

AGNIESZKA STĘPKOWSKA

Uniwersytet Warszawski

ZAKAZ OBCIĄŻANIA NIERUCHOMOŚCI POSAGOWYCH W RZYMSKIM PRAWIE KLASYCZNYM

I. WSTĘP

Oktawian August zasłynął jako wielki reformator prawa rodzinnego¹, poświęcający dużo uwagi relacjom małżeńskim, w tym stosunkom majątkowym między małżonkami. Jednym z przykładów tego zjawiska była *lex Iulia de fundo dotali* zakazująca alienacji nieruchomości posagowych bez zgody żony². Dodatkowo jednak, w trzech przekazach źródłowych dotyczących *lex Iulia* zakaz ten odnoszony jest nie tylko do czynności określanych jako *alienatio*, lecz również do ustanowienia zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomości posagowej. Temu właśnie problemowi poświęcony jest niniejszy artykuł.

¹ Problematyce tej poświęcona jest praca M. ZABŁOCKIEJ, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987.

² *Lex Iulia de fundo dotali* była najprawdopodobniej częścią *lex Iulia de adulteriis* z 18 r. przed Chr. Por. np. C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. La dote. Parte prima*, Catania 1959, s. 124; M.J. GARCIA GARIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil, I: La tradición romanística*, Barcelona 1982, s. 50-51; A. WELLE, *In universalibus pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii. Eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen*, Berlin 1987, s. 40.

II. PRZEKAZY ŹRÓDŁOWE

Wspomniane trzy źródła mówiące o zakazie ustanawiania zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomości posagowej zawarte są w kodyfikacji Justyniańskiej. Pierwszym z nich jest fragment komentarza Gaiusa do edyktu prowincjonalnego przekazany w tytule *Digestów de fundo dotali*. Dwa kolejne przekazy, pochodzące już od samego Justyniana, zawarte zostały w konstytucji tego cesarza z 530 r. po Chr. (C. 5,13,1,15) oraz w jego Instytucjach (I. 2,8 pr.).

D. 23,5,4 (Gai. 11 *ad ed. prov.*): *Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito.*

C. 5,13,1,15 (Iust.): *Et cum lex Iulia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat...* (a. 530)

I. 2,8 pr.: ... *Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit dotis causa ei datum. Quod nos legem Iuliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Cum enim lex ... alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam volente ... utrisque remedium imposuimus, ut etiam in eas res quae in provinciali solo positae sunt interdicta fiat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur.*

Warto wskazać, że Gaius mówi w odniesieniu do nieruchomości posagowych o zakazie obciążania (*obligare*), natomiast w konstytucji i w Instytucjach Justyniana mowa jest o hipotece. Wyrażenie *obligatio rei* oznaczało ustanowienie zabezpieczenia rzeczowego dla długu³.

³ Por. A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, s. 67-69 i 166. Szczegółowe wyliczenie znaczeń terminu *obligare* można odnaleźć w H. HEU-MANN, E. SECKEL, s.v. *obligare*, [w:] *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, Graz 1958.

W źródłach określenie *fundus obligatus* jest używane wyraźnie na oznaczenie zabezpieczenia długu na nieruchomości⁴. W doktrynie zgodnie też wskazuje się, że słowo *obligare* w przytoczonym tu tekście D. 23,5,4 ma oznaczać ustanowienie zabezpieczenia rzeczowego⁵. Czasownik *obligare* oznacza jednak zarówno ustanawianie *pignus* jak i *hypotheca*. W prawie klasycznym bowiem, zarówno *pignus* jak i *hypotheca* były u podstaw tą samą instytucją, choć z biegiem czasu terminu *hypotheca* zaczęto używać w stosunku do zabezpieczenia ustanowionego na gruncie⁶. O równoznacznym traktowaniu tych terminów świadczy chociażby treść całej księgi 20 Digestów, której tytuły wyraźnie traktują na równi obydwie terminy oznaczające zabezpieczenie rzeczowe⁷. W świetle tych informacji staje się jasne, że, chociaż Gaius pisał ogólnie o *obligare*, zaś Justynian o *hypotheca*, nie ma rozbieżności między tymi przekazami. Warto natomiast bliżej zastanowić się nad dwiema kwestiami. Po pierwsze, nad samą obecnością zakazu ustanawiania zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomościach posagowych w ustawie julijskiej; po drugie, nad skutecznością prawną zgody kobiety na ustanowienie takiego zabezpieczenia.

