

PRAWO SPADKOWE RZYMSKIE.



PRAWO SPADKOWE

RZYMSKIE

NAPISAŁ

DR. LEONARD PIĘTAK
PROFESOR UNIwersYTETU LWOWSKIEGO.

~~~~~  
**Tom I.**  
~~~~~

L W Ó W.
NAKŁADEM AUTORA.
W komisie księgarni Seyfartha i Czajkowskiego.
1882.

339501

P A M I Ę C I

Najdroższych Moich

RODZICÓW

poświęcam.

P R Z E D M O W A.



W Niemczech i w Austrii utrzymuje się dotąd, na katedrach uniwersyteckich i w odnośnej literaturze, podział nauki prawa rzymskiego na historią i tak zwane instytucje z jednej, a tak zwane pandekta z drugiej strony. Lubo granice tych dwóch działów, a szczególnie tak zwanych instytucji, nie są ściśle nakreślone, to jednak w ogólności obejmują instytucje wykład głównych zasad i przepisów czystego prawa rzymskiego w historycznym ich rozwoju, przedmiotem zaś pandektów jest prawo Justyniańskie, o ile takowe w Niemczech uzyskało moc prawa obowiązującego, wraz z temi zmianami, którym także pod wpływem prawa rodzimego i kanonicznego uległo. To, co jest przedmiotem pandektów, zowią Niemcy dzisiejszem prawem rzymskiem, albo także powszechnem prawem niemieckiem rzymskiego pochodzenia. Ten sposób traktowania prawa rzymskiego uważam z wielu względów za niewłaściwy, a poważne głosy znakomitych prawników, które w nowszych czasach przeciwko niemu się podniosły, utwierdzają mię tylko w mojem przekonaniu. Głównym przedmiotem nauki prawa rzymskiego są tu pandekta, a więc prawo, tak przykrojone do nowożytnych stosunków, iż w znacznej części nie jest wcale prawem rzymskiem, instytucje zaś mają być tylko krótkim przygotowaniem do nauki prawa

VIII

pandektowego. Żaden z tych dwóch działów nie podaje tedy tak pełnego obrazu prawa rzymskiego, jak tego wymaga naukowe opracowanie prawa, owszem wszystko zdąża do dokładnego wyłuszczenia tak zwanego powszechnego prawa niemieckiego, rzymskiego pochodzenia, które poza granicami tych terytoriów niemieckich, gdzie prawo rzymskie dotąd jeszcze ma moc obowiązującą, ma jedynie to znaczenie, iż służy za podstawę do wyjaśnienia dzisiejszych kodeksów prawa prywatnego, opierających się na pomienionem prawie. Cel ten pandektów można jednak z większą nawet korzyścią w inny sposób osiągnąć, a to przez szczegółowe uwzględnienie pierwiastków rzymskich w wykładzie obowiązującego prawa prywatnego. Osobne wykłady pandektów są tedy, zdaniem mojem, niepotrzebne, a jeżeli nawet sami Niemcy, dla których przecież prawo pandektowe jest w pewnem znaczeniu własnym prawem, przemawiają za zarzuceniem tych wykładów, to już wcale są one zbyteczne w kraju naszym, gdzie prawo rzymskie nie miało nigdy mocy obowiązującej, ani w formie przyjętej w Niemczech, ani w innej. Zdaniem mojem prawo rzymskie powinno być przedmiotem nauki niezależnie od tego, czy, gdzie i kiedy uznano je za prawo obowiązujące, bo nie na tem polega właściwa jego wartość. Prawo to ma samo przez się dla każdego narodu to wysokie znaczenie, jakie mają w ogóle plody ducha klasycznej starożytności, znaczenie jednego z pierwiastków nowożytnej cywilizacji. Pod tym względem zajmuje ono miejsce bardzo zaszczytne; nie ma zaiste prawa, którego zgłębienie dla umiejętności prawniczej, dla udoskonalenia nowoczesnych prawodawstw więcej mogłoby przynieść pożytku od prawa rzymskiego. To też wpływ jego na dzisiejszą umiejętność prawa jest niezmierny, a dzisiejsze księgi prawa prywatnego rządzą się w przeważnej części jego zasadami. Co zaś szczególnie nadaje prawu rzymskiemu wartość niespożytą, to jest forma jego wyrobienia i wykończenia, która je czyni najdoskonalszym wzorem i

IX

szkołą prawniczego rozumu i prawniczej twórczości. Jakikolwiek byłby w przyszłości stosunek osnowy prawa rzymskiego do prawa obowiązującego, to zawsze mistrzowskie dzieło prawników rzymskich pozostanie tem dla nauki prawa, czem są dajmy na to dla sztuki dzieła mistrzów greckich, będzie zawsze wzorem ściśle konsekwentnego rozwijania jędrnie ujętych zasad prawnych, obok należytego uwzględniania potrzeb życia, niezwyklej bystrości w stosowaniu prawa do rozpoznawanych stosunków, umiejętne go dalszego kształcenia i rozwijania prawa przez głębokie wnikanie w jego ducha i pełne czerpanie z tamtąd nowych prawideł dla nowych stosunków społecznych.

Pojmując tak znaczenie prawa rzymskiego dla dzisiejszej umiejętności i prawodawstwa, sądzę, że nauka tego prawa winna być tak urządzoną, iżby nie tylko podawała materiał, potrzebny do zrozumienia dziś obowiązującego prawa prywatnego, ale nadto była prawdziwą szkołą wykształcenia prawniczego. Nie tu miejsce wskazywać wszystkie te drogi, które mogą prowadzić do tego celu. Co się tyczy w szczególności systematycznych wykładów tego prawa, sądzę, że przedmiotem ich winno być wyłącznie czyste prawo rzymskie, że dalej wykłady te powinny podawać dokładny obraz prawa rzymskiego i jego budowy, a przeto, nie ograniczając się do głównych zasad i postanowień, wchodzić w jego szczegóły i łączyć dogmatykę z historią. Stosownie do tego zapatrywania postąpiłem też w wykonaniu niniejszej pracy, która obejmuje systematyczny wykład jednej części prawa rzymskiego, stanowiącej dla siebie całość osobną. W dziele niniejszem podaję czyste prawo spadkowe rzymskie, wyłożone dogmatycznie i historycznie. Połączenie dogmatyki z historią, bardzo pożądane ze względu na prawo rzymskie w ogóle, jest wprost niezbędne ze względu na prawo spadkowe. Uznają to nawet zwolennicy podziału wykładów na instytucye i pandekta. Traktowanie tego prawa

wyłącznie sposobem pandektowym jest niepodobne. Mimo doniosłych reform, dokonanych Nowelami Justyniana, nie przedstawia prawo spadkowe Justyniańskie jednolitej całości. Pojedyncze jego części należą do rozmaitych epok rozwoju prawa rzymskiego, pochodzą z rozmaitych jego źródeł, mają zatem odmienny charakter ducha swego czasu, są wysnute z niejednakowych zasad. Zgromadzone w zbiorach Justyniańskich tworzą one wprawdzie razem całość prawa obowiązującego, ale całość niewyrobitą, niewykończoną, niejedolitą, podobną do gmachu, wzniesionego częściami w rozmaitych wiekach. Jasne, zrozumiałe przedstawienie tego prawa jest zatem wprost niemożliwe, bez wyłuszczenia historycznego jego rozwoju. Głównie też z tego powodu, aby to wymaganie nauki pogodzić z przepisany systemem podziału prawa rzymskiego na instytucje i pandekta, bywa zwykle prawo spadkowe rzymskie wydzielane jako osobny przedmiot wykładu.

