

AGNIESZKA STĘPKOWSKA

Uniwersytet Warszawski

USTANOWIENIE A UKONSTYTUOWANIE SIĘ POSAGU W RZYMSKIM PRAWIE KLASYCZNYM

I. WSTĘP

Dos to przysporzenie dokonywane *matrimonii causa* na rzecz męża, lub – jeśli ten był osobą *alieni iuris* – na rzecz jego zwierzchnika rodzinnego, jako pomoc w ponoszeniu ciężarów finansowych małżeństwa (*onera matrimonii*), które spoczywają na mężu¹. Na gruncie pra-

¹ Pisze o tym m.in. Tryfonin stwierdzając, że kobieta nie może przyrzec posagu *mortis causa*, gdyż ten musi służyć ponoszeniu ciężarów małżeństwa – D. 23,3,76 (Tryph. 9 disput.): *Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio ... non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia nisi matrimonii oneribus seruiat, dos nulla est*. Podobne stwierdzenie można znaleźć u Papiniana, w tekście pochodzącym z 19 księgi responsów D. 49,17,16 pr. (Pap. 19 respon.): *... dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur*. Por. także A. ARJAVA, *Women and Roman Law in Late Antiquity*, [doktorat:] Helsinki 1994, Oxford 1998, s. 74. Jednak teksty literackie zdają się wskazywać, że określenie *onera matrimonii* oznaczało nie tyle wkład do wspólnego gospodarstwa domowego, co raczej wkład służący pokrywaniu wydatków kobiety, szczególnie zaś zapewnieniu jej, właściwego dla jej pozycji społecznej, standardu życia (por. R. P. SALLER, *Roman Dowry and the Devolution of Property in the Principate*, «Classical Quarterly» 34.1 (1984), s. 199-200). Również Tacyt w swej Germanii odnosząc obyczaje posagowe Germanów do tych, które panowały w Rzymie wspomina, że w posagu dawane są u Rzymian *deliciae muliebres* (Tac., *Germ.* 18: *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus*

wa rzymskiego własność posagu przypadła mężowi², co – jak podkreśla się w doktrynie – najwyraźniej manifestowało się w postaci przysługującego mu tzw. *ius vindicandi*³, skutecznego również względem żony⁴. Inne prerogatywy właścicielskie męża z biegiem czasu podlegały ograniczeniom, wynikającym z ochrony kobiety. Choć formalnie jej tytułem do posagu było, wprowadzone przez pretora w okresie późnej republiki, obligacyjne powództwo o zwrot posagu na wypadek rozwiązania małżeństwa⁵, była ona jednak postrzegana jako osoba szczególnie uprawniona do tego majątku.

Dlatego też uważano, że posag, choć był własnością męża, pośrednio powinien jednak przynosić korzyść kobiecie. W odbiorze społecznym mogła ona oczekiwać od męża utrzymywania jej na po-

offert. Intersunt parentes et propinqui ac munera probant, munera non ad delicias muliebres quaesita nec quibus nova nupta comatur, sed boves et frenatum equum et scutum cum framea gladioque). Owa *causa matrimonii* sprawiała, że traktowano posag m.in. jako element pozwalający odróżnić małżeństwo od konkubinatu – D. 23,3,3 (Ulp. 63 *ad ed.*): *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*. Potwierdzają to również teksty literackie. Por. np. Plaut., *trin.* 688-691. Por. także P. E. CORBETT, *The The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930, drugi przedruk Aalen 1979, s. 152.

² Por. np. D. 23,3,7,3 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur ...*; D. 23,3,9. Cic., *top.* 23 stwierdza, że posag stanowi majątek kobiety, którego mąż nabywa własność poprzez jej *conventio in manu*.

³ Por. A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, Köln-Wien 1969, s. 13-14. Podkreślić jednak należy, że mężowi przysługiwało nie tylko *rei vindicatio*, lecz również wszystkie inne skargi, które mogą przysługiwać właścicielowi, tj. *actio Publiciana* (D. 6,2,3,1; I. 4,6,4) *actio furti* i *actio legis Aquiliae* (D. 47,2,49,1; D. 24,3,18,1; C. 5,12,11). Por. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I: *Diritto di famiglia*, poprawiony przedruk wyd. 1, Milano 1963, s. 446.

⁴ D. 25,2,24; C. 5,12,11.

⁵ Por. W. W. BUCKLAND, *The Main Institution of Roman Private Law*, Cambridge 1931, s. 61; A. SÖLLNER, *op. cit.*, s. 137; P. CSILLAG, *The Augustan Laws on Family Relation*, Budapest 1976, s. 138.

ziomie adekwatnym do wartości wniesionego posagu⁶, uważano bowiem, że dochody z niego powinny być przeznaczone na potrzeby kobiety⁷. Jeśli posag był znaczny, kobieta była też obdarzana przez męża znacznie większą swobodą⁸. Zważywszy, że w okresie wczesnej republiki na mężu i jego spadkobiercach ciążył zaczyna obowiązek zwrotu posagu po ustaniu małżeństwa, który to obowiązek początkowo nie istniał⁹, posag staje się również czynnikiem chroniącym kobietę przed nieuzasadnionym rozwodem¹⁰ i jednocześnie zaczyna pełnić funkcję zabezpieczenia utrzymania dla kobiety na wypadek rozwiązania małżeństwa.

Zapewne z tych powodów skrupulatnie dbano o uposażanie kobiet, choć przez długi czas nie było to sankcjonowanym prawnie obowiązkiem¹¹. W skrajnych wypadkach mogło dochodzić do sytu-

⁶ Por. J. F. GARDNER, *Women in Roman Law & Society*, London-Sydney 1986, s. 69 (Autorka powołuje tu na poparcie teksty: Plaut., *aul.* 499 i n; *men.* 120-122; Plin., *ep.* 6.32); S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991, s. 331; por. również J-U. KRAUSE, *Witwen und Waisen im Römischen Reich, II: Wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung von Witwen*, Stuttgart 1994, s. 48.

⁷ Tezy tej szczególnie obszernie dowodzi S. TREGGIARI, *op. cit.*, s. 332-338. Chodzi tu jednak o obowiązek społeczny, analogiczny do obowiązku ustanowienia posagu, nie zaś prawny. Por. P. KOSCHAKER, *Unterhalt der Frau und Früchte der dos*, [w:] *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano 1930, s. 1-27 oraz H. J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Recht*, «ZSS» 53 (1933), s. 341; F. SCHULZ, *Principles of Roman Law*², tłum. M. WOLFF, Oxford 1936, s. 148 przyp. 3. Przyczyny, dla których w prawie klasycznym nie istniał po stronie męża prawny obowiązek utrzymania żony, przedstawia J. F. GARDNER, *The Recovery of Dowry in Roman Law*, «Classical Quarterly» 35.2 (1985), s. 453.

⁸ Por. S. TREGGIARI, *op. cit.*, s. 330 oraz źródła literackie tam powołane.