⁴ Por. D. 19,1,52 pr. (Scaev. 7 dig.): *Creditor fundum sibi obligatum ... vendidit ...*; por. także D. 16,1,28,1; D. 18,1,41 pr.

⁵ Por. H. HEUMANN, E. SECKEL, s.v. *obligare*, pkt. 3, s. 380, [w:] *op. cit.*; A. BISCARDI, *op. cit.*, s. 140. W starszej literaturze por. W. OKĘCKI, *Prawo familijne u Rzymian. Część pierwsza. Prawo małżeńskie*, Warszawa 1866, s. 209; K. CZYHLARZ, *Instytucje prawa rzymskiego*² [tłum. F. WITKOWSKI], Warszawa 1922, s. 324.

⁶ Por. R. W. LEAGE, *Roman Private Law founded on the Institutes of Gaius and Justinian*³, London 1961, s. 225. Ostatecznie, wyraźne rozróżnienie terminologiczne wprowadził Justynian, który zastrzegł termin *pignus* tylko dla zastawu z posiadaniem, zaś *hypotheca* miała dotyczyć zastawu bez posiadania. Por. I. SZPRINGER, *Kształtowanie się zastawu bezwarunkowego kolejnego wierzyciela w prawie rzymskim*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, [red.] A. DĘBIŃSKI, M. WÓJCIK, Lublin 2004, s. 269; TEJZE, *Pierwszeństwo zastawów w prawie rzymskim*, Lublin 2006, s. 12-13.

⁷ Podobną terminologię spotkać można również w innych księgach Digestów, np. D. 42,6,1,3 (Ulp. 64 ad ed.): *Sciendum est autem, etiamsi obligata res esse proponatur ab herede iure pignoris vel hypothecae ...*

III. ŹRÓDŁO ZAKAZU

1. Przekazy źródłowe mówiące o zakazie ustanawiania zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomościach posagowych wiążą go z treścią *lex Iulia*. Jednakże tekst Gaiusa jest jedynym fragmentem, pochodzącym sprzed dokonanej przez Justyniana w 530 roku reformy, który – relacjonując postanowienia ustawy julijskiej – obok zakazu alienacji nieruchomości posagowych wspomina również o zakazie ustanawiania na nich zabezpieczenia rzeczowego (... *ne id marito liceat obligare aut alienare*). Spośród innych pięciu fragmentów Digestów relacjonujących treść *lex Iulia*⁸, żaden nie wspomina o zakazie obciążania nieruchomości posagowych, lecz informują jedynie o zakazie rozporządzania. Co więcej, w kontekście tym, szczególną wymowę posiadają fragmenty 62 i 63 drugiego komentarza *Institutiones* Gaiusa.

G. 2,62-63: *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad prouincialia pertineat, dubitatur.*

Gaius wspomina o zakazie sformułowanym w *lex Iulia* w kontekście ograniczeń właściciela w dokonywaniu rozporządzeń. Jurysta mówi, że niezależnie od tego, że mężczyzna w sposób niewątpliwy nabeędzie własność kwirytną posagu, nie może on rozporządzać gruntami italskimi bez zgody żony (*invita muliere*). Gaius nie wspomina w ogóle o zakazie obciążania zabezpieczeniem rzeczowym tych nieruchomości.