Dzieło niniejsze ma w pierwszym rzędzie służyć do użytku młodzieży akademickiej, usiłowaniem mojem było zatem podać w niem treściwy a dokładny obraz prawa spadkowego rzymskiego według obecnego stanu nauki. Podejmując się tego zadania, nie mogłem jednakże zarazem nie uwzględnić tego, że najlepszy wykład prawa rzymskiego nie jest w stanie uczynić zbyt cennym rozczytywania się w jego źródłach, jeżeli z nauki tego prawa mamy odnieść te korzyści, które nam ona obficie nastęrcza, a toż samo nie mogłem spuścić z uwagi obecnego stanu literatury polskiej, bardzo ubogiej w dzieła, poświęcone prawu rzymskiemu. Poczytywałem więc sobie za zadanie, pracę moją tak wykonać, aby mogła zachęcić młodzież akademicką do samoistnych badań na wzorach rzymskich i była jej w tem pomocną, aby następnie choćby w drobnej części mogła wypełnić brak w literaturze naszej specjalnych studyów nad prawem rzymskiem. Z tych względów musiałem pracy mojej zakresić obszerniejsze od zwykłych podręczników granice, a szczególnie w notach pomie-

ściłem liczne cytaty ze źródeł i literatury, wiele kwestyi spornych poddałem dokładniejszemu rozbirowi, a na inne zwracałem przynajmniej uwagę, zaznaczając odmienne od moich opinie. Zagadnienia sporne i wątpliwe, jakich jest wiele ze względu na prawo spadkowe rzymskie, są szczególnie zdolne zaciekać umysł i zniewolić go do zgłębiania samych źródeł. Cytaty w notach służą zresztą także do usprawiedliwienia zdań, w tekście wypowiedzianych.

Co się tyczy literatury tak bogatej, jak jest literatura prawa rzymskiego, niepodobna mi było w pracy mojej uwzględnić wszystkich dzieł, nagromadzonych kilkuwiekowym trudem wielu narodów. Z literatury minionych wieków uwzględniłem zatem tylko niektóre dzieła, natomiast starałem się nie pominąć żadnego dzieła z literatury niemieckiej i polskiej bieżącego stulecia. Zdaje mi się, że w tych granicach zużytkowałem wszystko, co zasługiwało na uwagę, a tylko żałować muszę, że dzieła Wojciecha Olszowskiego: *O prawodawstwie cywilnem*, *Zasady praw rzymskich z dzisiejszą księgą praw cywilnych zastosowane* (w Płocku 1824), nie mogłem znaleźć w żadnej z przystępnych mi bibliotek. Z dzieł nowszych francuskich uwzględniłem niektóre ważniejsze. Nie potrzebuję zdaje mi się dodawać, że bogactwo i wysoka wartość literatury niemieckiej wyznaczyły jej same pierwsze miejsce w dziele mojem. Wskazówki o literaturze pomieściłem w notach tam, gdzie należało, a prócz tego podaję osobno pełne tytuły dzieł, traktujących o prawie spadkowym rzymskiem w ogóle.

Na rozstaniu się z dziełem mojem, niech mi będzie wolno złożyć to oświadczenie, że w pracy mojej nie gonilem za oryginalnością, ale szukałem prawdy, chętnie więc przyjmowałem zdania, przez innych wypowiedziane, jeśli po dokładnem ich zbadaaniu uznałem je za uzasadnione. Czy i o ile w dziele mojem znachodzą się przecież nowe zapatrywania, to niech inni osądzą.

XII

Nie potrzebuję dodawać, że na rychłym ukończeniu dzieła niniejszego, mnie samemu najwięcej zależy.

Sprostowanie omyłek w druku jest umieszczone na ostatniej stronnicy.

We Lwowie dnia 8. Października 1882.

Leonard Piętał.

Literatura.

Dzieła, obejmujące wykład prawa spadkowego rzymskiego,
są następujące :

- Zimmern Grundriss des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts. 1823.
- Hartitzsch Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, bearbeitet nach Haubold. 1827.
- Rosshirt Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechtes besonders nach römischen Quellen. 1831.
Das testamentarische Erbrecht bei den Römern und in der Anwendung auf unsere Zeit. 1840.
- Hunger Das römische Erbrecht. 1834. (Dzieło to nie przedstawia całego prawa spadkowego).
- Mayer Die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen römischen Rechte. 1840.
Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. 1854. (Dzieło niedokończone).
- Beckhaus Grundzüge des gemeinen Erbrechts. 1860. (Dzieło niedokończone, obejmuje tylko rzecz o powołaniu do spadku).
- Vering Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung. 1861.
- Köppen System des heutigen römischen Erbrechts. 1862. (Dzieło obszerne, ale niedokończone, obejmuje prócz wstępu tylko naukę o ogólnych zasadach prawa spadkowego).
- Schirmer Handbuch des römischen Erbrechtes. 1863. (Dzieło niedokończone, obejmuje tylko zasady ogólne i dziedziczenie ab intestato).
- Tewes System des Erbrechtes nach heutigem römischem Recht. Zum academischen Gebrauch. T. I. 1863, T. II. 1864.
- Rivier Traité élémentaire des successions a cause de mort en droit romain. 1878.

Następujące dzieła traktują o prawie spadkowym rzymskiem ze stanowiska filozoficznego, a względnie porównawczego:

- Dalwigk** Versuch einer philosophisch-juristischen Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des römischen Rechts, neuer Gesetzgebungen und mehrerer Landesstatuten, mit Gesetzesvorschlägen. Trzy tomy. 1820—1822.
- Gans** Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. (Drugi tytuł tegoż dzieła: Das römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischen). T. I. 1824, T. II. 1825.—T. II. obejmuje prawo spadkowe rzymskie.
- Lassalle** Das System der erworbenen Rechte. 1 wyd. 1861, 2 wyd. 1880. — Tom drugi odnosi się do prawa spadkowego: Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung.
- Louis** Prawo spadkowe według zasad i przepisów prawa rzymskiego, prawa dawnego polskiego, jak również praw nowożytnych: austryjackiego, francuskiego, Królestwa polskiego, pruskiego i rosyjskiego historycznie-porównawczo rozwinięte i wykładem o opłatach spadkowych uzupełnione. Kraków. 1865.

Z dzieł, które traktują o prawie spadkowym nowoczesnem, ale uwzględniają szczegółowo prawo spadkowe rzymskie, zasługują na szczególniejszą uwagę:

- Unger** Das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt. 1864.
- Pfaff i Hofmann** Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. T. II. 1877—1880. Do tego: Excursus über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht. T. II. 1878. (Dzieło jeszcze nieskończone).
- Mommsen** Fr. Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über Erbrecht nebst Motiven. 1876.

Wszystkie wyżej wymienione dzieła, jak również wszystkie dzieła niemieckie, obejmujące wykład całego prawa rzymskiego, (pod tytułami: Institutionen, Pandekten, Geschichte, System i t. p.), są w dziele mojem cytowane tylko nazwiskiem autora. Toż samo cytowałem tylko nazwiskiem autora następujące dzieła:

- Maynz** Cours de droit romain. Trzy tomy. 4 wyd. 1876—1877. Tom III. obejmuje prawo spadkowe.
- Meciszewski** Ustanowienia prawa cywilnego w sposobie łatwym zebrane, wielu przystosowaniami pomnożone, nie tylko

uczającym się prawa, ale y każdemu obywatelowi użyteczne, na ojczysty język przełożone. W Krakowie. T. I. 1785, Tom II. 1786. — Prawo spadkowe jest zawarte w tomie pierwszym.

- Maciejowski Fr.** Zasady prawa rzymskiego pospolitego podług Instytucyj Justyniańskich wraz z krótkim wywodem dziejowego rozwoju prawodawstwa rzymskiego. Warszawa. 1. wyd. 1861, 2 wyd. 1865. — Tom drugi obejmuje prawo spadkowe. — (Dzieło to cytowałem według drugiego wydania).
- Zielonacki** Pandekta czyli wykład prawa prywatnego rzymskiego, o ile ono jest podstawą prawodawstw nowszych. Kraków. Dwa tomy. 1 wyd. 1862—1863, 2 wyd. 1870 — 1871. — Prawo spadkowe jest zawarte w tomie drugim. — (Dzieło to cytowałem według wydania pierwszego).



Spis rzeczy.

WSTĘP.

