

LENA FIJAŁKOWSKA
(Łódź)

O przydatności mediewistyki prawniczej dla studiów nad historią prawa starożytnego Bliskiego Wschodu

Von der Nützlichkeit der juristischen Mediävistik für die Studien zur Geschichte des antiken Rechts im Nahen Osten

1. Wstęp. 2. Prawo rzymskie i prawo średniowieczne jako materiał porównawczy w badaniach orientalistycznych. 3. Źródła i metodologia w badaniach mediewistycznych i orientalistycznych. 4. Problemy terminologiczne. 5. Własność i inne prawa rzeczowe w prawie orientalnym, rzymskim i średniowiecznym. 6. Konkluzja.

1. Einführung; 2. Römisches und mittelalterliches Recht als Vergleichsmaterial für die orientalistischen Studien; 3. Quellen und Methodik in den mediävistischen und orientalistischen Forschungen; 4. Probleme der Terminologie; 5. Eigentum und andere dinglichen Rechte im orientalen, römischen, und mittelalterlichen Recht; 6. Zusammenfassung.

1

Starożytny Bliski Wschód, często nazywany kolebką cywilizacji, stanowi również kolebkę prawa; z tego właśnie obszaru z połowy trzeciego tysiąclecia p.n.e. pochodzą najstarsze teksty praktyki prawnej. Do I w. n.e., kiedy to powstały ostatnie spisane pismem klinowym dokumenty prawne, na terenach Mezopotamii, Syrii i Azji Mniejszej sporządzono dziesiątki tysięcy glinianych tabliczek zawierających umowy, akty adopcji, testamenty, protokoły rozpraw sądowych itp. Powstało też kilka zbiorów praw, z których najsłynniejszy jest tzw. *Kodeks Hammurabiego*.

2

Chronologicznie systemy prawne starożytnego Bliskiego Wschodu można niewątpliwie zaliczyć do praw antycznych. Powoduje to, że niejako automatycznie punktem odniesienia dla wyjaśniania bliskowschodnich instytucji staje się często prawo rzymskie; siłą rzeczy również z prawa rzymskiego wywodzi się siatka poję-

ciowa używana dla ich opisywania¹. W ostatnich czasach pojawiły się nawet postulaty szerszego zastosowania rzymskiej terminologii i romanistycznych narzędzi badawczych w orientalistyce; ich autorzy zwracają uwagę na przydatność jednych i drugich dla omawiania bliskowschodnich konstrukcji prawnych².

Takie podejście jest niewątpliwie kuszące, zwłaszcza że współczesna terminologia prawnicza wywodzi się właśnie z prawa rzymskiego i przynajmniej w pewnym stopniu jesteśmy na nią skazani. Nie należy jednak zapominać o związanych z tym problemach. Na współczesnego prawnika czyha niebezpieczeństwo, które polega na skłonności do patrzenia na starowschodnie prawo przez pryzmat myślenia ukształtowanego przez romanistyczną terminologię, i traktowaniu podstawowych założeń prawa rzymskiego jako obowiązujących niejako z natury rzeczy we wszystkich systemach prawnych³. Jednak uważna analiza obu systemów prawnych ukazuje fundamentalne różnice zarówno w rodzaju źródeł, a co za tym idzie, w sposobie pracy nad nimi, jak i w charakterze poszczególnych instytucji. Te ostatnie są zaś często tak znaczące, że w wielu wypadkach posługiwanie się rzymską czy współczesną terminologią może budzić poważne wątpliwości.

Istnieje jednak epoka, która dostarcza prawnikowi-orientaliście znacznie bliższych i bardziej przydatnych niż prawo rzymskie analogii. Jest nią średniowiecze. Jak postaram się wykazać w następnych akapitach zarówno źródła i metody badawcze historyka prawa tej epoki, jak i wiele instytucji średniowiecznego prawa znacznie bliższe są tym, z którymi ma do czynienia orientalista.

¹ Ta metoda badawcza widoczna jest zwłaszcza w klasycznych już pracach niemieckich historyków prawa, z których wielu specjalizowało się w prawie rzymskim przed zajęciem się orientalistyką. Por. np. P. Koschaker, *Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht*, Leipzig–Berlin 1911; M. San Nicoló, *Die Schlussklauseln der altbabylonischen Kauf- und Tauschverträge*, München 1922; H. Petschow, *Die Neubabylonischen Kaufformulare*, Leipzig 1939. Ostatnio rzymską terminologię i systematykę zastosowali wydawca i autorzy monumentalnej *A History of Ancient Near Eastern Law*, t. 1–2, ed. R. Westbrook, Leiden–Boston 2003.