Poszukując innych tekstów źródłowych, które mogłyby korespondować z fragmentem Gaiusowego komentarza do edyktu prowincjonalnego (D. 23,5,4), w Digestach odnaleźć można sześć tekstów,

⁸ D. 23,5,2; D. 23,5,11; D. 23,5,13; D. 23,5,16 oraz D. 41,1,62.

w których słowo *pignus* pojawia się w kontekście nieruchomości posagowej. Żaden z nich jednak nie pozwala na stwierdzenie, iż *lex Iulia* zabraniała obciążać nieruchomości stanowiących przedmiot posagu. W jednym tekście *pignus* stanowi ustanowione na rzecz żony zabezpieczenie zwrotu gruntu posagowego⁹, zaś w pięciu pozostałych mowa jest o gruncie, który został zastawiony, zanim stał się przedmiotem posagu¹⁰. Tą drugą sytuację odnaleźć można również we *Fragmenta Vaticana* oraz w jednej konstytucji cesarskiej¹¹.

Innymi słowy, poza fragmentem komentarza Gaiusa do edyktu prowincjonalnego, brak jest innych tekstów źródłowych potwierdzających zakaz ustanawiania zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomościach posagowych. Można chyba zatem przyjąć, że sama *lex Iulia de fundo dotali* nie wspominała o zakazie obciążania nieruchomości posagowych. Trudno bowiem przyjąć, że wzmianka o wprowadzeniu ustawą takiego ograniczenia nie zachowała się w innych fragmentach Digestów. Paralelny tekst powinien się pojawić chociażby w tytule trzecim księgi dwudziestej *Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt*¹².

2. Wskazane powyżej okoliczności zdają się zatem wskazywać, że sama ustawa julijska nie zawierała zakazu ustanawiania zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomościach posagowych. Skłania to do poszukiwania innego źródła obowiązywania tego zakazu, lub do zakwestionowania jego istnienia w prawie klasycznym poprzez sprowadzenie go do kreatywnej interwencji justyniańskich kompilatorów.

⁹ D. 24,1,7,6.

¹⁰ D. 20,4,9,3; D. 20,4,19; D. 20,6,11 pr-1; D. 24,3,49,1.

¹¹ Frag. Vat. 94; C. 2,3,11 (= C. 4,47,1).

¹² Oczekiwanie takie wydaje się tym bardziej uzasadnione, że poza tekstami Marcjanusa pochodzącymi z *liber singularis ad formulam hypothecariam* (*lex pierwsza*) oraz pojedynczymi fragmentami *quaestiones*, responsów i sentencji Paulusa (*leges* 3-5), *lex* druga tego tytułu jest tekstem Gaiusa, wyjętym, podobnie jak otwierający ten tytuł fragment Marcjanusa, z jedynej księgi poświęconej *formula hypothecaria*.

W literaturze pojawia się teza, iż zakaz dotyczący hipoteki mógł się pojawić jako swoisty refleks zakazu udzielania poręczeń (*intercessio*) przez kobietę, wprowadzonymi przez *Senatus Consultum Velleianum*¹³. Analiza tekstów dotyczących tego *senatus consultum* nie pozwala jednak na odnalezienie *unctim* tej uchwały senatu z *lex Iulia SC Velleianum* dotyczącego poręczeń udzielanych przez kobietę, a ponieważ właścicielem dóbr posagowych był mąż, trudno odnosić do nich postanowienia tej uchwały senatu. Sama kwestia *intercessio* będzie wprawdzie miała pewien związek z zakazem wprowadzonym przez *lex Iulia*, jednak dopiero za czasów Justyniana. Wydaje się bowiem, że wiązanie zakazu obciążania nieruchomości posagowych z zakazem intercesji – jeśli w ogóle miało miejsce – mogło się pojawić dopiero w okresie poklasycznym, kiedy to w odbiorze społecznym wyraźna była skłonność do traktowania posagu jako własności kobiety¹⁴. Wtedy to ustanowienie na nim zabezpieczenia długu mężowskiego mogło być traktowane jako poręczenie przez kobietę długu małżonka. Na gruncie prawa klasycznego konstrukcja taka jest jednak całkowicie nieuprawniona. Okoliczność ta jeszcze bardziej uprawdopodobnia tezę, że zakaz zastawiania nieruchomości posagowych pochodzi dopiero od Justyniana i nie był znany prawu klasycznemu¹⁵. O zakazie

¹³ Tak P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁷, Paris 1918, s. 971 i n.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, s. 690 przyp. 3; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I: *Diritto di famiglia*, [poprawiony przedruk wyd. 1] Milano 1963, s. 450.