ZASADY OGÓLNE.	Str.
§. 1. Pojęcie prawa spadkowego	1
§. 2. Rodzaje następstwa na wypadek śmierci	11
§. 3. Ogólne warunki następstwa na wypadek śmierci pod wzglę- dem podmiotów	31
§. 4. Hereditas iacens. — Spadek leżący	53

CZĘŚĆ PIERWSZA.

O dziedzictwach.

ROZDZIAŁ I.

O dziedzictwach w ogólności.

I. Warunki dziedziczenia w ogólności.	
§. 5. 1) Śmierć pewnej osoby	65
§. 6. 2) Uprawnienie pewnej osoby do dziedziczenia	66
§. 7. 3) Przyjęcie dziedzictwa	82
§. 8. Usucapio pro herede	86
§. 9. II. Hereditas a Bonorum Possessio	105

ROZDZIAŁ II.

O powołaniu do dziedzictwa.

Oddział pierwszy.

Dziedziczenie testamentowe.

§. 10. I. Pojęcie testamentu	139
II. O warunkach ważności testamentu.	
A) Zdolność osób uczestniczących. Testamenti factio. Capacitas.	
§. 11. 1) O testamenti factio w ogólności	141
2) W szczególności.	
§. 12. a) O zdolności do sporządzenia testamentu. — Testa- menti factio activa	144
§. 13. b) O zdolności świadków testamentowych	161

XVIII

	Str.
§. 14. c) O zdolności dziedziczenia na mocy testamentu. — Testamenti factio passiva	168
§. 15. 3) O zdolności do nabywania dziedzictwa testamentowego. Capacitas	180
B) Forma testamentu.	
§. 16. 1) W prawie przedjustyniańskim	196
a) Według dawniejszego ius civile	196
b) Według prawa pretorskiego (ius honorarium). — Bonorum possessio secundum tabulas	216
c) W okresie czwartym	222
2) W prawie Justyniańskim.	
a) Testamenta prywatne.	
§. 17. α) Formalności zwyczajne	227
§. 18. β) Formalności wyjątkowe	233
§. 19. b) Testamenta publiczne	242
§. 20. Dopełnienie. Testament w kilku egzemplarzach. Testamenta wspólne i wzajemne	244
C) Oświadczenie woli.	
§. 21. 1) Pogląd ogólny	246
§. 22. 2) Wymogi ważności dotyczące się oświadczenia	248
§. 23. 3) Wymogi ważności dotyczące się woli oświadczonej	265
§. 24. D) Osnowa testamentu	281
III) O ustanowieniu dziedziców w szczególności.	
A) Osnowa ustanowienia dziedzica.	
§. 25. 1) Institutio ex re certa	286
§. 26) 2) Stosunek udziału w spadku kilku dziedziców	294
§. 27. B) Condicio. Dies. Modus	298
C) O podstawieniu dziedzica.	
§. 28. 1) Podstawienie zwyczajne. Substitutio vulgaris	326
§. 29. 2) Podstawienie pupilarne Substitutio pupillaris	338
§. 30. 3) Podstawienie niby - pupilarne. Substitutio quasi- pupillaris	354
IV) O nieważności i zaskarżalności testamentu.	
§. 31. A) Pogląd ogólny	359
B) O unieważnieniu testamentu.	
§. 32. 1) W skutek woli testatora	361
§. 33. 2) W skutek innych przyczyn	372
§. 34. C) O skutkach uznania testamentów nieważnych i zaskarżalnych	379
§. 35. V) O otwarciu i wykonaniu testamentu	382

WSTĘP.



ZASADY OGÓLNE.

§. 1.

Pojęcie prawa spadkowego.

Śmierć człowieka nie niweczy wszystkich tych praw i obowiązków, których zmarły za życia był podmiotem. Stosunki majątkowe mianowicie, z wyjątkiem niektórych, mają ze swej natury i ze względów społecznych zadanie, przynieść pożytek pokoleniom, a nie jedynie tej jednostce, która do czasu jest ich podmiotem, pozostają zatem w mocy mimo jej śmierci. Ze śmiercią podmiotu gasną te tylko stosunki prawne, które służą celom indywidualnym jednostki, których zadanie zatem z chwilą śmierci tego, dla kogo powstały, w zupełności jest spełnione. Do nich należą prawa i obowiązki publiczne, prawa i obowiązki opierające się na związku rodzinnym,¹⁾ tudzież niektóre stosunki mająt-

¹⁾ Nie należą tu jednak stosunki familijne w szerszem znaczeniu, znane prawu rzymskiemu, jak dominica potestas, mancipium, (L. 195 D. de V. S. 50. 16). Stosunki te były oraz stosunkami majątkowymi, należały zatem do spadku osoby zmarłej i w nim przechodziły na dziedziców. Z tego samego powodu, tj. jako stosunek przeważnie majątkowy, chociaż oraz osobisty, nie gasł colonatus wskutek śmierci domini. Por. Savigny System T. I. str. 385, T. III. str. 11. Toż samo stosowało się do wierzytelności patrona, mających za przedmiot operae liberti. Te nie wynikały same przez się ze stosunku osobistego patrona do wyzwolenca, lecz miały swą samoistną przyczynę i jako takie przechodziły na dziedziców patrona niezależnie od praw patronatu,

kowe. Z pomiędzy stosunków majątkowych gasły w szczególności według prawa rzymskiego ze śmiercią podmio-

z tem jednak ograniczeniem, iż operae officiales nie przechodziły na heredes extraneos. L. 6, L. 22. §. 1. D. de oper. lib. 38. 1, L. 20. §. 2. D. de acqui. v. omit. hered. 29. 2. Niezależnie od dziedziczenia przechodziła wierzytelność o operae liberti na dzieci patrona tylko wtedy, jeżeli przyrzeczenie tych usług odnosiło się także do nich wyraźnie. L. 22. §. 1. D. cit. Co do bliższych szczegółów względem prawa patronatu por. Leist w Glück'a Comen. Ser. 37 et 38, T. IV i V szczególnie l. 90, 157, 158, 162, 165, 173, 174, 183, 192, Mühlenbruch tamże T. 43 str. 7 sq. O ile obowiązek dostarczania alimentów, opierający się na związku rodzinnym, przechodził wyjątkowo na dziedziców osoby obowiązanej por. L. 5 §. 17 D. de agnosce, et alen. lib. 25. 3, Nov. 89 c. 12 §. 6 i Köppen §. 1 not. 7.

Inne prawa i obowiązki ściśle rodzinne t. j. patria potestas i manus, a toż samo tutela legitima i prawo patronatu (z wyjątkiem wymienionych obligationes operarum) gasły wskutek śmierci ich podmiotu, ponieważ służyły mu jedynie z mocy osobistego stanowiska, które w rodzinie zajmował, a wskutek śmierci utracił. Władze te familijne stawały się udziałem innych członków rodziny niezależnie od dziedziczenia t. j. niezależnie od losów spadku, po zmarłym pozostałego. L. 46 D. fami. ercis. 10. 2: . . . mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. — L. 16 D. de tut. 26. 1: . . . nullam tutelam hereditario iure ad alium transire, sed ad liberos virili sexus perfectae aetatis descendunt legitimae, ceterae non descendunt. — L. 6. §. 6. D. de his. qui not. infa. 3. 2. (Do wspomnianego w L. 6. §. 6. D. cit. aes alienum tutora, które niezależnie od tuteli przechodziło na jego dziedziców, należał także obowiązek ukończenia spraw, przez tutora rozpoczętych L. 1. pr. D. de fid. et nomi. 27. 7, L. 27 D. de appell. 49 1. Por. Köppen §. 1. not. 52, Mühlenbruch l. c. str. 6.). — Gai. III. 58 . . . civis Romani liberti hereditas . . . ad filium patroni nepotesque ex filio et pronepotes ex nepote prognatos omni modo pertinent, etiamsi a parente fuerint exheredati, Gai. III. 64., L. 4. §. 22. C. de bon. libert. 6. 4: . . . cognationis enim iure succeditur libertis. — Cf. pr. J. de adsign. libert. 3. 8. — Pomienione władze rodzinne należały po śmierci ojca do innych członków rodziny nie wskutek wstąpienia w prawa ojca zmarłego, lecz z mocy własnego ich samoistnego prawa, t. j. z mocy stanowiska, które wskutek śmierci ojca w swej rodzinie zajęli. Za mylne uważamy tedy przeciwną panującą opinię zdanie Brinza (2 wyd.) I. §. 74. not. 7 sq., które podziela

tu: ²⁾ służebności osobiste, ³⁾ które z istoty swej są ściśle przywiązane do osoby uprawnionego, privilegia personae