² Por. np. D. Mantovani, *Diritto romano, diritti cuneiformi: prove di dialogo e stili di ricerca*, [w:] *I diritti del mondo cuneiforme*, ed. M. Liverani e Clelia Mora, Pavia 2008, s. 3–11; C. Zaccagnini, *Diritti del mondo cuneiforme e diritto romano. Una « storia spezzata »*, s. 41–51.

³ Za przykład niech posłużą rozważania nad jedną z klauzul zawartych w dokumentach sprzedaży nieruchomości z Emar w Syrii (XIV–XII w. p.n.e.). Jej treść jest następująca: *jeśli ktokolwiek zaskarzy umowę, zapłaci 1000 shekli świątyni i 1000 shekli starszym miasta*. Natychmiast nasuwa się pytanie, co to znaczy „ktokolwiek”. Analizujący ją historycy prawa zgodnie odrzucają możliwość, iż występuje tu – jak wydawałoby się na pierwszy rzut oka – dokonane przez strony umowy generalne wyłączenie jakichkolwiek roszczeń, także osób trzecich. Jako zasadniczy argument przedstawiają tu „oczywiste”, niewymagające udowodnienia obowiązywanie zasady *nemo altere stipulari potest*. Por. np. W. F. Leemans, *Aperçu sur les textes juridiques d'Emar*, „Journal of Economic and Social History of the Orient” nr 31, 1988, s. 207–242; E. Dombradi, *Studien zu mithārum/mithāriš und die Frage des Duplums: II. Poenaler Zweck oder sozio-ökonomisch motivierte Regulierung des Vertragsbruchs?*, „Zeitschrift für Altorientalische und Biblische Rechtsgeschichte” nr 6, 2000, s. 16–34.

3

Starożytni Rzymianie praktycznie nie pozostawili po sobie tekstów praktyki prawnej; podstawowym źródłem do badań nad ich prawem są kodeksy prawne i pisma wybitnych prawników, a w mniejszym stopniu teksty literackie⁴. W średniowieczu natomiast dzieła przedstawicieli doktryny pojawiają się stosunkowo późno, wraz z recepcją prawa rzymskiego; zasadniczym źródłem poznania prawa są natomiast liczne dokumenty praktyki, a w mniejszym stopniu – akty prawne wydawane przez władców, takie jak kapitularze, ordonanse, statuty, a także prywatne zbiory praw⁵. Bardzo podobnie przedstawia się sytuacja na starożytnym Bliskim Wschodzie. Jego mieszkańcy nigdy nie stworzyli nauki w naszym rozumieniu tego słowa, w tym nauki prawa; nie powstały tam dzieła w rodzaju *Instytucji* Gajusza, nie prowadzono teoretycznych rozważań o prawie. Działali natomiast prawnicy wyspecjalizowani w tworzeniu nawet bardzo skomplikowanych aktów praktyki prawnej, i to one właśnie stanowią główne źródło poznania prawa tej epoki. Inne cenne źródła stanowią tak zwane kodeksy prawne, z najsłynniejszym z nich *Kodeksem Hammurabiego*. Choć ich charakter i zakres obowiązywania do dziś budzi poważne kontrowersje⁶, dostarczają one istotnych wiadomości, zwłaszcza o bliskowschodnim prawie karnym (choć z zastrzeżeniem, że nie wiadomo, na ile ich postanowienia znajdowały odzwierciedlenie w praktyce). Od razu nasuwa się porównanie ze średniowiecznymi zbiorami prawnymi, jak *Leges Barbarorum*, *Ruska Prawda*, czy – w mniejszym stopniu – polskie statuty Kazimierza Wielkiego. Oczywiście wszelkie analogie należy przeprowadzać ostrożnie, jednak nie sposób nie zauważyć wyraźnych podobieństw pomiędzy tymi dokumentami. Wszystkie

⁴ O źródłach prawa rzymskiego por. np. W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, s. 27–129.