⁹ Gell. 4,3,1-2.

¹⁰ A. SÖLLNER, *op. cit.*, s. 114; M. KASER, *Das römische Privatrecht, I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München 1971, s. 332-333. Podobnie za czasów Justyniana, por. M. KASER, *Das römische Privatrecht, II: Die nachklassischen Entwicklungen*², München 1975, s. 188 i 190.

¹¹ Píše o tym m.in. Plaut., *trin.* 605, gdzie wieść o zamążpójściu nieposażonej kobiety jest przyjmowana z niedowierzaniem. Por. również A. SÖLLNER, *op. cit.*,

acji, gdy po ustanowieniu posagu dla kilku córek rodzina traciła cały majątek¹², jednak brak posagu mógł stać się nawet przyczyną staropanieństwa¹³. Pierwsze regulacje stwierdzające prawny obowiązek uposażenia kobiety, jak wynika z fragmentu *Institucji* Marcjana¹⁴ oraz późniejszej konstytucji Dioklecjana i Maximiana z roku 293¹⁵, pojawiają się w konstytucji cesarzy Sewera i Antonina. Jednak ostatecznie obowiązek ten wprowadził dopiero Justynian¹⁶, udzielając kobiecie również stosownej skargi względem ojca¹⁷, wyjątkowo zaś także względem matki¹⁸.

Zważywszy na te okoliczności nie dziwi fakt, że dla jurystów rzymskich kluczowe znaczenie miała odpowiedź na pytanie o to, kiedy kobietę można uznać za uposażoną. Pytanie to nabiera szczególnej wymowy, jeśli wziąć pod uwagę fakt, że dotyczące okresu klasycznego źródła prawnicze wskazują, że samo ustanowienie posagu (*institutio dotis*) nie musiało jeszcze prowadzić do tego, by posag faktycznie zaistniał (ukonstytuował się). Komplikacja ta wiązała się w dużej mierze z granicznym usytuowaniem tej instytucji

s. 4. O wypływającym z *pietas* moralnym obowiązku ustanowienia posagu dla córki, który to obowiązek ciąży na ojcu, wspomina F. SCHULZ, *Principles*, cit., s. 201; A. ARJAVA, *op. cit.*, s. 74.

¹² Por. J-U. KRAUSE, *op. cit.*, s. 50 oraz literatura tam podana. Były to jednak przypadki skrajne, bowiem w literaturze wskazuje się, że w okresie pryncypatu ustanawiane posagi były niezbyt duże. Na ten temat por. R. P. SALLER, *Roman Dowry*, cit., s. 205.

¹³ Por. R. P. SALLER, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge 1994, s. 204.

¹⁴ D. 23,2,19.

¹⁵ C. 5,12,14

¹⁶ C. 5,12,31 pr.-2; C. 5,13,1,13b. Funkcja ta była jednak dość oczywista już znacznie wcześniej. Por. A. ARJAVA, *op. cit.*, s. 53, 74 oraz w starszej literaturze C. ARNÒ, *Il nuovo regime dotale serviano*, [w:] *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano 1930, s. 92, który przypisuje ustanowienie nakazu uposażania Augustowi.

¹⁷ C. 5,11,7,2 (531); Nov. 97,5 (539)

¹⁸ C. 5,12,14; C. 1,5,19,3. Zgodnie z tą drugą konstytucją rodzice nie prawni mają obowiązek wyposażenia córki prawowiernej.

w ogólnym „krajobrazie” prawa rzymskiego. Choć posag pozostawał zasadniczo w domenie prawa majątkowego (*res*), jednak na jego sytuację prawną istotny wpływ miało prawo rodzinne, a konkretniej – prawo małżeńskie (*personae*). Ta okoliczność nie tylko rodziła problemy z systematycznym jej ujęciem przez rzymskich jurystów¹⁹, lecz również powodowała, że niekiedy długa droga dzieliła moment ustanowienia i faktycznego ukonstytuowania się posagu. W niniejszym opracowaniu podjęta zostanie próba przeanalizowania procesu prowadzącego od ustanowienia posagu do faktycznego uposażenia kobiety.

Jak się wydaje, w procesie tym wyróżnić można trzy elementy. W dwóch z nich manifestował się wymiar majątkowy tej instytucji, trzeci natomiast uwidaczniał kluczowe znaczenie, jakie dla posagu miało osobowe prawo małżeńskie. Jeden z nich wystarczał dla ustanowienia posagu, jednak wszystkie te trzy elementy musiały wystąpić łącznie, aby posag w pełni się ukonstytuował.

II. USTANOWIENIE POSAGU

Ustanowienie posagu było dla jurystów najprawdopodobniej podstawową kwestią prawną, próby systematycznego odróżniania rodzajów *dos* czynione były bowiem głównie w kontekście *dotis institutio*. Z tego też powodu, dokonując charakterystycznej dla nich *definitio per divisionem*, juryści przyjmowali za kryterium podziału

¹⁹ Instytucja posagu nie została omówiona przez Gaiusa w jego Instytucjach. Niektórzy romanisci (np. R. QUADRATO, *Le istituzioni nell'insegnamento di Gaius. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, s. 34 i n.) wysuwają przypuszczenie, że Gaius był autorem odrębnego dzieła dotyczącego posagu, które jednak nie zachowało się. Jeśli zgodzić się z tymi głosami, byłby to kolejny argument za tym, że posag nie dawał się łatwo zamknąć w ogólnym wykładzie prawa rzymskiego. Niektórzy juryści rozwiązywali ten problem omawiając posag na kanwie *actio rei uxoriae*. Tak chociażby uczynił Sabinus w trzeciej części swego *ius civile*. Por. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, s. 158; H. I. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest. Containing an Account of its Composition and of the Jurists Used or Referred to therein*, Cambridge 1886, s. 143.

albo formę ustanowienia posagu²⁰, albo osobę, która dokonywała tej czynności²¹.

Biorąc pod uwagę osobę ustanawiającą posag wyróżniano dwa jego rodzaje. Przeważnie posag ustanawiał *pater familias* kobiety wychodzącej za mąż tak, że w VI wieku Justynian wprost określił dokonanie tego przysporzenia jako *officium paternum*²². Gdy ustanawiającym posag był ojciec lub zwierzchnik familijny, jak wynika z tekstów Ulpiana, posag określano terminem *dos profecticia*²³. Poza ojcem kobiety wychodzącej za mąż posag mogła ustanowić również ona sama lub nawet osoba trzecia i, jak wynika z tekstów przypisywanych temu samemu juryscie, posag ten określano wówczas terminem *dos adventicia*²⁴.

Przysporzenie, którym był posag, mogło mieć w prawie klasycznym różną postać²⁵. Zasadniczo było to przeniesienie własności rzeczy²⁶, mogło jednak polegać również na ustanowieniu prawa rzeczowego²⁷, cesji wierzytelności, lub zwolnieniu z długu²⁸. Jeśli chodzi o formy takiego przysporzenia, to w okresie prawa klasycznego istniały tu trzy różne możliwości (*Tituli ex corpore Ulpiani* 6: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*). Najprostszą było wydanie rzeczy (*dotis datio*), ponadto jednak posag mógł być przyrzeczony jednostronnie²⁹ (*dotis dictio*)

²⁰ Ulp. 6,1.