¹⁴ Por. R. SOHM., *Institutionen des römischen Rechts*⁴, Leipzig 1889, s. 353; K. GENIUS, *Vorsorge für die geschiedene Ehefrau nach römischen Recht? – Überlegungen zur Funktion der dos*, [w:] *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, wyd. H. HÜBNER, E. KLINGMÜLLER, A. WACKE, Köln 1975, s. 50-51; P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Recht*⁴ [poprawione], oprac. H. HONSELL, TH. MAYER-MALY, W. SELB, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo 1987, s. 408; A. F. BARREIRO, J. PARRICIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Madrid 1991, s. 176.

¹⁵ Oddzielnym problemem jest kwestia celowości ustanawiania zastawu lub hipoteki na nieruchomościach posagowych. Wiąże się to z faktem, że zabezpieczenie takie miaoby znikomą wartość dla wierzyciela ze względu na zakaz alienacji nieruchomości posagowych, który uniemożliwiałby mu zaspokojenie swego roszczenia z zabezpieczenia. Nie była to jednak niemożliwość absolutna, która mogła

ustanawiania zastawu na posagowych nieruchomościach italskich nie ma mowy również w *Pauli Sententiae*¹⁶, co jest tym bardziej znamienne, że zbiór ten powstał dość późno¹⁷, zatem mógłby zawierać wzmianki o późniejszym rozwoju interpretacji.

Czy zatem należy postawić tezę, że (we fragmencie D. 23,5,4) justyniańscy kompilatorzy dokonali ingerencji polegającej na dodaniu słów „*obligare aut*” przed słowem „*alienare*”? Podejrzenia o interpolacje względem tego sformułowania są właściwie nieobecne w literaturze. Jedynym autorem, który czynił zarzut interpolacji odnośnie słów „*obligare aut*” był w połowie XIX wieku Charles Demangeat, choć, co należy podkreślić, jego argumenty opierające się na twierdzeniach, że w czasach Augusta nie znano zastawu ręcznego ani hipoteki¹⁸, są niemożliwe do akceptacji.

Teza interpolacjonistyczna przedstawia się zatem nader kusząco, jednak nie warto chyba się do niej uciekać. Przede wszystkim, mimo wielu poszlak, brakuje źródeł, które w sposób pozytywny wskazałyby, że mąż mógł swobodnie obciążać nieruchomości posagowe zastawem lub hipoteką. Natomiast wnioskowanie z milczenia źródeł, z metodologicznego punktu widzenia pociąga za sobą duże ryzyko. Dotyczy to również analizowanego przypadku, kiedy to wydaje się, że milczenie owo jest nader wymowne. Czy można zatem, dysponując znanym współcześnie materiałem źródłowym, w sposób przekonujący rozstrzygnąć ten problem? Wydaje się, że warto podjąć taką próbę.

by poddawać w wątpliwość ważność zastawu lub hipoteki. Zakaz alienacji mógł bowiem zostać uchylony lub po prostu przestać obowiązywać, jeśli nieruchomość straciła posagowy charakter.

¹⁶ PS. 2,21b, 2: *Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet.*

¹⁷ Por. W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*⁴, [rozszerzone] Weimar 1964, s. 130.

¹⁸ Por. szerzej CH. DEMANGEAT, *De la condition du fonds dotal en droit romain. Commentaire du titre du Digeste de fundo dotali (dix leçons faites au cours de 1860)*, Paris 1960, s. 210-214.

3. Ważna wydaje się tu teza, że chociaż zakazu obciążania nieruchomości mogło nie być w ustawie, to z czasem pojawił się jako rozszerzająca interpretacja klasycznych jurystów¹⁹. Warto zwrócić przy tym uwagę na dalszy ciąg przywoływanego już w niniejszym tekście wywodu Gaiusa zawartego w jego Instytucjach. Jurysta, kontynuując swe rozważania dotyczące przypadków, w których właściciel nie może rozporządzać swą własnością, przechodzi do sytuacji odwrotnych, kiedy to można ważnie rozporządzać rzeczą, której nie jest się właścicielem. Jako przykład wskazuje Gaius przedmiot zastawu.