⁵ Por. np. H. Planitz, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Graz–Köln 1971, s. 73–81; 131–151; H. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2001, s. 37–100; S. Plaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 1: *X–XVIII wiek*, Kraków 2002, s. 35–137; J. Bardach, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 1: *Do połowy XV wieku*, Warszawa 1964, s. 91–91; 158–166; 367–379. O zawartości polskich ksiąg sądowych i kodeksów dyplomatycznych zob. ostatnio Z. Rymaszewski, *Woźny sądowy*, Warszawa 2008, s. 5–15 (wraz z wcześniejszą literaturą).

⁶ Według pierwszej hipotezy były to ustawy królewskie; według drugiej – swego rodzaju „podręczniki obowiązującego prawa”, które były przeznaczone dla sędziów i miały charakter pomocniczy; wreszcie większość filologów i historyków jest zdania, że w ogóle nie były to akty normatywne, lecz jedynie inskrypcje komemoratywne upamiętniające działalność władcy w zakresie wymierzania sprawiedliwości. Por. m.in. S. Lafont, *La valeur de la loi dans les droits cunéiformes*, „Archives de philosophie du droit” nr 32, 1987, s. 335–364; R. Westbrook, *Cuneiform Law Codes and the Origins of Legislation*, „Zeitschrift für Assyriologie” nr 79, 1989, s. 201–222; S. Lafont, *Codification et subsidiarité dans les droits du Proche-Orient ancien*, [w:] *La codification des lois dans l'antiquité*, éd. E. Levy, Paris 2000, s. 49–64.

one dotyczą prawa sądowego, przede wszystkim karnego (a statuty – procesu), wszystkie mają charakter kazuistyczny i nie regulują wyczerpująco żadnej gałęzi prawa. Jak się wydaje, „technika ustawodawcza” cywilizacji starożytnego Bliskiego Wschodu, Europy zachodniej wczesnego średniowiecza, jedenastowiecznej Rusi i czternastowiecznej Polski była bardzo podobna, a brak umiejętności tworzenia norm generalnych wymuszał spisywanie praw w formie opisu poszczególnych przypadków⁷. Historycy prawa tych epok stają również przed podobnymi problemami metodologicznymi – zazwyczaj podstawowe trudności są związane z ustaleniem charakteru źródła i zakresu jego obowiązywania, jak również z odpowiedzią na pytanie, na ile omawiane zbiory rzeczywiście odzwierciedlają praktykę prawną swojej epoki. Nie trzeba chyba dodawać, że ani orientaliści, ani mediewiści nie rozwiązali jeszcze tych problemów⁸.

⁷ Istnieje oczywiście rzymskie źródło niezwykle podobne w swej konstrukcji do bliskowschodnich kodeksów; jest to Ustawa XII Tablic; podobieństwo to skłoniło nawet niektórych uczonych do wysunięcia tezy o bliskowschodnim pochodzeniu tego dokumentu, a przynajmniej o jego powstaniu pod wpływem bliskowschodniej „myśli prawniczej” znanej Rzymianom dzięki Etruskom lub Kartagińczykom. Por. np. R. Westbrook, *The Nature and Origins of the Twelve Tables*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, „Romanistische Abteilung”* nr 105, 1988, s. 74–112. Jednak rzymskie źródła z późniejszych epok mają już zupełnie inny charakter. Westbrook tłumaczy to zjawisko przełomowym wpływem greckiej nauki na rzymskich legislatorów; miałyby ona całkowicie zmienić ich sposób myślenia o prawie i przyczynić się do stworzenia prawa rzymskiego takim, jakim znamy je dzisiaj.

⁸ O dyskusji dotyczącej charakteru i zakresu obowiązywania *Leges Barbarorum* zob. ostatnio K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Köln–Wien 2008, s. 49–65 (z najnowszą literaturą); nowsze opracowanie dotyczące Ruskiej Prawdy i statutów Kazimierza Wielkiego zob. S. Plaza, *Historia...*, s. 59 i 112.