²¹ Ulp. 6,3.

²² C. 5,11,7.

²³ D. 23,3,5 pr. (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius*. Por. również D. 23,3,5 pr.-6,1

²⁴ Ulp. 6,3: *Dos aut 'profecticia' dicitur, id est quam pater mulieris dedit; aut 'adventicia', id est ea, quae a quovis alio data est*.

²⁵ Szerzej por. P. E. CORBETT, *op. cit.*, s. 154.

²⁶ Por. W. OSUCHOWSKI, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*², Warszawa 1966, s. 287.

²⁷ Por. np. D. 23,3,7,2; D. 23,3,66; D. 23,3,78

²⁸ D. 23,3,41,2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Accepti quoque latrone dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendae causa*.

²⁹ Ep. Gai 2,9,3-4; A. BERGER, '*Dotis dictio*' w prawie rzymskim, Kraków 1910, s. 41-46 postrzegał *dotis dictio* jako umowę. M. KASER, *Die Wirkungen der 'dotis*

lub mógł stać się przedmiotem zobowiązania zawartego w formie stylulacji (*dotis promissio*). Pojęcie *dotis dictio* nie pojawia się w źródłach umieszczonych w Digestach przy omawianiu poszczególnych stanów faktycznych. Ostateczny zanik tej formy ustanawiania posagu nastąpił wskutek wydania konstytucji Teodozjusza i Valentyniana z 428 roku po Chr., która znosiła jakiegokolwiek wymogi formalne dla ustanowienia posagu³⁰. Sformułowania wskazujące na *dotis dictio* zostały więc zastąpione przez kompilatorów justyniańskich odwołaniami do *dotis promissio*. Jak wynika z tekstów przypisywanych Paulusowi, *dotis dictio* zastrzeżona była dla samej kobiety (ale tylko wtedy gdy była osobą *sui iuris*³¹), jej wstępnego w linii męskiej lub dłużnika, który działał tu na jej polecenie jako wierzyciela³². Natomiast zarówno *dotis datio* jak i *dotis promissio* były dostępne dla każdego i – jak się wydaje

dictio’, «SDHI» 17 (1951), s. 185 twierdził, że *dotis dictio* stanowiło podstawę do wytoczenia odrębnej skargi. H. KUPISZEWSKI, *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, «ZSS» 77 (1967), s. 146 argumentował, że *dotis dictio* było samodzielnym, jednostronnym kontraktem, dla którego w okresie późnej republiki utworzono odrębną skargę. Odmiennego niż Kupiszewski zdania jest A. SÖLLNER, *op. cit.*, s. 20 i n., który łączy *dotis dictio* z *dictum* towarzyszącym *coemptio*.

³⁰ CTh. 3,13,4; EG. 2,9,3; Fr. Vat. 99; C. 5,11,6. Por. A. BERGER, *op. cit.*, s. 11; P. E. CORBETT, *op. cit.*, s. 166.

³¹ Fr. Vat. 99: *Paulus respondit filiam familias ex dotis dictione obligari non potuisse.*

³² PS. 6,2: *Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si ius suus dicat; item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.* Por. również Ep. Gai 2,9,3: *Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedenti interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier sive sponso uxor futura, sive iam marito, dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater eius, et debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam illi debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae nulla interrogatione praecedente possunt dictione dotis legitime obligari. Aliae vero personae, si pro muliere dotem viro promiserint, communi iure obligari debent, id est, ut et interrogata respondeant, et stipulata promittant.* Nieco inne stanowisko prezentuje Gaius w G. 3,95a, gdzie zastrzega, że w drodze *dotis dictio* może zobowiązać się tylko dłużnik działający na polecenie kobiety. Należy jednak zauważyć, że tekst w tym miejscu jest bardzo zniszczony i wyrwany z kontekstu, zatem nie może stanowić podstawy do ostatecznych twierdzeń.

– znacznie powszechniejsze. Wystarczy wskazać, że dokonywana najczęściej w formie stypulacji *dotis promissio* stwarzała duże możliwości kształtowania wzajemnych praw i obowiązków stron, a zobowiązanie zeń wynikające było łatwe do dochodzenia przez *actio ex stipulatu*.

Spośród trzech znanych prawu klasycznemu form ustanowienia posagu jedynie *dotis datio* wywoływała skutki rzeczowe. Oznacza to, że po jej dokonaniu, czyli po ustanowieniu posagu połączonym z faktycznym wydaniem rzeczy stanowiących jego przedmiot, mężczyzna (lub jego *pater familias*) natychmiast stawał się właścicielem tego majątku³³. Teksty źródłowe wskazują, że jako *dotis datio* (tak jak wręczenie przedmiotu posagu) juryści traktowali również umorzenie długu w drodze *acceptilatio*³⁴, co jednak było stosowane tylko między małżonkami³⁵.

Dla dalszego toku wywodu kluczowe znaczenie ma fakt, że – w odróżnieniu od *dotis datio* – *dotis dictio* i *dotis promissio* wywoływały jedynie skutki zobowiązujące³⁶ i na samej ich podstawie nie dochodziło do przesunięć majątkowych. Czynności te stanowiły dopiero *causa*, warunkującą ważność osobnej czynności rozporządzającej. Dopiero po jej dokonaniu – następującym z reguły po zawarciu małżeństwa – przyrzeczony w drodze *dotis dictio* lub *dotis promissio* majątek mógł stać się posagiem³⁷.

Dotykamy w ten sposób złożoności majątkowego wymiaru prawa posagowego, który był jednak zróżnicowany wewnętrznie na

³³ Por. np. H. KUPISZEWSKI, *Stosunki majątkowe między narzeczonymi narzeczonymi w prawie rzymskim klasycznym* ('*dos*' i '*donatio*'), «PK» 20.3-4 (1977), s. 265.

³⁴ D. 12,4,10 (Iav. 1 *ex Plaut.*): *Si mulier ei cui nuptura erat cum dotem dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur, quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.*

³⁵ Por. szerzej H. KUPISZEWSKI, *Stosunki majątkowe między narzeczonymi*, cit., s. 267-268, 273.

³⁶ Por. np. M. KASER, *Wirkungen der 'dotis dictio'*, cit., s. 181; A. BERGER, *op. cit.*, s. 104.

³⁷ Por. P. E. CORBETT, *op. cit.*, s. 167.

relacje o charakterze rzeczowym i obligacyjnym. Ową złożoność obserwować można właściwie już w chwili ustanowienia posagu. Miała ona też zasadnicze znaczenie z punktu widzenia faktycznego ukonstytuowania *dos*.