G. 2,64: ... *item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

Gaius pisze, że zastawnik może na mocy porozumienia stron sprzedać przedmiot zastawu, którego nie jest właścicielem. Jednocześnie wskazuje wyraźnie, że ową zgodę dłużnika dającego zastaw domniemywa się. Do tych samych wniosków prowadzi analiza fragmentu Ulpiana, zawartego w tytule Digestów *De pignoratitia actione vel contra*²⁰. Jurysta wskazuje tam, że zastawnikowi wolno sprzedać przedmiot zastawu również wówczas, gdy nie zawarto w tej mierze stosownego porozumienia.

Zarówno wywód Gaiusa, jak i rozstrzygnięcie Ulpiana są świadectwem rozwoju, jaki nastąpił w sposobie postrzegania zastawu. O ile bowiem już w okresie późnej Republiki powszechnie uwzględniano w porozumieniu stron towarzyszącym ustanowieniu

¹⁹ Por. F. PRINGSHEIM [rec.] P. NOAILLES, *L'inaliénabilité dotale et la Nouvelle 61*, Paris 1919, «ZSS» 44 (1924), s. 556. Tak również M. LAURIA, *Matrimonio – dote in diritto romano*, Napoli 1952, s. 151; R.W. LEAGE, *op. cit.*, s. 110.

²⁰ D. 13,7,4 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraixerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*

zastawu upoważnienie zastawnika od sprzedaży przedmiotu zastawu celem zaspokojenia swego roszczenia, w sytuacji niewywiązania się przez dłużnika będącego zastawcą z jego zobowiązania, o tyle za czasów dynastii Sewerów upoważnienie to stanowiło już element, który – jeśli posłużyć się współczesną siatką pojęciową – można określić jako *naturale negotii*²¹.

W świetle tych ustaleń widać, że ewolucja rzymskiej jurysprudencki w odniesieniu do zastawu, w nieunikniony sposób musiała mieć swe konsekwencje dla sposobu, w jaki juryści rzymscy odczytywali treść zakazu rozporządzania nieruchomościami posagowymi sformułowanego w *lex Iulia*. Skoro ustanowienie zastawu na tych nieruchomościach oznaczało upoważnienie zastawnika do ich ewentualnego zbycia, to zakaz alienacji nieruchomości posagowych musiał oznaczać również zakaz ustanawiania na nich zabezpieczenia rzeczowego. Tym samym, uznanie przez jurysprudenckę rzymską, że do natury zastawu należy warunkowa zgoda na zbycie jego przedmiotu przez zastawnika²², oznaczało, że do ustanowienia zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomości posagowej zaczęto odnosić zakaz sformułowany w *lex Iulia* w stosunku do rozporządzania tymi nieruchomościami.

IV. ZGODA ŻONY NA *OBLIGATIO FUNDI DOTALIS*

1. Jak już wspomniano, tekst Gaiusa jest jedyną przedjustyniańską relacją, która wspomina o zakazie ustanawiania zabezpieczeń rzeczowych na nieruchomości posagowej. Przekaz ten nie porusza kwestii zgody żony, której wyrażenie uchylało zakaz alienacji. Tymczasem Justynian stwierdza, że o ile *lex Iulia* zakazywała rozporządzania nieruchomościami posagowymi w sytuacji, gdy żona nie wyrazi na to zgody, o tyle zakaz ustanawiania hipoteki na tych nieru-

²¹ Ewolucję tę przedstawia zwięźle R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johansburg 1992, s. 224-225, gdzie również wskazano literaturę, w której szczegółowo problematyka ta była rozpatrywana. Por. również A. BISCARDI, *op. cit.*, s. 139.