Należy również pamiętać, że, choć budowa i „zawartość” wszystkich omawianych zbiorów są podobne, istnieją również między nimi istotne różnice, które wynikają między innymi z ewolucji, jakiej podlegało prawo starożytnego Bliskiego Wschodu przez trzy tysiące lat swego istnienia. Nie ma tu miejsca na szczegółowe porównania systemów prawa karnego, ale wskazać trzeba różnice dotyczące podstawy odpowiedzialności karnej i rodzaju wymierzanych kar. O ile we wczesnym średniowieczu, jak również w Polsce czasów Kazimierza Wielkiego, o odpowiedzialności tej decydował przede wszystkim skutek zewnętrzny czynu, zaś pojęcie winy ostatecznie zdomowało się w systemie prawnym dopiero pod koniec średniowiecza. Wszystkie bliskowschodnie kodeksy za najważniejszą, choć nigdy wprost niewyrażoną (ze względu na brak umiejętności tworzenia pojęć i norm generalnych), podstawę odpowiedzialności uznają winę, czyniąc również w praktyce rozróżnienie między winą umyślną i nieumyślną.

We wczesnym średniowieczu i w Kazimierzowskiej Polsce obowiązywał system kar kompozycyjnych, a więc finansowych. Prawo starożytnego Bliskiego Wschodu także stosuje obszernie tego typu kary, obok nich jednak od czasów Hammurabiego (XVIII w. p.n.e.) coraz częściej w wypadku cięższych przestępstw pojawia się kara śmierci oraz kary mutylacyjne. Przyjmuje się jednak, że zazwyczaj tego rodzaju kar można było uniknąć, płacąc kompensację ofierze lub jej rodzinie. Por. R. Westbrook, *Studies in Biblical and Cuneiform Law*, Paris 1988, s. 39–126.

Inaczej przedstawia się sytuacja, gdy chodzi o prawo cywilne, gdzie podobieństwa są znacznie większe; trudno oprzeć się w tym miejscu pokusie zacytowania jednego z artykułów Praw Hammurabiego w zestawieniu z fragmentem Ruskiej Prawdy:

Zarówno dla historyka prawa orientalnego, jak i dla mediewisty podstawowym materiałem badawczym są jednak dokumenty praktyki. W pierwszym wypadku zdecydowanie przeważają teksty prywatnej praktyki prawnej – umowy sprzedaży i pożyczki, akty adopcji, testamenty, kontrakty małżeńskie; znacznie mniej jest protokołów sądowych⁹. Polski mediewista ma z kolei do dyspozycji przede wszystkim księgi sądowe, a w drugiej kolejności kodeksy dyplomatyczne. Oczywiście inny jest język, w jakim dokumenty te spisano (łacina, później polski w jednym wypadku, sumeryjski i akadyjski – w drugim), orientalista ma również nad mediewistą tę „przewagę”, że tak częste w dawnych epokach pożary, które bezpowrotnie niszczyły dokumenty spisane na pergaminie czy papierze, dla tabliczek glinianych miały działanie wręcz dobroczynne, powodowały bowiem ich wypalenie, a zatem zwiększoną trwałość. Zasadnicza metoda badawcza pozostaje jednak w obu przykładach taka sama i sprowadza się – najogólniej rzecz ujmując – do żmudnego wydobywania pojedynczych informacji z setek dokumentów w nadziei uzyskania szerszego obrazu, który zawsze jednak pozostaje niekompletny, nie można go bowiem uzupełnić ani wiadomościami zaczerpniętymi z nieistniejących wszak dzieł doktryny, ani nawet z dzieł prawniczych w rodzaju *Instytucji* Gajusza. Niezwykle przydatne dla historyka prawa orientalnego okazały się także narzędzia badawcze wypracowane przez średniowieczną dyplomatykę; potraktowanie tabliczki klinowej tak jak średniowiecznego dokumentu i dokładna analiza jej cech zewnętrznych pozwala często na wyjaśnienie wielu wątpliwości dotyczących jej zawartości¹⁰.

PH § 171: *Jeśli ojciec za swego życia nie oświadczy co do dzieci, które urodziła mu niewolnica: „Moje dzieci”, gdy ojciec umrze, dzieci niewolnicy nie podzielą jego majątku z dziećmi jego żony. Wyzwolenie niewolnicy i jej dzieci zostanie jednak zapewnione.* (cyt. za: Roth, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta 1995, s. 114).

Ruska Prawda, art. 98: *Jeżeli jakiś człowiek będzie miał dzieci z niewolnicą, nie należy im się spadek, lecz są wolni razem z matką* (cyt. za M. Jedlicki, *Powszechna historia państwa i prawa. Wybór tekstów źródłowych*, Warszawa 1955, s. 125–145).