Źródłowski (Röm. Privat. II. §. 55 not. i., §. 58 not. e.), że pomienione władze rodzinne były przedmiotem następstwa na wypadek śmierci, niezależnie od dziedziczenia. Zdaniem naszym miał filius familias po śmierci ojca patriam potestatem nad swemi dziećmi, manum nad żoną nie dlatego, że je miał ojciec zmarły, a więc jako successor ojca, ale dlatego, że w skutek śmierci ojca, stawszy się osobą od cudzej władzy niezależną — suae potestatis, sam stawał na czele swej rodziny, sam stawał się pater familias (L. 4. D. de his. qui sui l. 6: . . . patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis. — L. 195. §. 2. D. de V. S. 50. 16: . . . cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint . . . patrum familiarum nomen subeunt), Z tem jego stanowiskiem była samo przez się dana jego władza rodzinna. Wszakże w analogicznym przypadku, gdy ojciec uległ cap. dim. maximae v. mediae, przechodziły także władze rodzinne na syna familii, a przecież w tym razie żadną miarą nie mogła być mowa o przelaniu tych władz z ojca na syna. (Por. Cohn Beiträge zur Bearbeitung d. röm. Rechts T. I. str. 148 z dołu). Ze względu na capi. dim. media ojca powiada też wyraźnie L. 3. D. de interd. et releg. 48. 22, iż jednemu synowi może służyć tutela adgnatorum nad bratem niedojrzałym właśnie z tego powodu, iż tutela ta jest czemś, co nie pochodzi od ojca. Przeciwnego zdania Brinza nie dowodzą bynajmniej ogólnikowe wyrazy: sequuntur, descendant, użyte w wyżej przytoczonych źródłach, na które Brinz (l. c. not. 7.) nacisk kładzie, nie podając zresztą innych argumentów. Już to samo, że L. 46, D. cit. mówi obrazowo: filios sequuntur matrimonium, liberi, świadczy, że wyrazy te nie są użyte w technicznem znaczeniu wyrazu: succedere.

²⁾ Por. Mühlenbruch Pand. (4. wyd.) §§. 610. 611., tudzież w Glück'a Commen. T. 43. str. 4 sq. Savigny System. V. §§. 211. 230. Schirmer §. 2. a szczególnie: Köppen. §. 1.

³⁾ §. 3. J. de usu fruc. 2. 4., L. 47. D. de usu fruc. 7. 1., L. 3. §. 3. D. quib. mod. ususfruc. 7. 4., L. 21. D. de usu et hab. 7. 8. — Pretensye jednakże, które powstały już in concreto na mocy służebności osobistej za życia uprawnionego, nie gasły z jego śmiercią. L. 5. §. 4. D. si usuf. pet. 7. 6. — Co do L. 38. §. 12. D. de V. O. 45. 1., L. 5. pr. D. quib. mod. usuf. 7. 4., L. 14. C. de usufru. 3. 33., por. z jednej strony Windscheid §. 215. not. 7., z drugiej strony Pfersche w Zeits. f. d. Privat. u. öffent. Recht. T. VIII. str. 526 sq.

w znaczeniu ściślejszem ⁴⁾ i następujące stosunki obowiązkowe:⁵⁾

a) Zobowiązania, których byt przy zawarciu rodzącej je czynności prawnej ograniczono do czasu życia podmiotu, bądź wyraźnie, bądź milcząco.⁶⁾ Do ostatnich należą w szczególności: precarium, gasnące ze śmiercią prekarysty,⁷⁾

⁴⁾ To jest prawa podmiotowe, nadane pewnej osobie *constitutione personali*. L. 1. §. 43. D. de aqua coti. 43 20. . . . quod datur personis, cum personis amittitur ideoque . . . neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit. — L. 3. §. 1. D. de censi. 50. 15., L. 196. D. de R. J. 50. 17. — Przeciwnie przywileje osobiste w znaczeniu obszerniejszem, t. j. prawa podmiotowe (sc. majątkowe), powstałe dla pewnej osoby *in concreto* na mocy przepisu *iuris singularis*, odnoszącego się li do pewnej klasy osób, nie gasną wskutek śmierci osoby uprawnionej. L. 6. D. de in int. rest. 4. 1., L. 18. §. 5., L. 19., L. 24. D. de mino. 4. 4., L. 1. C. de rest. mil. 2. 50 (51). — Niektórzy biorą prócz tego przywileje *se: lat.* pod względem ich dziedziczności na uwagę w ich znaczeniu abstrakcyjnym, t. j. jako *beneficia*, przyznane *in abstracto iure singulari* pewnej klasie osób, i z tego stanowiska uważają to właśnie za charakterystyczną cechę przywilejów osobistych w przeciwstawieniu do *privilegia causae*, iż pierwsze gasną ze śmiercią uprzywilejowanej osoby. (Por. Unger System I. §. 65. A. III., Köppen §. 1. not. 9). Zdanie to jednak o ile wyraża prawdę, o tyle jest zupełnie niewłaściwie sformułowane, gdyż kwestya, czy *beneficium in abstracto* gaśnie odnośnie do pewnej osoby, należącej do klasy uprzywilejowanej, wskutek jej śmierci, jest właściwie pytaniem, czy *ius singulare*, wydane z uwagi na pewną klasę osób, może być także do innych stosowane dlatego jedynie, że są dziedzicami pewnej osoby, która należała do klasy uprzywilejowanej. Na to pytanie wypada wprawdzie z istoty *iuris singularis* odpowiedź przecząca (L. 68. D. de R. J. 50. 17) tak samo, jak na pytanie, czy *ius singulare*, odnoszące się do pewnej klasy stosunków (*privilegia causae*), może być także do innych stosowane. (Por. także *Źródłowski Das römische Privatrecht*. I. §. 8. b.), atoli kwestya tak postawiona, a inaczej postawić jej nie można, nie ma żadnego związku z dziedzicznością praw podmiotowych.

⁵⁾ O zgaśnięciu zobowiązań por. prócz zacytowanych w noc. 2, także Windscheid II. §. 359 i Vangerow I. §. 145.

⁶⁾ L. 32. pr. D. ad leg. Fal. 35. 2. . . . quod . . . alicui, quoad vivat debeat. L. 56. §. 4. D. de V. O. 45. 1.

⁷⁾ L. 12. §. 1. D. de preca. 43. 26. . . . quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est. — Wskutek

zobowiązania, mające za przedmiot świadczenie, które z powodu swej jakości jedynie na rzecz pierwotnego wierzyciela,⁸⁾ lub przez pierwotnego dłużnika spełnione być może,⁹⁾ a wreszcie umowy, których podstawą jest wzajemne zaufanie w indywidualność osób, do stosunku obowiązkowego wchodzących, jak *societas* i *mandatum*.¹⁰⁾

b) Ze śmiercią wierzyciela gasły zobowiązania, przy których wierzycielowi nie chodziło właściwie o tę wartość majątkową, którą od dłużnika miał otrzymać, lecz raczej o uzyskanie przez to zadośćuczynienia z powodu ubliżenia jego osobie. Skargi powstające z tych zobowiązań zowiemy: *actiones vindictam spirantes* („magis enim vindictae, quam pecuniae habent persecutionem“ L. 2 §. 4 D. de coll. 37. 6.).¹¹⁾ Wierzytelności te nie gasły jednak wtedy,

śmierci wierzyciela (*precario dantis*) nie gasnie *precarium* (L. 8. §. 1. D. eod.), chyba że było zawarte z wyraźnym zastrzeżeniem: *quoad is, qui dedisset, vellet*. L. 4. D. loca. conduc, 19. 2. — Por. szczególnie Vangerow III. §. 691. V.