III. UKONSTYTUOWANIE SIĘ POSAGU

Dla samego skutecznego ustanowienia posagu nie musiały wystąpić skutki rzeczowe. Jednak bez ich wystąpienia posag nie mógł faktycznie zaistnieć. Dlatego też, omawiając faktyczne ukonstytuowanie się posagu warto zacząć od owego aspektu rzeczowego, który mógł, choć nie musiał towarzyszyć ustanowieniu posagu, w zależności od rodzaju czynności, za pomocą której dokonywano *dotis institutio*. W dalszej kolejności jednak konieczne będzie omówienie aspektu osobowego, również istotnego dla ukonstytuowania się posagu.

1. ASPEKT RZECZOWY

Różnice między *dotis promissio* i *dotis datio* bardzo dobrze ilustruje fragment trzeciej księgi komentarza do ustawy *lex Iulia de adulteriis*, autorstwa Palusa.

D. 23,5,14,1-2 (Paul. 3 de adult.): *Si mulieris nomine quis fundum in dotem dederit, dotalis fundus erit: propter uxorem enim videtur is fundus ad maritum pervenisse. Si fundum alienum mulieri debeat maritus eumque mulier ei dotis nomine promiserit, in pendenti erit et tunc fiet dotalis, cum ad eum pervenerit.*

We fragmencie tym Paulus rozważa, w którym momencie przedmiot ustanawianego posagu stanie się rzeczywiście posagowy, w zależności od tego, czy jest własnością ustanawiającego, czy też nie. W pierwszej sytuacji osoba trzecia dała mężowi w imieniu jego żony w posagu grunt (*in dotem dederit*). Z brzmienia tekstu wnioskować można, że grunt należał do ustanawiającego. Ponieważ *dotis datio* jest czynnością wywołującą skutki rzeczowe, grunt staje się posago-

wym już z chwilą ustanowienia posagu (*dotalis fundus erit*). W drugim przypadku, mąż był winien kobiecie grunt, należący do kogoś innego. Grunt ten kobieta przyrzekła mężowi w posagu³⁸. Dlatego też dopiero wówczas, gdy mąż na podstawie odrębnej czynności rozporządzającej nabędzie prawo własności gruntu, *fundus* stanie się posagowy (*in pendentis erit et tunc fiet dotalis, cum ad eum pervenerit*).

Podobny sens ma również krótki tekst pochodzący z przedostatniej księgi *quaestiones* Sextusa Caeciliusa Africanusa, dzieła pochodzącego zapewne z przełomu panowania Hadriana i Antonina Piusa³⁹. Fragment ten mówi o ustanowieniu posagu w drodze czynności zobowiązującej.

D. 23,5,9 pr. (Afric. 8 *quaest.*): *Si marito debitori fundi id quod debet doti mulier promiserit, dotalem fundum effici.*

W omawianym przez Africanusa przypadku, posag ustanowiony w drodze czynności zobowiązującej staje się własnością męża już

³⁸ Forma ustanowienia posagu (*dotis dictio* czy *dotis promissio*) budziła wśród badaczy kontrowersje, bowiem podejrzewano tekst o nieautentyczność. Według zwolenników istnienia interpolacji w tym tekście, ustanowienie posagu nastąpiło w drodze *dotis dictio*, gdyż słowa *dotis nomine promisserit* zastąpiły pierwotnie występujące w tekście *dotis dixerit* (Por. *Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis insse dicuntur*, E. LEVY, E. RABEL [red], cytowany dalej jako *Ind. Interp.*). Wydaje się, że w wypadku tekstu Paulusa zastrzeżenia te są słuszne. Przekonująca w tej mierze jest argumentacja M. KASERA, *Wirkungen der 'dotis dictio'*, cit., s. 186-187 i 194, który udowadnia, że różnica między *dotis dictio* a *dotis promissio* polega na tym, iż w tym pierwszym przypadku, jeśli przedmiotem ustanawianego posagu jest dług męża, z mocy prawa następuje „złanie się” zobowiązań. Tymczasem tekst Paulusa nie mówi nic o *acceptilatio* (wymaganej do umorzenia zobowiązania ze styplacji), a zatem w przedstawionym stanie faktycznym realizacja wzajemnych zobowiązań powinna przebiegać w następujący sposób: mąż winien najpierw nabyć i wydać grunt kobiecie, żeby ta zwolniła go z jego zobowiązania, a następnie zrealizowała swoje przenosząc nań własność gruntu. Dopiero wówczas grunt stałby się posagowym. Tymczasem Paulus pisze ... *tunc fiet dotalis, cum ad eum pervenerit*. Pozwala to sądzić, że w tekście tym mowa jest o *dotis dictio*. Ustalenia te dotyczą również kolejnego analizowanego tekstu.

³⁹ Por. H. J. ROBY, *op. cit.*, s. 170.

w chwili ustanowienia posagu, czyli złożenia przez kobietę przyrzeczenia mężowi, na mocy którego ten otrzymywał tytułem posagu grunt, który wcześniej był winien żonie. Treść tego fragmentu wydawać by się mogła sprzeczna z przywołanym wcześniej tekstem Paulusa. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że Paulus omawia przypadek, w którym mąż winien jest żonie cudzy grunt, natomiast Africanus nie mówi nic o tym, do kogo przedmiotowy grunt należy. Można zatem przypuszczać, że grunt ten znajdował się już we władaniu męża, w chwili zaś dokonania *dotis institutio*, dochodziło do *traditio brevi manu*. Dlatego też, w tym konkretnym przypadku, moment ustanowienia posagu w drodze *dotis dictio* będzie jednoznaczny z momentem uznania gruntu za posagowy i stosowania względem tegoż wszelkich zasad dotyczących majątku posagowego.

Rozważaną kwestię pozwalają jednak zastrzygnąć dwa teksty pochodzące od Ulpiana. Pierwszy z nich został zaczerpnięty przez justyniańskich kompilatorów z piątej księgi Ulpianowego komentarza do *lex Iulia de adulteriis* i dotyczy zagadnienia zakazu alienacji nieruchomości posagowych.

D. 23,5,13,2 (Ulp. 5 *de adult.*): *Dotale praedium sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur.*

W tekście tym jurysta stwierdza wyraźnie, że grunt uznaje się za posagowy od momentu, w którym mąż nabył jego własność.

Tę samą wymowę ma drugi z tekstów Ulpiana, pochodzący z komentarza do Sabinusa.

D. 24,3,5 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *De divisione anni eius, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus. et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est id est tradita possessione.*

Ulpian odpowiada w tym fragmencie na pytanie dotyczące sposobu podziału pożytków z gruntu posagowego, który to podział

musiał nastąpić ze względu na fakt wystąpienia rozwodu. Chodzi tu konkretnie o ustalenie, od którego momentu mąż nabywał własność pożytków z gruntu posagowego, czyli od kiedy grunt ten należy uznać za posagowy. Rozstrzygając przedstawianą wątpliwość, jurysta wymienia trzy zdarzenia, które mogłyby stanowić termin początkowy nabywania własności pożytków przez męża. Należy sądzić, że zdarzenia te są wymienione w porządku chronologicznym. Najpierw zatem ustanowiono posag (prawdopodobnie w drodze *dotis promissio*), następnie zawarte zostało małżeństwo, a na koniec wydano grunt, realizując tym samym zobowiązanie zawarte w *institutio dotis*.