²² Por. A. BISCARDI, *op. cit.*, s. 137 oraz cytowani przezeń autorzy.

chomościach miał być według cesarza bezwarunkowy. Fragmenty Instytucji i Kodeksu Justyniana są w tej mierze zgodne, bowiem w Instytucjach zrelacjonowano treść ustawy julijskiej w sposób identyczny co do meritum ze sposobem, w jaki uczyniono to uprzednio w konstytucji z 530 roku, uzasadniając zmiany, których Justynian dokonał w dotychczasowym stanie prawnym.

Dla wyrobienia sobie zdania na temat tego przekazu warto przyrzeć się bliżej fragmentowi Instytucji. Rozpoczyna się on zdaniem zaczerpniętym od Gaiusa (G. 2,63: *Nam dotale ... ei datum*), zaś jedyna zmiana związana jest z usuwaniem z tekstów klasycznych terminów *mancipatio* oraz *in iure cessio*. U Gaiusa mowa jest wyłącznie o zakazie alienacji nieruchomości posagowych. Ponowne odwołanie do *lex Iulia*, powtórnie omawiające jej treść, jest już autorstwa Justyniana przywołującego postanowienia swej konstytucji z 530 roku, w której po raz pierwszy przypisał ustawie julijskiej wprowadzenie zakazu obciążania hipoteką gruntów posagowych, niezależnie od zgody wyrażonej przez żonę²³.

Zatem jedyne fragmenty tekstów źródłowych mogące świadczyć o bezwzględnym zakazie obciążania nieruchomości posagowych pochodzą dopiero od Justyniana, który zawsze wspomina o tym w kontekście zmian przez siebie wprowadzonych. Wskazywałoby to, że bezwzględny zakaz dotyczący hipoteki należy przypisać dopiero Justynianowi, zwłaszcza że milczy o nim poklasyczny przekaz, jakim są *Pauli Sententiae*. Również w doktrynie podkreśla się, że zarówno *Digesta*, jak i Kodeks nie potwierdzają wersji Justyniana²⁴ i wyraża się przekonanie, że to dopiero Justynian wprowadził bezwzględny zakaz obciążania nieruchomości posagowych hipoteką²⁵.

²³ C. 5,13,1,15.

²⁴ Por. P.E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930 [drugi przedruk Aalen 1979], s. 180.

²⁵ Por. P. NOAILLES, *op. cit.*, s. 57. Warto wskazać jednak, że nawet we współczesnej literaturze można się zetknąć z opiniami dającymi wiarę zapewnieniom tekstów justyniańskich. Por. np. F.J. ANDRÉS SANTOS, *Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico*, Valladolid 1997, s. 229.

W tym kontekście, wzmianki o bezwzględnym zakazie ustanawiania hipoteki, znajdujące się w justyniańskich przekazach na temat treści *lex Iulia* można byłoby uznać za zabiegi retoryczne, pozwalające cesarzowi na uzasadnienie zmian przez siebie wprowadzanych, poprzez przedstawienie ich jako powrotu do „dawnego, dobrego” prawa²⁶. W sytuacji takiej, wzmianka w konstytucji z 530 roku mogła służyć wywołaniu wrażenia, że dokonane przez cesarza daleko idące zmiany polegające na nadaniu zakazowi alienacji charakteru bezwzględnego mają wymiar niemalże kosmetyczny i stanowią logiczne rozwinięcie pierwotnej treści ustawy Augusta, gdy tymczasem tak nie było.

2. Pomimo podniesionych wyżej wątpliwości wydaje się, że przekaz Justyniana o bezwarunkowym zakazie ustanawiania hipoteki na nieruchomościach posagowych, mógł w pewnej mierze nawiązywać do klasycznego stanu prawnego, choć wszystko wskazuje na to, że nie było o nim mowy w samym tekście ustawy. W każdym bądź razie wskazuje on na okoliczność, którą należy wiązać ze znaczeniem, jakie klasyczna jursprudencja nadała z czasem treści *lex Iulia*.