⁸⁾ Tak n. p. gasnie ze śmiercią wierzyciela zobowiązanie ustanowienia służebności użytkowania, ponieważ czas trwania tejże jest rozmaity według długości życia osoby uprawnionej. L. 38. §§. 10—11. D. de V. O. 45. 1. — Jakość świadczenia jest także przyczyną, iż wierzytelność patrona o *operae officiales* nie przechodzi na *heredes extraneos* (por. not. 1.): *cum proprietates earum et in edentis persona et in eius cui eduntur constitit*. L. 9. §. 1. D. de oper. lib. 38. 1.

⁹⁾ Z tego powodu gasnie n. p. ze śmiercią dłużnika zobowiązanie świadczenia pewnych robót, które wymagają specjalnego uzdolnienia. L. 31. D. de sol. et lib. 46. 3.

¹⁰⁾ L. 4. §. 1., L. 65. §. 9. D. pro sosio 17. 2., L. 6. §. 6. D. de his qui not. inf. 3. 2., §. 5. J. de sosie. 3. 25', Gai. III. 152: . . . quia qui sositatem contrahit, certam personam sibi eligit. — §. 10. J. de mand. 3. 26., L. 26. pr., L. 27. §. 3., L. 57., L. 58. pr. D. mand. v. cont. 17. 1., L. 15. C. mand. 4. 35. — Zgaśnięcie *sositatis* i *mandati* wskutek śmierci jednego z podmiotów odnosi się jednak tylko do czasu, po tem zdarzeniu następującego, prawa i obowiązki, przedtem *in concreto* z istniejącego stosunku obowiązkowego powstałe, pozostają nadal w mocy mimo zaszłej śmierci.

¹¹⁾ Do nich należą: *actio iniuriarum* §. 1. J. de per. et temp. act. 4. 12., L. 13. pr. D. de iniur. 47. 10., Gai. IV. 112., — *in factum actio de calumniatoribus* L. 4. D. de calu. 3. 6., — *actio in eum, qui contra edictum*

gdy wierzyciel za życia wyniósł skargę i spór doszedł do *litis contestatio*.¹²⁾

c) Ze śmiercią dłużnika gasły zobowiązania, powstające z czynu występnego (*delictum v. quasi delictum*),¹³⁾ gasły zaś nietylko wierzycielności o karę (*actiones mere poe-*

praetoris parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius vocavit L. 4. §. 1., L. 24. D. de in ius voc. 2. 4., — *actio sepulchri violati* L. 6. L. 10. D. de sep. viol. 47. 12., — *actio in factum* z powodu doznanej przeszkody w pogrzebaniu zwłok L. 9. D. de reli. 11. 7., — skarga przeciwko małżonkowi, z którego winy nastąpiło rozwiązanie małżeństwa, o wynikające ztąd kary majątkowe L. 15. §. 1. D. solu. mat. 24. 3., — *actio de effusis et deiectis* z powodu uszkodzenia człowieka wolnego L. 5. §. 5. D. de his qui effud. 9. 3., — skarga z powodu skaleczenia wolnego człowieka przez dzikie zwierze L. 42. D. de aed. edi. 21. 1., — wreszcie prawo odwołania darowizny z powodu niewdzięczności (L. 1. §. 3., L. 7. §. 3., L. 10. §. 2. C. de revoca. dona. 8. 55. [56.]), które dla związku wymieniamy na tem miejscu, chociaż takowe przed odwołaniem nie jest wierzycielnością. — Por. prócz zacytowanych w not. 5., także Savigny System. II. §. 73. — *Acti. vindictam spirantes gasną* zresztą także ze śmiercią dłużnika. Por. not. 14.

¹²⁾ §. 1. J. de perp. et tempo. act. 4. 12., L. 13. pr., L. 28. D. de iniur. et famo. 47. 10., L. 139. D. de R. J. 50. 17. — Co do prawa odwołania darowizny miało prawdopodobnie ten skutek już samo odwołanie *inter primas personas*, nie zaś dopiero *litis contestatio*. L. 7. §. 3., L. 10 §. 2. C. de revo. don. 8. 55. (56). Por. Savigny System IV. str. 232 sq. — Windscheid II. §. 367. n. 19.

¹³⁾ Jeżeli zaś zobowiązanie powstało z innej przyczyny prawnej, natenczas obowiązek dłużnika wynagrodzenia strat i szkód własną winą zrzadzonych, nie gasł wskutek jego śmierci z tego powodu, że czyn, naruszający prawa wierzyciela, był co do swej istoty występkiem. W tym bowiem razie właściwą przyczyną obowiązku wynagrodzenia strat i szkód nie był występnek, lecz naruszenie tym czynem występny zobowiązania, z innej przyczyny powstałego. L. 10. pr. D. com. divi. 10. 3: *Item quamvis legis Aquilliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (sc. communi dividundo) heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquilliae actio competit.* L. 7. §. 1. D. depo. v. con. 16. 3., L. 12., L. 49. D. de O. et A. 44. 7., L. 121. §. 3. D. de V. O. 45. 1., L. 152. §. 3., L. 157. §. 2. D. de R. J. 50. 17. — Co do ustępów źródeł, pozornie odmienne postanowienie zawierających,

nales), ztąd wypływające („in poenam heres non succedit“),¹⁴⁾ ale także wierzytelności o wynagrodzenie szkody zrządzonej (actiones rei persecutoriae),¹⁵⁾ jak również wierzytelności, mające za przedmiot naraz karę i wynagrodzenie szkody (actiones mixtae).¹⁶⁾ 17) O ile jednakże spadek powiększył się wskutek czynu występnego spadkodawcy, o tyle pozostawał w każdym razie w spadku obowiązek zwrotu tego zysku, z niesłusznej przyczyny pochodzącego.¹⁸⁾

por. szczeg. Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien I. str. 9 sq. i Vangerow I. §. 145. II. 4.

¹⁴⁾ L. 22. D. de op. no. nun. 39. 1., L. 20. D. de poenis 48. 19: . . . cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit. §. 1. J. de perp. et temp. actio. 4. 12., L. 5. §§. 5. i 13. D. de his qui effu. 9. 3., L. 8. D. de pop. act. 47. 23., L. 1. pr. D. de priv. del. 47. 1., Gai. IV. 112. — Actiones vindictam spirantes, powstające ex delicto v. quasi ex delicto, są także poenales po stronie dłużnika. L. 13. pr. D. de iniur. 47. 10., L. 5. pr. D. de calum. 3. 6., L. 24. D. de in ius voc. 2. 4., L. 9. D. de reli. et sump. 11. 7., L. 7. §. 3, L. 10. §. 2. C. de revo. donat. 8. 55. (56).

¹⁵⁾ L. 4. §. 6., L. 6., L. 7. D. de alien. iud. mut. caus. 4. 7., L. 16. D. de iudic. 5. 1., L. 9. §. 8. D. de rebus auct. iud. pos. 42. 5.

¹⁶⁾ §. 1. J. de per. et temp. act. 4. 12., L. 2. §. 27. D. vi bon. rap. 47. 8., L. 23. §. 8. D. ad leg. Aq. 9. 2. Gai. IV. 112.

¹⁷⁾ Obowiązek wynagrodzenia szkody ma także charakter kary dla dłużnika w tem znaczeniu, że dłużnik ma go spełnić i wtedy, gdy wskutek czynu zabronionego, którego się dopuścił, nic dla swego majątku nie zyskał. L. 16. §. 2. D. quod met. cau. 4. 2., L. 23. §. 8. D. ad leg. Aq. 9. 2., L. 22. D. de op. novi nunt. 39. 1., L. 1. §§. 5. 8. D. ne vis fiat ei 43. 4., L. 2. §. 27. D. vi bon. rap. 47. 8.

