmenty pochodzące z różnych okresów, często sprzeczne ze sobą. Za tym brakiem jednolitej struktury stoi brak określonej funkcji jaką w okresie justyniańskim mogłoby spełniać *precarium*.

Funzione e applicazione del precario nel diritto romano classico

In sintesi si possono desumere, dall'analisi dei testi presentati, le seguenti deduzioni: il precario, che nacque come rapporto gratuito, poteva essere usato anche per fini alimentari, ma nel periodo classico questa sua funzione non era primaria.

L'analisi dei testi rileva che la funzione base del precario, nel periodo menzionato, era di dare una elasticità ai negozi con i quali esso veniva collegato.

Questo fenomeno si verificava spesso nell'ambito dei contratti che tendevano al trasferimento della proprietà.

Il precarista aveva molte volte una aspettativa all'acquisizione della proprietà della cosa che aveva chiesto in precario.

Collegando il pignus o la vendita alla concessione precaria non si facevano soltanto gli interessi del precarista, il quale poteva sfruttare la cosa prima del perfezionamento del contratto, ma anche quelli del concedente che non aveva nessun interesse a tenere la cosa presso di sé, mentre aveva bisogno di assicurare il suo diritto oltre le normali azioni derivanti dal contratto stipulato.

La prova che spesso si ricorreva alla pratica di collegamento del precario con gli altri contratti, si desume dal corso dello sviluppo post-classico dell'istituto in questione. In quest'ultimo periodo il precario era divenuto un contratto stipulato per un tempo prestabilito ed a pagamento; esso è stato classificato come *contractus innominatus* e tutelato con l'*actio prescriptis verbis*, dunque avendo assunto queste nuove caratteristiche, in particolare l'onerosità, è diventato affine alla *locatio conductio*.

I compilatori tentarono di restituire al precario la sua struttura classica, ma dai testi collocati nel titolo „*De precario*” e da altri, disseminati nelle diverse parti del Digesto (che fanno riferimento all'istituto in questione), traspare la mancanza di una concezione unitaria dell'istituto.

L'assenza di una struttura unica ha comportato che, nel periodo giustiniano, il precario non ha svolto una funzione ben definita.