⁹ Wyjątek stanowi epoka III dynastii z Ur (koniec III tysiąclecia), z której zachowały się setki przechowywanych prawdopodobnie przez administrację tabliczek zawierających streszczenia zakończonych spraw sądowych. Por. ostatnio na ten temat B. Lafont, *Les textes judiciaires sumériens*, [w:] *Rendre la justice en Mésopotamie*, red. F. Johannes, Saint-Denis 2000, s. 35–68.

¹⁰ Por. na ten temat ostatnio D. Charpin, *Esquisse d'une diplomatie des documents mésopotamiens*, „*Bibliothèque de l'École des chartes*” nr 160, 2002, s. 487–511. Przykład zastosowania takiego podejścia w praktyce, por. S. Démare-Lafont, *Éléments pour une diplomatie juridique des textes d'Emar*, [w:] *Les actes de La Table ronde internationale Trois millénaires de formules juridiques dans le monde ouest-sémitique*, organisée par A. Lemaire et S. Démare-Lafont, à l'E.P.H.E. (Paris) les 28 et 29 septembre 2006.

4

Jednym z najistotniejszych problemów, z jakimi spotyka się prawnik orientalista, jest kwestia terminologii. Jak wspomniano wyżej, brak było na starożytnym Wschodzie uporządkowanego i opisanego systemu pojęć i instytucji prawnych, toteż prawnicze słownictwo mieszkańców Mezopotamii i Syrii było dość ubogie. Nie znali oni na przykład odrębnych nazw dla różnych rodzajów stosowanych w praktyce kontraktów, nie istniały też w języku akadyjskim terminy na określenie małżeństwa, dziedziczenia czy adopcji. Stąd wynika konieczność opisywania elementów prawa mezopotamskiego za pomocą nazw wywodzących się z naszej kultury prawnej i związane z nią niebezpieczeństwo przypisywania – w ślad za nazwami – także rzymskich cech poszczególnym instytucjom prawnym, a także kłopoty z opisaniem i zdefiniowaniem wielu instytucji, których ich twórcy sami nigdy ani nie opisali, ani nie zdefiniowali (i pewnie nawet się nad tym nie zastanawiali), my zaś musimy to uczynić jedynie na podstawie dokumentów praktyki prawnej, a nie rozpraw teoretycznych czy podręczników. Innymi słowy, badanie dziejów starowschodniego prawa polega między innymi na stawianiu sobie pytań w rodzaju: jak Babilończyk zdefiniowałby własność, posiadanie, najem czy dzierżawę, gdyby w ogóle dostrzegł potrzebę skonstruowania takiej definicji. Tymczasem często znacznie lepiej byłoby w poszukiwaniu nazw, wyjaśnień i analogii sięgnąć do średniowiecznych instytucji i pojęć.

5

Przykładem gałęzi prawa niezwykle trudnej do badania jest prawo rzeczowe. Wynika to przede wszystkim z faktu, że jego instytucje widzimy zawsze niejako pośrednio – przez pryzmat dokumentów rejestrujących czynności prawne związane z przeniesieniem własności lub innych praw rzeczowych, w dodatku bez użycia tych pojęć. W języku akadyjskim nie istnieją bowiem terminy oznaczające własność, użytkowanie czy służebności, a wyraz używany dla określenia właściciela (*bēlu* – „pan”) może także oznaczać na przykład gubernatora prowincji czy „pana kobiety”, tj. męża¹¹. Nie było również teoretycznego podziału rzeczy, ani nawet samego pojęcia rzeczy w takim rozumieniu, w jakim Rzymianie używali słowa „res”. W praktyce natomiast istniał podstawowy, znacznie istotniejszy niż w prawie

¹¹ Por. G. Cardascia, *Le concept babylonien de la propriété*, „Revue Internationale des Droits de l'Antiquite” nr 6, 1959, s. 19–24; idem, *Les archives des Murašu, une famille d'hommes d'affaires babyloniens à l'époque perse*, Paris 1951, s. V–VI.

rzymskim, podział na nieruchomości i rzeczy ruchome; zakres prawa własności, zbywalność rzeczy, ciążące na niej prawa rodziny zależały przede wszystkim od przynależności do jednej z tych dwóch kategorii. Podobnie jak to było w średniowieczu, wyraźnie też daje się zauważyć podział nieruchomości na dobra dziedziczne i nabyte; te pierwsze były zdecydowanie trudniej zbywalne¹².