Jurysta wskazuje wyraźnie, że nie ma tu znaczenia ani czas zawarcia małżeństwa, ani ustanowienia posagu, lecz moment przeniesienia na męża posiadania gruntu posagowego. W tym wypadku bowiem, według Ulpiana, nieruchomości uzyskują dopiero wówczas charakter posagowy (*quo primum dotale praedium constitutum est id est tradita possessione*).

Jednak stwierdzenie, iż określony majątek uzyskiwał posagowy charakter jedynie w wyniku dokonania czynności rozporządzającej byłoby zbytnim uproszczeniem. Stąd też powołane wyżej rozstrzygnięcie Ulpiana może być odnoszone jedynie do przedstawionego tam stanu faktycznego. Dochodzimy bowiem w ten sposób do tego aspektu prawa posagowego, który był zdeterminowany prawem osobowym.

2. ASPEKT OSOBOWY

Dla właściwej interpretacji powołanych wyżej tekstów Africanusa, Paulusa i Ulpiana kluczowym jest użycie słowa „mąż” na określenie osoby otrzymującej przysporzenie *dotis causa*. Z tekstów tych wynika jednoznacznie, że aby określony majątek stał się posagowym, jego własność musi nabyć mąż uposażanej kobiety. Zatem w przypadku dokonania czynności rozporządzającej przed zawarciem małżeństwa, przeniesiony tą drogą majątek wcale nie staje się od razu posagowym. Następuje to dopiero po zawarciu małżeń-

stwa. Wynika to wyraźnie również z końcowego fragmentu tekstu Ulpiana pochodzącego z 31 księgi komentarza do Sabinusa.

D. 41,9,1,2 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit, utrum post tempora nuptiarum an vero et ante nuptias. est quaestio volgata, an sponsus possit (hoc est qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere. et Iulianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Iulianus ait, ut statim res eius fiant et, si alienae sint, usucapi possint: quae sententia mihi probabilis videtur. ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo.*

Ulpian zastanawia się, kiedy mężczyzna, który otrzyma tytułem posagu rzecz od nieuprawnionego, będąc w dobrej wierze, zasiadywać ją będzie jako posag (*pro dote*) a kiedy dla siebie (*pro suo*). Konkluzja rozważań jurysty jest jasna. Mężczyzna zasiaduje taką rzecz dla siebie przed małżeństwem, zaś po jego zawarciu zasiaduje ją tytułem posagu⁴⁰.

Fragment ten dobrze uwidacznia złożoność problematyki posagowej. Sama czynność rozporządzająca dokonana *dotis causa*, choć konieczna, nie wystarczyła jeszcze, by jej przedmiot stał się majątkiem posagowym. Ów szczególny charakter nadaje mu bowiem dopiero małżeństwo⁴¹. Potwierdzeniem tego jest znane stwierdzenie Ulpiana zawarte w 63 księdze komentarza do edyktu,

⁴⁰ Wniosek ten, jest uprawniony nawet wówczas, gdy uwzględnić zarzuty o nieautentyczność wysuwane pod adresem tego fragmentu (por. *Ind. Interp. ad hoc loc.*). Wniosek ten opiera się bowiem na tych zdaniach we fragmencie, co do których nie ma zastrzeżeń.

⁴¹ Reguła ta doznaje jednak wyjątków. Wprowadzone przez *lex Iulia de maritandis ordinibus* postanowienia dotyczące zakazu alienacji gruntów posagowych, które w tekście ustawy dotyczyły tylko męża, w drodze interpretacji zostały rozciągnięte na narzeczonego. Por. D. 23,5,4; C. 6,61,5,1, a także R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*², Milano 1992, s. 126 i n.

gdzie uwypuklił on istotny związek, jaki zachodzi między małżeństwem a posagiem.

D. 23,3,3 (Ulp. 63 *ad ed.*): *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.*

Jurysta wyraźnie wskazuje, że termin «dos» jest zarezerwowany dla małżeńskich stosunków majątkowych i nie można go poprawnie używać w sytuacji, gdy małżeństwo nie może zostać zawarte. Tekst ten w pierwszej kolejności wskazuje, że terminu «posag» nie można używać w odniesieniu do konkubinatu. Oznaczało to, że przysporzenia konkubiny na rzecz konkubenta nie miało tego statusu prawnego co posag, jednak fragment ten rzuca również sporo światła na ogólną naturę posagu.

Owo uwarunkowanie sfery praw majątkowych zdarzeniami ze sfery prawa osobowego wyraźnie widać podczas analizy tekstów mówiących o ustanowieniu posagu. Warto rozpocząć ich przedstawienie od sytuacji, gdy *institutio dotis* nastąpiła w drodze czynności zobowiązującej dokonanej przed zawarciem małżeństwa. Ustanowienie posagu traktowane jest wówczas jako dokonane pod warunkiem zawieszającym. Mówi o tym wprost Ulpian we fragmencie 35 księgi komentarza do Sabinusa.

D. 23,3,21 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc „si nuptiae fuerint secutae”, et ita demum ex ea agi posse (quamvis non sit expressa condicio), si nuptiae, constat: quare si nuntius remittatur, defecisse condicio stipulationis videtur.*

Ulpian podkreśla, że stanowiąca *dotis promissio* stypulacja posagowa zawsze zawierana jest pod warunkiem zawieszającym (*constat habere in se condicionem*) „jeśli małżeństwo zostanie zawarte”, nawet jeśli nie był on zastrzeżony wyraźnie (*quamvis non sit expressa condicio*). Zatem dopiero wówczas można domagać się spełnienia obiecanego świadczenia, w wyniku którego mężczyzna stanie się

właścicielem posagu, gdy małżeństwo zostało zawarte. Dokładnie tego samego zdania (że stypulacja posagowa ze swej natury zawiera warunek zawieszający, który nie musi być wyraźnie wypowiedziany) byli Iulian oraz Paulus⁴². Dodać jednak należy, że ten sam zawieszający warunek według Ulpiana zawarty był również w naturze *dotis datio*⁴³. Zatem ustanowienie posagu *ante nuptias*, zarówno w formie czynności zobowiązującej jak i rozporządzającej, dla nadania majątkowi charakteru posagowego wymagało zawarcia małżeństwa.