Jeśli bowiem potraktować słowa Justyniana ... *hypothecam autem nec si mulier consentiebat* ... nie tyle jako mówiące o bezwzględnym zakazie ustanawiania zabezpieczeń na nieruchomościach posagowych, lecz jako wypowiedź dotyczącą doniosłości prawnej zgody żony na ustanowienie takiego zabezpieczenia, wówczas można przyjąć, że stwierdzenie Justyniana nawiązywało do wzmiankowanego już rozwoju interpretacji, której *lex Iulia* poddawana była przez jurystów. Skoro bowiem zakaz sformułowany w *lex Iulia* został rozciągnięty na ustanowienie zabezpieczenia rzeczowego z tego względu, że do istoty tej czynności zaliczono zgodę na ewentualną jej sprzedaż, to rozwój ten pociągał za sobą określone konsekwencje.

²⁶ Na stosowanie przez Justyniana praktyki polegającej na powoływaniu się na nieistniejące normy prawa klasycznego wskazuje D. MEDICUS, *Zur Geschichte des 'Senatus Consultum Velleianum'*, Köln-Graz 1957, s. 67.

Jeśli bowiem przyjąć, że zakaz ustanawiania zabezpieczenia rzeczowego na nieruchomościach posagowych mógł być uchylony przez zgodę żony na ich obciążenie zastawem, to mąż mógł uzyskać taką zgodę w sytuacji, gdy żona nie zdawała sobie sprawy – i zapewne nie obejmowała tej ewentualności swą zgodą – z tego, że wyraża tym samym zgodę na ewentualne zbycie nieruchomości posagowej. Zatem możliwość ważnego obciążenia nieruchomości dzięki uzyskaniu zgody kobiety mogła prowadzić do obejścia ustawy julijskiej. Ta okoliczność uzasadniałaby interpretację odmawiającą skuteczności prawnej zgodzie wyrażonej przez żonę na samo obciążenie nieruchomości posagowej. W tym też kontekście stwierdzenie Justyniana „*hypothecam autem nec si mulier consentiebat*” można uznać za nawiązanie do klasycznej doktryny, która rzeczywiście – jak się wydaje – odmawiała skuteczności prawnej zgodzie żony na obciążenie nieruchomości posagowej zastawem. Tym samym więc można uznać, że cesarz mówiąc o absolutnym zakazie obciążania nieruchomości posagowych zabezpieczeniami rzeczowymi mógł w pewnej mierze nawiązywać do klasycznej jursprudencej. Nie zmienia to jednak faktu, że ważne ustanowienie zabezpieczenia powinno być możliwe w sytuacji uzyskania zgody na alienację nieruchomości.

3. Jeśli przeprowadzony powyżej wywód uznać za uprawniony, wówczas pozwala on również wysunąć wnioski co do natury procesu, jakim był rozwój prawa rzymskiego w drodze interpretacji dokonywanej przez jurystów. Zmiany w sposobie rozumienia zastawu pociągnęły za sobą konieczność rozciągnięcia zakazu alienacji na ustanowienie zabezpieczenia rzeczowego. Można wskazać tu na analogiczne zjawisko, występujące na gruncie *oratio Severi*, zakazującej tutorowi alienowania należących do pupila nieruchomości. Najprawdopodobniej sama *oratio* zakazywała jedynie rozporządzania nieruchomościami, zaś do dorobku jurystów należy odniesienie tego zakazu do zastawiania nieruchomości²⁷. Wynika stąd, że opisa-

²⁷ Por. A. BISCARDI, *op. cit.*, s. 137.

ne rozszerzenie obydwu zakazów nie miało charakteru arbitralnej opinii jurystów, lecz stanowiło nieuniknioną konsekwencję rozwoju prawa w określonym kierunku, wynikającą z dążenia do zachowania *ratio* ustawy zabraniającej zbywania nieruchomości posagowych bez zgody kobiety. Tym samym jureprudence rzymska nie wprowadziła w drodze interpretacji dodatkowego zakazu, którego nie przewidywała ustawa. Odniesienie zakazu sformułowanego w *lex Iulia* do zastawiania nieruchomości posagowych miało na celu jedynie pełne urzeczywistnienie zasadniczego zakazu alienacji.