¹⁸⁾ L. 16. §. 2. D. quod met. cau. 4. 2: Haec actio . . . in heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito, licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere. L. 17. §. 1., L. 26. D. de dolo malo 4. 3: In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit. L. 23. §. 8. D. ad leg. Aq. 9. 2., L. 9. §. 2.

Wyjątek od powyższych reguł stanowiła *condictio furtiva*; dług odpowiadający tej skardze nie gasł wskutek śmierci dłużnika, lecz pozostawał w spadku w tej samej rozciągłości, w jakiej można go było dochodzić przeciwko spadkodawcy.¹⁹⁾

Litis contestatio za życia dłużnika i przy tych zobowiązaniach miała ten skutek, że śmierć dłużnika nie była więcej przyczyną ich zgaśnięcia.²⁰⁾

d) Następujące zobowiązania odosobnione: *compromissum*, chyba że je rozciągnięto na dziedziców,²¹⁾ — zobowiązanie opiekuna, powstałe z jego niedbalstwa mniejszego (*levis culpa*), wyjąwszy jeśli opiekun zmarł po *litis*

D. de tribut. actio 14. 4., L. 20. §. 8. de op. novi nunt. 39. 1., L. 9. §. 8., L. 10. D. de reb. auct. ind. pos. 42. 5., L. 1. §. 48. D. de vi 43. 16., L. 15. §. 3. D. quod vi 43. 24. L. 8. §. 8. D. de precario. 43. 26., L. 35. D. de O. et A. 44. 7., L. 38., L. 44. D. de R. J. 50. 17., L. un. C. ex del. def. 4. 17. i inne. — Zasada ta stosowała się i do tego przypadku, gdy z czynu występnego powstawała jedynie wierzytelność o karę. L. 5. pr. D. de calumnia. 3. 6.: . . . nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur. Por. Vangerow I. §. 145. II. 1. Puchta Pand §. 88. not. g.

¹⁹⁾ §. 19. J. de oblig. quae ex del. 4. 1., L. 7. §. 2. D. de cond. fur. 13. 1., L. 1. pr. D. de pri. del. 47. 1. Właściwa przyczyna tego wyjątku jest sporna. Por. zamiast innych z jednej strony Windscheid II. §. 359. not. 18., §. 425. not. 4., z drugiej Vangerow I. §. 145. II. 2., III. §. 679 Uwa. 2. Co do *actio rerum amotarum*, skargi analogicznej z *condictio furtiva*, zachodzi sprzeczność w samych źródłach. Według L. 6. §. 3. D. de act. rer. amot. 25. 2. odnosi się do niej w razie śmierci dłużnika to samo, co obowiązuje względem *condictio furtiva*, według L. 3. C. rer. amot. 5. 21. natomiast ma ona w tym razie podlegać ogólnym prawidłom skarg z występku.

²⁰⁾ §. 1. J. de perp. et temp. 4. 12., L. 8. §. 1. D. de fideius. et nominat. 27. 7., L. 59 (58) D. de O. et A. 44. 7., L. 87., L. 139., L. 164. D. de R. J. 50. 17., L. un. C. ex delic. defunc. 4. 17. — Co do L. 33. D. de O. et A. 44. 7., która zdaje się orzekać, iż już samo wyniesienie skargi o karę zapobiega jej zgaśnięciu wskutek śmierci dłużnika, por. szczególnie Vangerow I. §. 145. III.

²¹⁾ L. 27. §. 1, L. 32 §. 3, L. 49 §. 2 D. de receptis. 4. 8.

contestatio,²²⁾ — według dawniejszego prawa zobowiązania sponsoris et fidepromissoris,²³⁾ skarga adstipulatora,²⁴⁾ tudzież wierzytelność żony o zwrot posagu po rozwiązaniu małżeństwa, wyjąwszy jeśli mąż jeszcze za życia żony dopuścił się zwłoki.²⁵⁾

Wskutek śmierci podmiotu gaśnie wreszcie posiadanie jako stosunek faktyczny,²⁶⁾ tudzież te prawa, które same nie należą do majątku, lecz dają tylko możność nabycia praw majątkowych, jakoto prawo do dziedzictwa, powstające wskutek powołania do spadku²⁷⁾ i prawo wyniesie-

²²⁾ L. 12., L. 49. D. de O. et A. 44. 7., L. 8. §. 1. D. de fid. et nomi. 27. 7., L. 4. D. de mag. conv. 27. 8., L. 1. C. de her. tut. 5. 54.

²³⁾ Gai. III. 120., IV. 113.

²⁴⁾ Gai. III. 114., IV. 113. — Przyczyna gaśnięcia tej skargi jest sporna. Por. Savigny System V. str. 202., Girtanner Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht str. 8 sq., Windscheid Die Actio des römischen Civilrechts str. 29, Müller §. 141. not. 5.

²⁵⁾ Ulp. VI. 7. — Frag. Vat. §§. 95., 112.

²⁶⁾ Według panującej na wyraźnem orzeczeniu źródeł opartej opinii. L. 23. pr., L. 30. §. 5 D. de acq. v. ami. pos. 41. 2., L. 1. §. 15. D. si is qui test. 47. 4. Por. zamiast innych: Brinz I. (2 wyd.) str. 527, Windscheid §. 156 not. 12 i 13, §. 605 not. 5, Ihering Vermischte Schriften N. 1 str. 3 sq. i 45, z nowszych Cosack Der Besitz des Erben str. 8 sq., Bekker Das Recht des Besitzes str. 76 sq., 156 sq., 289 sq., ale także pon. §. 4 not. 33 in. fi. Przeciwnego zdania są Pfeiffer Practische Ausführungen I. N. 15, *Źródłowski* Untersuchungen aus dem öster. Civilrecht mit Berücksichtigung des röm. Rechts str. 65. sq. i Röm. Privat. I. §. 24. not. b), II. §. 58. not. c), Canstein Zeits. f. Privat. u. öffent. Recht T. V. str. 751, T. VI. str. 146 not. 33. Por. jednak Randa eod. T. VI. str. 474, tudzież Der Besitz (3 wyd.) str. 386 sq. — Pretensye atoli powstałe już za życia spadkodawcy wskutek wyzucia go z posiadania, — interdicta recuperandae possessionis, — pozostają w jego spadku. (L. 1. §. 44. D. de vi 43. 16. — Por. Brinz 2. wyd. I. §. 183. not. 36. — Vangerow III. §. 691. V.). Czy to samo stosuje się także do interdiktów retinendae possessionis, to jest sporne i wątpliwe. Por. Köppen §. 1. not. 47., Windscheid I. §. 159. not. 6 b). O kwestyi, czy posiadanie należy do majątku, por. Brinz 2 wyd. I. §. 124. str. 446 sq.

²⁷⁾ L. un. §. 5. C. de cad. tol. 6. 51. — Por. §. 7. not. 1.

nia querelae inofficiosi testamenti,²⁸⁾ inofficiosae donationis lub inofficiosae dotis.²⁹⁾ Pomienione querelae gasły zresztą także z powodu, że należą do actiones vindictam spirantes.³⁰⁾

Znaczna i przeważna część stosunków majątkowych pozostaje tedy w mocy mimo śmierci podmiotu, a majątek ten po zmarłym pozostały zowie się: spadkiem, spółszizną, ojcowizną, pozostałością — familia pecuniaque, familia, pecunia, patrimonium, heredium, hereditas, bona.³¹⁾ Przeznaczeniem jego jest przejść na inne osoby żyjące. W prawie rzymskiem, podobnie jak w prawach innych narodów, było zawsze, jak daleko wstecz sięgają nasze wiadomości historyczne, zasadą, że prawo do spadku służy pewnym tylko osobom.³²⁾ Komu, w jaki sposób i z jakim skutkiem ma przyspaść spadek, o tem stanowiły przepisy prawa. Wymagały tego interesa rodziny, państwa i religii.³³⁾ Ogół zaś prawideł prawnych, stanowiących o przejściu spadku na inne osoby, zowiemy: prawem spadkowym.