Niemajątkowe stosunki z zakresu prawa małżeńskiego determinują, w przypadku posagu, sferę uprawnień majątkowych. Aby określoną masę majątkową uznać za posag, musiało więc nastąpić zarówno przeniesienie własności na mężczyznę, jak i zawarcie małżeństwa. Ono dopiero daje początek szeregowi wzajemnych relacji majątkowych między małżonkami, które mają charakter obligacyjny i nadają przedmiotowemu majątkowi specyfikę charakterystyczną dla posagu. W wypadku, gdy mężczyzna nabył własność określonego majątku *dotis causa*, wówczas do czasu zawarcia małżeństwa jego tytuł jest w pewien sposób ułomny. Świadczą o tym wyraźnie teksty mówiące o obowiązku zwrotu majątku, którego mężczyzna stał się właścicielem *dotis causa*. Aby to unaocznic, warto przytoczyć tutaj fragment Palusowego komentarza do Plautiusa.

D. 12,4,9 pr. (Paul. 17 ad Plaut.): *Si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet. sed si ego contraxi cum sponso et pecuniam in hoc dedidi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam.*

⁴² D. 2,14,4,2 (Paul. 3 ad ed.): *Huius rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est: nam ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset, et nuptiis non secutis ipso iure evanescit stipulatio. idem Iuliano placet.* Szerzej na temat problematyki warunków zawartych w *institutio dotis* por. H. KUPISZEWSKI, *Stosunki majątkowe między narzeczonymi*, cit., s. 267 i n.

⁴³ D. 23,3,23 (Ulp. 35 ad Sab.): *Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio, etiam in datione tantundem ducimus.*

W przytoczonym fragmencie jurysta przedstawia sytuację, w której ktoś, chcąc obdarować kobietę, na jej polecenie wypłaca pieniądze jej narzeczonemu. W tym przypadku, jeśli małżeństwo nie zostanie zawarte, kobieta może wytoczyć *condictio*. W drugiej sytuacji, gdy wypłacający zawarł umowę z narzeczonym kobiety i dał mu pieniądze w tym celu, by, jeśli małżeństwo zostanie zawarte, stanowiły posag kobiety, a jeśli nie, zostały mu zwrócone. Jeśli to nie nastąpi, wypłacający ma prawo wytoczyć *condictio*.

Analizowany przez Paulusa problem dotyczy oczywiście tego, kto ma prawo dochodzić od męża zwrotu nienależnego świadczenia, jednak dla niniejszych rozważań w wypowiedzi jurysty istotne jest to, że pieniądze, których właścicielem stał się niedoszły pan młody, okazały się bezpodstawnym wzbogaceniem. Gdyby pieniądze dane tytułem posagu rzeczywiście uzyskały status majątku posagowego, wówczas uprawniona do ich zwrotu byłaby tylko kobieta i to na podstawie *actio rei uxoriae*, nie zaś na podstawie *condictio*.

Niekiedy jednak odzyskanie niedoszęłego posagu będzie możliwe również przy użyciu *rei vindicatio*, o czym wspomina Ulpian w dwóch tekstach pochodzących z 31 księgi *ad Sabinum*.

- D. 23,3,7,3 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. quid ergo, si ante matrimonium? si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur: enimvero si hac condicione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae. proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debet misso nuntio: enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari.*

W tekście tym mowa jest o *dotis datio* rzeczy, która – jak zaznacza Ulpian – staje się własnością męża jako posag, o ile *dotis datio* nastąpiła w trakcie trwania małżeństwa. Ulpian jednak zaznacza, że sytuacja ta komplikuje się, gdy *dotis datio* została dokonana przed zawarciem małżeństwa. Jeżeli bowiem sama czynność rozporządzająca została dokonana pod warunkiem zawieszającym, który stanowiło zawarcie małżeństwa, to mąż stanie się właścicielem dopiero po ziszczeniu się tego warunku.

Ulpian wskazuje, że dodanie warunku *cum nuptiae fuerint secutae* ma istotne znaczenie dla sposobu, w jaki rzecz tę będzie mogła kobieta odzyskać w przypadku niedojścia małżeństwa do skutku. Wówczas bowiem niepoślubionej kobiecie względem tej rzeczy przysługuje *rei vindicatio*. Gdyby tego warunku nie było, mężczyzna od razu nabyłby własność rzeczy, która, w razie niezawarcia małżeństwa stałaby się bezpodstawnym wzbogaceniem, dając podstawę do wytoczenia *condictio*.

Rozróżnienie, którego dokonał Ulpian, wydaje się jasne, jednak tekst ten może powodować na pierwszy rzut oka trudności w zestawieniu go z innym cytowanym już fragmentem autorstwa tegoż jurysty, pochodzącym z 35 księgi *ad Sabinum*.

D. 23,3,23 (Ulp. 25 *ad Sab.*): *Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio, etiam in datione tantundem ducimus.*

Tekst ten, jak była już o tym mowa, jest dalszym ciągiem wyводу jurysty, który umieszczony jest w D. 23,3,21 i mówi, że do natury *dotis promissio* należy warunek zawieszający, uzależniający skuteczność tej czynności zobowiązującej od zawarcia małżeństwa i w związku z tym warunkiem tego nie trzeba wyraźnie zawrzeć w treści stypulacji. W zacytowanym tu fragmencie D. 23,3,23 jurysta stwierdza, że to samo dotyczy *dotis datio*. Jak zatem rozumieć stwierdzenie Ulpiana z 31 księgi *ad Sabinum* (D. 23,3,7,3) *si hac condicione dedit*, skoro gdzie indziej ten sam jurysta stwierdza, że tego warunku dodawać nie trzeba, gdyż zawsze się go traktuje jako dorozumiany.

W okresie interpolacjonizmu rozwiązania tej sprzeczności poszukiwano zarzucając któremuś z tekstów interpolacje⁴⁴. W przypadku tekstu D. 23,3,7,3 skłaniać mógłby do stawiania tego typu tezy spójnik „*enimvero*”, którym rozpoczynają się obydwa stwierdzenia mówiące o dodaniu warunku⁴⁵. Tezy tej jednak niesposób byłoby obronić zważywszy na fakt, że istnieje jeszcze drugi fragment Ulpiana, powtarzający zasadę z D. 23,3,23, zaś jego konstrukcja gramatyczna nie upoważnia już do czynienia podobnych zarzutów. Fragment, o którym mowa pochodzi z tej samej 31 księgi komentarza do Sabinusa.