W ostatnich latach badania nad bliskowschodnim prawem własności wykazały ostatecznie, że w żadnym razie w odniesieniu do tej epoki nie można mówić o własności w rozumieniu rzymskim ujmowanej jako prawo niemal absolutne; taka instytucja na starożytnym Bliskim Wschodzie po prostu nie istniała. Nie istniała również – jak się wydaje, przynajmniej do I tysiąclecia i w odniesieniu do nieruchomości – własność indywidualna w dzisiejszym rozumieniu w niewielkim tylko stopniu (wyłącznie przy dziedziczeniu) ograniczona prawami rodziny¹³. Dlatego dla zrozumienia zagadnień związanych z bliskowschodnim prawem rzeczowym zdecydowanie właściwsze byłoby odwoływanie się do analogii średniowiecznych, a nie rzymskich. Widać to wyraźnie w ograniczeniach obrotu nieruchomościami; pochodzące z Mezopotamii umowy sprzedaży nieruchomości często wymieniają krewnych zbywcy jako świadków, a nawet odbiorców drobnych sum w srebrze czy innych dobrach; wielokrotnie spotykamy również zrzeczenie się przez rodzinę zbywcy wszelkich roszczeń do przedmiotu sprzedaży¹⁴. Z drugiej strony – dość częstym zjawiskiem jest też zastrzeżenie prawa odkupu dla zbywcy lub jego rodziny, zwłaszcza w wypadku sprzedaży wymuszonych trudną sytuacją ekonomiczną. W wielu sytuacjach uprawnienie to wynikało prawdopodobnie z prawa zwycza-

¹² O uprawnieniach prywatnego właściciela nieruchomości na starożytnym Bliskim Wschodzie, zob. ostatnio L. Fijałkowska, *La propriété immobilière à Emar en Syrie, du XIV^e au XII^e siècle av. J.-C.*, „Revue Internationale des Droits de l'Antiquité” nr 54, 2007, s. 13–27. Bibliografia studiów nad średniowiecznym prawem własności, zob. ostatnio S. Plaza, *Historia...*, s. 272–277.

¹³ Jakie problemy wiążą się z ustaleniem, czym w zasadzie z punktu widzenia współczesnego prawnika było na starożytnym Wschodzie najdalej idące prawo rzeczowe, dobrze pokazuje zamieszanie terminologiczne panujące w pracach dotyczących prawa własności i innych praw rzeczowych. Część autorów, w tym historyków prawa, zamiennie stosuje terminy „własność”, „dzierżenie” i „posiadanie”, nie podejmując nawet próby wyjaśnienia, co mają na myśli. Inni w ogóle rezygnują z pojęcia „własność”, w zamian stosując angielskie „tenure” jako najbardziej neutralne. Mimo zaś bardzo burzliwej dyskusji w literaturze, która porusza problem istnienia (bądź nie) w poszczególnych epokach historii starożytnego Bliskiego Wschodu własności prywatnej obok wielkiej własności instytucjonalnej, praktycznie nie podejmuje się prób systematycznej rekonstrukcji zakresu uprawnień prywatnych właścicieli, niekiedy tylko wskazując na ciążące na nich ograniczenia. Por. np. artykuły zawarte w pracy zbiorowej *Das Grundeigentum in Mesopotamien*, red. B. Brentjes, Berlin 1988, czy pracę J. Rengera, *Institutional, Communal and Individual Ownership or Possession of Arable Land in Ancient Mesopotamia from the End of the Fourth to the End of the First Millenium B.C.*, „Chicago-Kent Law Review” nr 71, s. 269–319.

¹⁴ Por. np. cf. I. J. Gelb, P. Steinkeller, R. Whiting, *Earliest Land Tenure Systems in the Near East. Ancient Kudurrus*, Chicago 1991, s. 16; San Nicolo, *Schlussklauseln...*, op. cit., s. 39–70.

jowego. Z kolei współczesne Hammurabiemu północnomezopotamskie prawa z Eszruny przewidują w takim wypadku dla zbywcy prawo pierwokupu¹⁵. Dokumenty z zakresu prawa rodzinnego pokazują natomiast, że w zasadzie niemożliwe było proste przekazanie nieruchomości w spadku osobie spoza rodziny; aby osiągnąć ten cel, trzeba było taką osobę najpierw zaadoptować, przez co stawała się ona dziedzicem koniecznym¹⁶. Już te przykłady dowodzą, że bliskowschodnia własność jest w swoim charakterze zdecydowanie bardziej zbliżona do własności średniowiecznej niż rzymskiej, i jeśli stosować metodę porównawczą, to właśnie przez odwoływanie się do tej pierwszej¹⁷.