Prawo spadkowe rzymskie, kielkujące już w najdawniejszych czasach państwa rzymskiego, opisane dokładniej

²⁸⁾ L. 6. § 2, L. 7 D. de inof. test 5. 2.

²⁹⁾ L. 9. C. de inof. donat. 3. 29. — L. un. C. de inof. dot. 3. 30.

³⁰⁾ Do praw gasnących ze śmiercią osoby uprawnionej zaliczają zwykle także actiones populares (L. 7. pr. D. de popul. act. 47. 23., L. 5. §. 5. D. de his qui eff. 9. 3.), co jest o tyle niewłaściwem, że actio popularis służyła w interesie publicznym każdemu obywatelowi i przed jej wyniesieniem i litis contestatio nie była osobnem prawem pewnej osoby, (L. 12. pr. D. de V. S. 50 16... ex populari causa ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse), azatem ściśle biorąc nie można mówić o jej zgaśnięciu wskutek czyjejs śmierci. Por. Arndts §. 104. not. 1. in fi. Po litis contestacyi pozostawała wierzytelność w spadku tego, kto skargę wyniósł.

³¹⁾ Co do znaczenia wyrazów: familia, pecunia, familia pecuniaque pod względem ich przedmiotowej rozciągłości por. z jednej strony Kuntze Curs. (2 wyd.) §. 89., Excur. (2 wyd.) str. 104 sq., a z drugiej Pernice Marcus Antistius Labeo. I. str. 323 sq.

³²⁾ Rosshirt. Einleitung in das Erbrecht str. 2.

³³⁾ Kuntze Curs. (2 wyd.) §. 91. Esmarch Römische Rechtsgeschichte (2 wyd.) §. 59.

w ustawie XII. tablic, urosło w swym rozwoju z trzech historycznych pierwiastków prawa rzymskiego: z dawniejszego *ius civile*, którego podstawą były ustawy XII. tablic, z *ius honorarium* i z cesarskiego *ius extraordinarium*. Trzy te pierwiastki, z których każdy na przepisach prawa spadkowego wycisnął wyraziste piętno właściwego sobie charakteru, zlały się w prawodawstwie Justyniańskim w jedną całość obowiązującego prawa.³⁴⁾

W prawie spadkowym każdego narodu odzwierciedla się jasno znaczenie i stanowisko, jakie tam przyznano rodzinie, do niego bowiem należy rozwiązanie zagadnienia, o ile wężły rodzinne, będące w rozkładzie wskutek śmierci jednego z członków, wywierają wpływ na losy majątku po nim pozostałego. Właściwe Rzymianom pojmowanie rodziny jest też z tego względu jedną z przyczyn odrębnego charakteru ich prawa spadkowego w przeciwstawieniu do praw innych narodów, jak również wytłómaczeniem zmian, którym prawo spadkowe rzymskie w swym rozwoju ulegało, stosując się do zmienionych pojęć o znaczeniu i stanowisku rodziny.

§. 2.

Rodzaje następstwa na wypadek śmierci.*)

Właściwością i podstawą rozwiniętego prawa spadkowego rzymskiego jest zasada, że w skutek śmierci osoby majątek jej nie traci tej spójni, jaką miał za jej życia w niej samej, nie rozpada się, gdyby na atomy, na te poszczególne stosunki prawne, których zmarły był podmiotem, lecz owszem i po śmierci podmiotu tworzy jedną ca-

³⁴⁾ Por. §. 3. J. de test. ordin 2. 10: „*ius tripertitum*“, pr. J. leg. agnat. succes. 3. 2., pr. J. de succes. cogn. 3. 5.

*) Rosshirt Einleitung in das Erbrecht. §. 3. Schirmer §§. 1., 2., 8. Tewes I. §. 1. Vering Erbrecht II. III. Unger Erbrecht §. 2. Rivier §§. 1. 2. Kuntze Cursus (2. wyd.) §§. 812 — 815. Windscheid §§. 528 i 533. Brinz (1 wyd.) §§. 151 — 154 i 156. Puchta Pand. i Vorl. §§. 446, 447. Arndts §§. 463, 464. Maynz. III. §. 358. Fr. Maciejowski. II. §§. 192, 194. Zielonacki. §§. 345, 347. Louis str. 19 sq.

łość (*universitas*) i jako taki przechodzi na inną osobę. *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam... et non singulas res demonstrat.* (L. 208 D. de V. S. 50. 16).¹⁾ Ten, na kogo spadek w ten sposób przechodzi, zowie się dziedzicem — *heres*,²⁾ a ztąd spadek w odniesieniu do niego: dziedzictwem — *hereditas* (w znaczeniu przedmiotowym).³⁾ Tego, po kim dziedzictwo przypada, zowiemy spadkodawcą, albo dziedzictwodawcą,⁴⁾ a owe wejście w ogół spadku: dziedziczeniem, albo sukcesją (*successio se. stri.*)⁵⁾

¹⁾ Por. także: L. 13 §. 8, L. 20. §. 10 D. de her. pet. 5. 3. — *Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.* L. 50. pr. D. de her. pet. 5. 3.

²⁾ Słowo „heres“ pochodzi od „herus“ = „dominus“. Por. §. 7. J. de her. qual. 2. 19.: *Veteres enim heredes pro dominis appellabant.* L. 11, §. 6. D. ad leg. Aquil. 9. 2.: *Legis autem Aquiliae actio ero (hero) competit, hoc est domino.* — Festus: *Heres apud antiquos pro domino ponebatur* (Bruns Fon. iur. rom. ant. Edit. 3. str. 243).

³⁾ Ciceru Top. VI. §. 29: *Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure.* L. 208 D. de V. S. 50. 16, L. 5 pr., L. 20. §. 10., L. 50. pr. D. de H. P. 5. 3., L. 2. pr. D. fam. ercis. 10. 2., L. 49. (48) pr. D. de here. inst. 28. 5., Gai., II. 166.

W ściślejszem i właściwem znaczeniu odnoszą się wyrazy: „heres“, „hereditas“ jedynie do dziedziczenia na mocy *ius civile*, sukcesor według prawa pretorskiego zowie się: *bonorum possessor*. Jednakże w czasach Dyoklecjana odpadła wewnętrzna różnica między dziedzicem według *ius civile* a *bonorum possessorem* i odtąd też napotykamy w konstytucjach cesarskich wyrazy: „heres“, „hereditas“, użyte w obszerniejszem, także dziedziców z mocy prawa pretorskiego obejmującym znaczeniu. Por. pon. §. 9. II.

⁴⁾ W prawie rzymskiem nie ma osobnej technicznej nazwy na oznaczenie spadkodawcy. Rzymianie zowią go: *defunctus*, *mortuus*, *demortuus*, a jeśli pozostawił testament: *testator*.

⁵⁾ Wyrazy: „succedere“, „successio“, „successor“ odnoszą się wprawdzie tak do sukcesyi uniwersalnej, jak i do sukcesyi szczegółowej (*successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.* L. 24. §. 1. D. de damno infec. 39. 2), są jednak miejsca w źródłach, w których wyraz „successor“

Istota dziedziczenia polega więc na tem, że dziedzic wstępuje w majątek spadkodawcy jako całość,⁶⁾ wchodzi

oznacza wyłącznie dziedzica, w odróżnieniu od innych prawobabywów. Por. np. L. 9. §. 1. D. de edendo 2. 13.