D. 23,3,9 pr. (Ulp. 31 ad Sab.): *Si ego Seiae res dedero, ut ipsa suo nomine in dotem det, efficientur eius, licet non in dotem sint datae: sed conditione tenebitur. quod si pro ea res ego dem, si quidem ante nuptias, interest qua conditione dedi,*

⁴⁴ Por. K. AYITER, *Appunti sulla 'dotis datio ante nuptias'*, [w:] *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano 1983, s. 47-57, który zarzuca fragmentowi Ulpiana (D. 23,3,7,3), że został niemal w całości interpolowany. Zarzut ten oparty jest na założeniu, że w tekście mowa jest o *dotis datio* dokonanej w drodze mancytacji lub *in iure cessio*, do których, jako do tzw. *actus legitimi*, nie można było dołączać warunków i terminów pod rygorem nieważności całej czynności rozporządzającej (D. 50,17,77 (Pap. 28 quaest.): *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem ... in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem*). Jednakże w tekście Ulpiana nie zostało określone, która z tych czynności została dokonana. Jeśli *dotis datio* została dokonana w formie *actus legitimus*, należałoby zgodzić się z poglądem, że tekst od słów *fiunt autem ...* jest interpolowany. Istnieją jednak przesłanki pozwalające uznać tekst Ulpiana za autentyczny. Chociaż jurysta mówi ogólnie o *res*, nie precyzując jej charakteru, wydaje się, że przedmiotem posagu jest *res Mancipi*, która została wydana mężczyźnie w drodze *traditio*. Wskazuje na to druga połowa pierwszego zdania: *in bonis mariti fieri accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam*. Zarówno określenie *in bonis fieri*, jak i wskazanie na *accessio temporis* sugeruje przejście na męża jedynie własności bonitarnej, co ma miejsce głównie przy nieformalnym wydaniu *res Mancipi*. *Traditio* zaś, jako czynność nie należąca do *actus legitimi*, dopuszczała dodanie do niej warunku zawieszającego.

⁴⁵ Przykładowe zwroty stanowiące wg doktryny interpolacjonistycznej powód do uznania tekstu za nieautentyczny podaje M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972, s. 51.

utrum ut statim fiant accipientis an secutis nuptiis: si statim, nuntio misso condicam: sin vero non statim, potero vindicare, quia meae res sunt. quare et si sequi nuptiae non possunt propter matrimonii interdictionem, ex posteriore casu res meae remanebunt.

Pierwsze zdanie tego fragmentu, mówiące, że kobieta, która otrzymuje rzecz po to, by przeznaczyła ją następnie na swój posag, nabywa jej własność niezależnie od tego, czy warunek został przez nią spełniony, nie jest istotne przy rozważaniu bieżącej kwestii. Natomiast od drugiego zdania począwszy, Ulpian znowu rozważa sytuację, w której dokonywana jest *dotis datio ante nuptias* i wyraźnie wskazuje, że w zależności od treści warunku, który zostanie dołączony do *dotis datio*, w sytuacji gdy nie dojdzie do małżeństwa, osobie, która ustanowiła posag przysługiwać będzie *condictio* lub *rei vindicatio* stosownie do wspomnianej wyżej zasady, wyłuszczonej w D. 23,3,7,3.

Wydaje się, że pogodzenie obydwu tych tekstów z fragmentem D. 23,3,23, mimo narzucających się w pierwszej chwili trudności jest jednak stosunkowo proste. Chodzi tutaj bowiem o warunki dotyczące różnych aspektów omawianych czynności prawnych. Jak już była o tym mowa, samo skuteczne przeniesienie własności określonego majątku nie czyniło zeń jeszcze posagowego. Tekst Ulpiana zamieszczony w D. 23,3,23 mówi o tym, że posagowy charakter majątku przeniesionego skutecznie na mężczyznę *dotis nomine* zawsze jest uzależniony od zawarcia małżeństwa. Natomiast warunek, o którym tenże jurysta mówił we fragmentach D. 23,3,9 pr. oraz D. 23,3,7,3, odnosi się do skuteczności *dotis datio* jako czynności rozporządzającej; wyłącznie na płaszczyźnie rzeczowej. Innymi słowy chodzi o skuteczność przeniesienia własności określonego majątku na mężczyznę abstrahując od tego, czy majątek ten uzyska przez to charakter posagowy, czy też nie.

Widać zatem, że majątek, który dano narzeczonemu tytułem posagu, nie staje się posagiem, jeśli nie doszło do zawarcia małżeństwa. Osoba, która dokonała *dotis datio* może domagać się zwrotu

tego majątku na podstawie *condictio* lub *rei vindicatio*, nie można było jednak wystąpić ani z *actio rei uxoriae* ani z *actio ex stipulatu*, które służyły do odzyskania majątku faktycznie stanowiącego posag.

Kluczową rolę małżeństwa dla kwalifikacji prawnej majątku stanowiącego przedmiot *institutio dotis* potwierdzają nie tylko różnice w środkach prawnych służących odzyskaniu tego majątku, ale też różnice jakie zachodzą w zakresie obowiązku jego zwrotu w zależności od tego, czy obowiązek ten zaistniał przed, czy też po zawarciu małżeństwa. Warto przytoczyć w tym kontekście fragment 16 księgi digestów Iuliana, który wydaje się najdobitniej świadczyć o różnicy w zakresie omawianego tu obowiązku restytucji względem obowiązku zwrotu posagu⁴⁶.

D. 12,4,7,1 (Iul. 16 dig.): *Fundus dotis nomine traditus, si nuptiae insectatae non fuerint, condictione repeti potest: fructus quoque condici poterunt. idem iuris est de ancilla et partu eius.*

Jurysta wskazuje, że w razie niezawarcia małżeństwa, można domagać się na podstawie *condictio* zarówno gruntu danego tytułem posagu jak i pożytków, które ten przyniósł. Widać tu wyraźnie, że grunt ten, mimo że dany⁴⁷ *dotis nomine*, nie stał się posagowym, wówczas bowiem pożytki z gruntu nie podlegałyby zwrotowi⁴⁸.

⁴⁶ Do tych samych wniosków prowadzi również tekst D. 22,1,38,1 (Paul. 6 ad Plaut.): *Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt. sed et si per mulierem stetit, quo minus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere: ratio autem haec est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei neglegere fundum.*

⁴⁷ Co do użytego w tym tekście terminu *traditio*, zgłaszano w literaturze podejrzenia o interpolację (por. *Ind. Interp. ad hoc loc.*), jednak nie wydają się one tutaj wprowadzać istotnej zmiany w jego znaczeniu, szczególnie zaś w kontekście poczynionych w dalszym ciągu tej pracy wyjaśnień

⁴⁸ D. 23,3,7 pr. (Ulp. 31 ad Sab.): *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam*

Rozróżnienie rzeczowej i obligacyjnej warstwy prawa posagowego widać również wówczas, gdy posag został oszacowany, wskutek czego mąż po ustaniu małżeństwa zobowiązany jest zwrócić kobiecie sumę oszacowania, niezależnie od tego, czy przedmiot posagu istnieje i jaka jest jego wartość w momencie ustania związku⁴⁹. Skutecznie, czyli wywołując wszystkie właściwe dla *aestimatio* skutki prawne, można było oszacować jedynie majątek, który aktualnie miał charakter posagowy. Zatem niezbędnym było tu zarówno przeniesienie własności rzeczy mających stanowić posag, jak również zawarcie małżeństwa⁵⁰. W trzydziestej czwartej księdze komentarza do Sabinusa Ulpian wyraźnie wskazywał konieczność zawarcia małżeństwa dla skutecznego dokonania *aestimatio*.