Na starożytnym Bliskim Wschodzie znano także inne niż własność prawa na nieruchomości, których przez odwołanie do prawa rzymskiego wyjaśnić się po prostu nie da. W zasadzie w każdej epoce dziejów tego regionu znajdujemy ziemie nadane w posiadanie przez panującego lub świątynię, w zamian za określone świadczenia lub służbę wojskową. W niektórych wypadkach można mówić po prostu o dzierżawie, ale często, zwłaszcza w odniesieniu do nieruchomości obciążonych obowiązkiem służby wojskowej, całkowicie uprawniona jest analogia ze średniowieczną instytucją lenna. Jak się wydaje, w niektórych epokach nieruchomości „puszczane w lenno” stanowiły, wraz z dobrami zarządzanymi bezpośrednio przez pałac i świątynię, wręcz większość, zaś te należące wyłącznie do osób prywatnych były bardzo nieliczne¹⁸.

Innego przykładu na to, jak nadmierne skupienie się na prawie rzymskim może utrudniać zrozumienie bliskowschodnich instytucji, dostarcza znane z epoki starobabilońskiej (I. połowa II tysiąclecia) ograniczone prawo rzeczowe, które polega

¹⁵ § 39: *Jeśli człowiek zubożeje i sprzeda swój dom, jeśli kiedykolwiek nabywca wystawi go na sprzedaż, właściciel domu będzie mógł go odkupić*. Tekst akadyjski za: M. Roth, *op. cit.*, s. 65 (tłum. własne).

¹⁶ Takie adopcje najczęściej miały miejsce w sytuacji, gdy na przykład właściciel nieruchomości popadł w długi, których nie był w stanie spłacić; wtedy zdarzało się, że udawało mu się znaleźć kogoś, kto spłacił je za niego, w zamian za nabycie praw do nieruchomości. Jednak ponieważ jako osoba obca taki „dobroczyńca” nie mógł rodzinnej nieruchomości po prostu przejąć, musiał zostać przez dłużnika adoptowany. Na temat takich praktyk w Syrii w II tysiącleciu zob. np. N. Bellotto, *La struttura familiare a Emar, Patavina Orientalia Selecta*, ed. E. Rova, Padova 2000, s. 188–198.

¹⁷ Inny przykład takiego zastosowania metody porównawczej, z dobrym skutkiem, znaleźć można w niedawnej pracy S. Démare-Lafont, *Aspects du commerce international des Assyriens en Anatolie*, „PIHANS” nr 111, s. 195–207. Autorka bardzo przekonująco pokazuje, że bliskowschodnia konstrukcja spółki nie miała nic wspólnego ze spółką znaną z prawa rzymskiego, natomiast bardzo wiele – ze średniowieczną spółką komandytową.

¹⁸ Często dla opisu tej sytuacji prawnej używa się też średniowiecznego terminu „własność podzielona”. O bliskowschodnim „feudalizmie” i poprawności zastosowania terminu „lenno” w tym kontekście, a także o dziejach „systemu lennego” w Mezopotamii zob. ostatnio S. Lafont, *Fief et féodalité dans le Proche-Orient ancien*, [w:] *Les féodalités*, éd. E. Bournazel, J. Poly, Paris 1998, s. 517–630.