Z tych samych powodów, zgodnie na ustanowienie zabezpieczenia rzeczowego nie można było przyznać analogicznej skuteczności prawnej, jak zgodnie na alienację. Ze względu na naturę zabezpieczenia rzeczowego, tylko zgoda na alienację mogła warunkować zarówno ważne rozporządzenie nieruchomością posagową, jak i ustanowienie na niej zabezpieczenia rzeczowego. Zgoda obejmująca jedynie ustanowienie zabezpieczenia pozostawała w związku z tym nieskuteczna.

V. PODSUMOWANIE

Powyższe rozważania dotyczące wpływu, jaki *lex Iulia de fundo dotali* miała na możliwość obciążania zastawem nieruchomości posagowych, pozwalają na poczynienie kilku ustaleń. Po pierwsze, sama ustawa nie zawierała prawdopodobnie postanowień dotyczących obciążania nieruchomości posagowych ograniczając się do zakazu rozporządzania nimi bez zgody żony. Jednakże rozwój w sposobie rozumienia przez jureprudence klasyczną natury porozumienia stron, do którego dochodzi przy ustanawianiu zabezpieczenia rzeczowego sprawił, że zakaz z ustawy julijskiej należało rozumieć jako obejmujący również zastawienie nieruchomości posagowych tak, jak czyniono to w odniesieniu do zakazu sformułowanego w *oratio Severi*. Uznanie warunkowej zgody na sprzedaż przedmiotu zabezpieczenia rzeczowego za należącą do jego natury sprawiło, że nierozciągnięcie zakazu alienacji nieruchomości posagowych na zakaz ich obciążania oznaczałoby zniweczenie celu, jaki przyświecał

ustawie julijskiej, a którego zachowanie było naczelną dyrektywą interpretacyjną dla jurystów²⁸. W tym kontekście, celowym było również odmówienie skuteczności prawnej ewentualnej zgodzie żony na obciążenie. Kobieta mogła bowiem nie być świadoma tego, że wyrażając zgodę na obciążenie nieruchomości przyzwalała jednocześnie na rozporządzenie nią.

PROHIBITION OF CREATION OF REAL SECURITY OVER A DOWRY
IN CLASSICAL ROMAN LAW

Summary

Lex Iulia de fundo dotali, as enacted in 18 BC, prohibited alienation of immovable property constituting a dowry. Three passages from the Justinian's Compilation inform that the *lex Iulia* also prohibited creation of a real security over the dowry immovables. The first passage, by Gaius (D. 23,5,4) says the *lex Iulia* prohibited the immovables to be either pledged or alienated (*Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare*). The other two passages come directly from Justinian and state that *lex Iulia* prohibited mortgaging (*hypothecare*) of dowry immovables even in case the wife accepted creation of such a security, whereas the wife's consent enabled a lawful alienation thereof (C. 5,13,1,15; I. 2,8 pr.).

The paper concentrates on two issues. The first is the very existence of the said prohibition in the classical Roman law. The second one focuses on wife's consent to the real security over her dowry, which – as Justinian claimed – had no legal effect.

As concerns the first issue, analysis contained in the paper leads to a conclusion that the *lex Iulia de fundo dotali* did not expressly provide for the establishment of a real security over dowry. Nevertheless, evolution of the Roman jurisprudence in respect to *pignus* resulted in the 2nd century

²⁸ Por. D. 1,3,14; D. 1,3,17-19.

AD with the common agreement among jurists that the establishment of *pignus* enclosed also a tacit consent for alienation of the thing given in *pignus* in case the debt was not paid. In this context a prohibition of alienation as contained in *lex Iulia* had to be understood as concerning also creation of the real security (*pignus* or *hypotheca*) over dowry immovables. Otherwise, *lex Iulia* could be circumvented by means of establishment of a real security leading in fact to alienation.

The above conclusion also allows to solve the second problem. Justinian's statements that *lex Iulia* prohibited creation of a real security over dowry despite the wife's consent are true exposition of the classical law in so far as Justinian thought about the consent to the establishment of the real security. It seems uncontroversial, the husband was able to create valid real security over dowry, if the wife consented to the alienation of a *fundus dotalis*. The wife's consent to pledge the land being her dowry was not enough as the woman might not be conscious, that she consents to possible alienation.