D. 23,3,10,4 (Ulp. 34 *ad Sab.*): *Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub condicione est: namque hanc habet condicionem „si matrimonium fuerit secutum”. secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio.*

W doktrynie zarzucano wprawdzie temu tekstowi nieautentyczność⁵¹, wydaje się jednak, że zasadniczo jego treść oddaje stan klasyczny⁵². Fragment ten dotyczy sytuacji, kiedy to posag został oszacowany przed zawarciem małżeństwa i wtedy też porozumiano się co do jego oszacowania. Jurysta podkreślił jednak, że *aestimatio* ta została dokonana pod warunkiem zawieszającym: „jeśli małżeństwo zostanie zawarte”. Podobne rozstrzygnięcie znaleźć można w komentarzu do Sabinusa autorstwa Paulusa.

fructus percipere; PS. 2,22,1: *Fructus fundi dotalis constante matrimonio percepti lucro mariti cedunt ...*

⁴⁹ Por. np. D. 23,3,10 pr.

⁵⁰ Podkreśla to również K. L. STREICHER, 'Periculum dotis', Berlin 1973, s. 5.

⁵¹ Por. *Ind. Interp. ad hoc loc.*

⁵² Por. K. L. STREICHER, *op. cit.*, s. 4-7.

D. 23,3,17,1 (Paul. 7 *ad Sab.*): *Si re aestimata data nuptiae secutae non sint, videndum est, quid repeti debeat, utrum res an aestimatio. sed id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur, quia nec alia causa contrahendi fuerit, res igitur repeti debeat, non pretium.*

Jurysta stawia pytanie o to, co powinien zwrócić niedoszły małżonek kobiecie, jeśli posag, którego własność nabył, został oszacowany, zaś małżeństwo nie zostało zawarte. W odpowiedzi Paulus stwierdza, że intencją stron było, by oszacowanie nastąpiło tylko wówczas, gdy małżeństwo zostało zawarte, ponieważ nie inna była przyczyna zawarcia porozumienia. Zatem niedoszły małżonek musi zwrócić rzecz, nie zaś sumę oszacowania.

W tekstach źródłowych odnajdujemy jednak również wypowiedzi jurystów wskazujące na konieczność dopełnienia wszystkich wymogów związanych z przeniesieniem własności rzeczy posagowych na męża dla skutecznego nastąpienia *aestimatio*. Ulpian zawarł takie rozstrzygnięcie w swym komentarzu do edyktu pretorskiego.

D. 23,3,14 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto.*

W tym wypadku małżeństwo zostało zawarte, jednak żona nie dokonała tradycji niezbędnej do przeniesienia prawa własności majątku posagowego na męża. Gdyby *aestimatio* była skuteczna, wówczas wszelkie ryzyko utraty lub pogorszenia przedmiotów posagowych obciążałoby męża, który niezależnie od aktualnej wartości przedmiotów posagowych, ich istnienia lub nie, winien *in casu divortii* świadczyć kobiecie sumę oszacowania⁵³. W tym wypadku rzecz stanowiąca przedmiot *institutio dotis* nie została wydana mężowi i przestała istnieć. Jeśli *aestimatio* byłaby ważna, wówczas kobiecie przysługiwałoby na wypadek rozwodu *actio rei uxoriae* o zapłatę oszacowania. Jednak jurysta twierdzi, że kobiecie nie przysłu-

⁵³ D. 23,3,10 pr.

guje to powództwo. Powodem jest bez wątpienia fakt, że rzecz mająca stanowić posag nigdy nim się nie stała, dlatego też i *aestimatio* nie mogła wyrzucić swych skutków.

IV. PODSUMOWANIE

Analizowane powyżej teksty klasyczne pozwalają na skonstatowanie złożonej natury prawa posagowego. Z jednej strony posag stanowi określoną masę majątkową, której właścicielem jest mąż. Z drugiej strony jest to jednak majątek o szczególnym statusie prawnym, mającym swoje źródło w małżeństwie.

Klarowne rozróżnienie obligacyjnego i rzeczowego wymiaru prawa majątkowego w okresie klasycznym widoczne jest wyraźnie w rozróżnieniu między ustanowieniem posagu, które najczęściej było jedynie aktem zobowiązującym (*dotis dictio*, *dotis promissio*), a faktycznym przysporzeniem, dla którego akt ustanawiający posag stanowił podstawę. W prawie poklasycznym doniosłość ustanowienia posagu w formie czynności zobowiązującej została ograniczona. *Instrumentum dotale*, które zastąpiło klasyczne formalne czynności ustanawiające posag, zaczęto traktować nie tyle jako ustanowienie posagu, co raczej jako przyrzeczenie ustanowienia tegoż w przyszłości. Natomiast pod pojęciem ustanowienia posagu rozumiano nie samą czynność zobowiązującą (w tym wypadku sporządzenie *instrumentum dotale*), lecz dopiero fizyczny akt wydania przedmiotów mających stanowić posag⁵⁴. Zatem wraz z zatarciem się precyzyjnych konstrukcji prawa klasycznego, w późniejszym czasie rozwoju prawa rzymskiego rozróżnienie między ustanowieniem i faktycznym ukonstytuowaniem się posagu zanikło i dopiero Justynian usiłował je przywrócić. Świadectwem tych zależności są źródła analizowane w niniejszym tekście.

⁵⁴ Por. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, cit., s. 187.

ON THE DISTINCTION BETWEEN ASSIGNMENT OF THE DOWRY AND ITS
CONSTITUTION IN CLASSICAL ROMAN LAW

Summary

The dowry in Roman law (*dos*) was considered to be the husband's property. Nevertheless its legal status was quite peculiar, when compared with the rest of the husband's patrimony. The constitution of a dowry had a number of important legal consequences. Therefore it was crucial to indicate the moment of its establishment. The sole assignment of a dowry (*dotis institutio*) did not always have this effect. The reason for this was, that in classical Roman law there was a clear distinction between real and personal aspects of the property law.

There were three ways for *dotis institutio*: *dotis datio*, *dotis dictio*, *dotis promissio*. In classical period only *dotis datio* had real effect and was the means by which – if done after marriage – dowry was immediately established. The other two were dowry agreements conferring on husband [or future husband] mere personal right to claim transfer of the patrimony subject to *dictio* or *promissio*. Therefore the *dos* took effect only after the husband became owner of the patrimony. In postclassical period this sharp distinction between assignment of a dowry and its material constitution gradually disappeared, and *dotis institutio* was considered to be only a real transfer of a property intended as a dowry. It was only Justinian who tried to restore this classical distinction.

Nevertheless, acquiring the property subject to *dotis institutio*, although necessary, was not sufficient for dowry to take effect. The Roman *dos* derived its peculiar character from marriage. In case the transfer of patrimony *dotis causa* had taken effect before marriage (*ante nuptias in dotem data*) it acquired dotal character only after the marriage. If there was no marriage, the person assigning dowry (either woman, her *pater familias*, or a third person) was able to claim restitution of the patrimony intended previously to be *dos*, by means of *condictio*, or even by *rei vindicatio*, in case the would-be husband did not acquire ownership, but only possession of the patrimony.