na obowiązku utrzymywania własnej nieruchomości w takim stanie, aby złodziej nie mógł jej wykorzystać jako drogi wejścia do domu sąsiada. W literaturze najczęściej nazywa się je „quasi-służebnością” lub „prawem podobnym do służebności”¹⁹; nie są to oczywiście służebności sensu stricto, gdyż zasadniczo nie mogły one polegać na działaniu²⁰. I znów z pomocą przychodzi historia polskiego prawa średniowiecznego, z którego pochodzi instytucja ciężarów realnych polegających *na obowiązku dokonywania okresowych świadczeń przez aktualnego posiadacza obciążonego gruntu na rzecz osoby uprawnionej*²¹. Sięgnięcie do historii polskiego prawa w średniowieczu może rozwiązać także inne zamieszanie terminologiczne. Często zdarzało się, szczególnie w Syrii w II tysiącleciu, że mąż, umierając, zabezpieczał byt żonie, przekazując jej dożywotnią kontrolę nad swoim majątkiem, jednak bez prawa rozporządzania nim i z zastrzeżeniem, że utraci wszystkie dobra w razie ponownego wyjścia za mąż²². W literaturze do tej pory nie znaleziono terminu na określenie tej instytucji, a wydawcy źródeł często pozostawiają akadyjski wyraz *kubuddā'u*, który oznacza wydzielony w ten sposób majątek. Tymczasem prawo polskie zna konstrukcję identyczną – prawo dożywocia.

Na koniec jeszcze jeden przykład, tym razem dotyczący obrzędów związanych z przeniesieniem własności. Wzmianki o tego typu rytuałach znajdziemy we wszystkich epokach historii starożytnego Bliskiego Wschodu, od najdawniejszych począwszy; najczęściej dokumenty mówią o rytualnym posiłku spożytym wspólnie przez świadków i strony. W literaturze przedmiotu podejmowano różne, nie zawsze satysfakcjonujące, próby wyjaśnienia jego charakteru²³; tymczasem pomocne mogłoby okazać się odwołanie do średniowiecznego litkupu, który stanowił środek utwierdzenia umów, a ponadto miał znaczenie dowodowe²⁴.

¹⁹ Tak ostatnio R. Westbrook, *Old Babylonian Period*, [w:] *A History of Ancient Near Eastern Law...*, t.1, s. 394.

²⁰ Z wyjątkiem *servitus oneris ferendi* – prawa oparcia budowli o mur przyległy – po stronie właściciela muru występował obowiązek utrzymywania go w należytym stanie. Por. W. Osuchowski, *Zarys...*, s. 326.

²¹ J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 1993, s. 258.

²² Na ten temat zob. np. J.-M. Durand et F. Joannès, *Kubuddā'u à Mari et à Emar*, „Nouvelles Assyriologiques Brèves et Utilitaires” nr 70, 1990, s. 53–54.

²³ Podsumowanie dyskusji na ten temat zob. M. Malul, *Studies in Mesopotamian Legal Symbolism*, Neukirchen-Vluyn 1988, s. 346–379; C. Zaccagnini, *Ceremonial Transfers of Real Estate in Emar and Elsewhere*, „Vicino Oriente” nr 8, 1992, s. 33–48.

²⁴ O znaczeniu litkupu zob. M.in. P. Dąbkowski, *Litkup. Studium z prawa polskiego*, Lwów 1906; J. Matuszewski, *Aqua abrenuntiationis. Studium ze średniowiecznego prawa prywatnego*, „Czas. Praw-Hist.” nr 4, 1952, s. 164–237.

6

Podobne przykłady można by mnożyć, wydaje się jednak, że te dotychczas przedstawione wystarczą, by wykazać, że prawo starożytnego Bliskiego Wschodu, zwłaszcza prywatne, ma zdecydowanie więcej wspólnego z prawem średniowiecznym niż z rzymskim mimo bliskości chronologicznej z tym ostatnim. To mediewistyka prawnicza może często dostarczyć właściwej terminologii tam, gdzie prawo rzymskie zawodzi, zaś w wypadku stosowania metody porównawczej dużo efektywniejsze, i bardziej przydatne, jest odwoływanie się właśnie do dziejów prawa średniowiecznego. Wskazane wyżej sytuacje zadziwiających niekiedy podobieństw między instytucjami orientalnymi i średniowiecznymi powinny też skłonić do ostrożności przy poszukiwaniu w dawnym polskim prawie wpływów rzymskich. Skoro bowiem w tak odległych od siebie epokach zupełnie niezależnie powstały instytucje niemal identyczne (bo chyba nikt nie będzie dowodził, że litkup czy dożywocie są wyrazem przenikania do Polski prawa mezopotamskiego), może się okazać, że również konstrukcje prawne podobne do tych znanych ze starożytnego Rzymu powstały w Polsce bez jakiegokolwiek wpływu prawa rzymskiego.