⁶⁾ Według dość rozpowszechnionej opinii ma istota dziedziczenia na tem polegać, że na dziedzica przechodzi „osoba“ spadkodawcy, „jego osobistość w odniesieniu do stosunków majątkowych“ (vermögensrechtliche Persönlichkeit), którą mimo śmierci naturalnej mamy sobie wyobrazać jako ciągle istniejącą w dziedzictwie. Dziedzic przejmuje w siebie osobę spadkodawcy, a przeto wchodzi w jej majątek jako całość. Osoba (osobistość) spadkodawcy jest bezpośrednim, a dziedzictwo dopiero pośrednim przedmiotem dziedziczenia. Porów. szczególnie Puchta (Pand. i Vorle. §. 446.), Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Nr. I. szczególnie str. 3, 14 sq. 18, 34 sq.— mniej już stanowczo w Lehrb. d. Inst. §§. 45 i 183), Vering (str. 65 sq., tudzież Inst. u. Pand. 4. wyd. §. 247), Arndts (Ges. civil. Schriften II str. 1 sq. — mniej już stanowczo w Pand. §. 464 not. 1. i §. 521 not. 3.), Kuntze (Cursus 2. wyd. §§. 812. 858. i 860.), Böcking (Pandekten I. 382. n 5. i w przedmowie str. VIII), Maynz (III. §. 358), Pfaff i Hofmann (Commentar zum öster. allg. bürg. Gesetzb. II. str. 7. Cf. 34 sq.) wreszcie Ihering (Abhandlungen Nr. 3. — i Geist d. röm. Rechts II. wydanie II. 2. str. 358.) — Punktem wyjścia i podstawą tej teorii, (która stoi w związku z podobną teorią, co do natury spadku leżącego — pon. §. 4. not. 11.) jest głównie rozumowanie, że bez wyobrażenia sobie osoby spadkodawcy jako ciągle istniejącej i w dziedzica przechodzącej nie można wytłómaczyć pewnych zasad dziedziczenia, szczególnie zaś (prócz omówionych pon. w not 15, 26, in fi. (Gai. II. 84.), 31.) przejścia wierzytelności i długów na dziedzica. Zobowiązania według pojmowania Rzymian nie mogą być od swych podmiotów oderwane i na inne osoby przeniesione, jeśli tedy mimo to przechodzą na dziedzica, to wyobrażenie, że na dziedzica przechodzi osobistość spadkodawcy, a z nią dopiero zobowiązania, jest nieodzowne. Konsekwentnie dochodzi też Puchta (Vorle. §. 447.) do tego rezultatu, że i po nabyciu dziedzictwa bezpośrednim podmiotem zobowiązań nie jest właściwie dziedzic, lecz przejęta przez niego i w nim dalej istniejąca osoba spadkodawcy, a dziedzic dopiero pośrednio jako przedstawiciel tej osoby. (Inaczej Scheurl str. 37 sq.)

Teoria ta, jak każda, opierająca się na zmyśleniu (fikcyi), jest prostem złudzeniem. W rzeczywistości spadkodawca z chwilą swej śmierci przestaje istnieć, w rzeczywistości zatem tylko dzie-

w ogół stosunków majątkowych, których zmarły był podmiotem,⁷⁾ — in universum ius, quod defunctus habuit,— in omne

dzie może być i jest bezpośrednim podmiotem pozostałego po zmarłym majątku, a w szczególności także wierzytelności i długów. (Id quod defuncto debebatur, potest (heres) intendere dari sibi oportere Gai. IV. 34.). Jeśli to ma być niemożliwe ze względu na istotę zobowiązań, to żadną miarą nie przedstawi się nam za możliwe przez fikcyjne powołanie osoby spadkodawcy napowrót do życia, bo ta fikcja nie zmienia w niczem rzeczywistości, mimo niej pozostaje zawsze prawdą, że osoba spadkodawcy już nie istnieje, że jej przejście w osobę dziedzica jest czczym wymysłem, że zatem to, co miało być uzasadnieniem, jest prostym złudzeniem. Mistyczna ta teoria, odbiegająca zupełnie od rzeczywistości, z którą każda konstrukcja prawna winna pozostawać w zgodzie, nie może tedy służyć do wyklómaczenia istoty dziedziczenia, a tem mniej można ją uważać za niezbędną. Wierzytelności i długi przechodzą na dziedzica na mocy przepisu prawa (pon. not. 22.), to zaś, że dziedzic wstępuje na miejsce spadkodawcy w ogół pozostałego mienia, wystarcza do teoretycznego uzasadnienia tego przepisu. Że zaś prawo ma tę siłę, iż bez uciekania się do jakichkolwiek fikcji może zniewolić dłużnika do wykonania zobowiązania na rzecz tego, kto w miejsce spadkodawcy wstąpił, a na odwrót tego ostatniego do zaspokojenia wierzycieli spadkodawcy, to nie może być dla nikogo wątpliwem. — Teoria, o której tu mowa, nie zgadza się zresztą z zapatrywaniem Rzymian. Powtarzając często i z naciskiem, że pojęcie dziedziczenia w mowie będące jest pojęciem prawników rzymskich, nie przytaczają zwolennicy tej opinii żadnego ustępu ze źródeł, w którymby prawnicy rzymscy przejście majątku, a w szczególności zobowiązań na dziedzica wysnuwali z przejścia osobistości spadkodawcy w osobę dziedzica. O takiej pośmiertnej pielgrzymce spadkodawcy nie ma też ani śladu w źródłach. Owszem prawnicy rzymscy wyraźnie to podnoszą, że dziedzic wstępuje w miejsce spadkodawcy „succedit in locum defuncti“ (por. not. 16), wstąpić (succedere) można zaś tylko w miejsce opróżnione po tym, kto je dotąd zajmował. Ob. jeszcze pon. not. 18.) a do całej tej kwestyj szczególnie Windscheid (Kritische Ueberschau I. str. 181 sq.), Köppen (Erbschaft str. 96 sq. i System str. 234 sq.), Unger (Erbrecht §. 2. not. 7), Brinz (Pand. II. wyd. §. 76. str. 242 sq. i I. wyd. str. 667 sq.), Bruns (Holtzend. Encycl. 2. wyd. I. str. 442 sq.). Por. także Lassalle (str. 12 sq., 112 sq., 227 sq.), który w miejsce tej teorii stawia inną nie mniej mglistą.

⁷⁾ O ile takowe wskutek jego śmierci nie zgasły. Por. §. 1. Res religiosae t. j. grobowce (sepulchra), jako res divini

ius mortui, — in ius demortui, — in iura — in universa bona.⁸⁾ Dziedziczenie jest zatem sukcesyą uniwersalną,⁹⁾ spowodowaną śmiercią pewnej osoby.¹⁰⁾ Majątek jako całość, będący przedmiotem dziedziczenia, nie jest jednak czemś odmiennem od tych poszczególnych stosunków prawnych, które w skład tej całości wchodzą, owszem to, w co dziedzic wprost i bezpośrednio wstępuje, są właśnie poszczególne stosunki majątkowe spadkodawcy.¹¹⁾ Ale stosunki

ius, nie należały wprawdzie do majątku (*nullius in bonis sunt* L. 1. pr. D. de div. rer. 1. 8.), ale prawo używania grobowców, *bronione actionibus et interdictis*, przechodziło na dziedzica jako takiego, chociażby nie należał do rodziny spadkodawcy i to bez różnicy, czy *sepulchra* były *familiaria*, czy *hereditaria*. (*Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi hereditibusque suis constituit, vel quod pater familias iure hereditario adquisiit* L. 5., 6. D. de relig. 11. 7.). Por. L. 6. cit., L. 4, 8, 13. C. de relig. 3. 44. — Mühlenbruch Pand (4. wyd) I. §. 215. Köppen V. str. 196 sq.

⁸⁾ Por. L. 24. D. de V. S. 50. 16., L. 62., L. 128. §. 1. D. de R. J. 50. 17., L. 3. §. 1. D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3., L. 19. §. 5. D. de aedil. edi. 21. 2., L. 6. D. de excep. 44. 1. — L. 37. D. de acq. v. omitt. hered. 29. 2., L. 11. D. de div. temp. praesc. 44. 3. — L. 3 pr. D. de bon. poss. 37. 1., L. 9. §. 1. D. de eden. 2. 13. — L. 1. C. si quis ignor. 5. 73. — L. 24. §. 1. D. de damno infe. 39. 2.

⁹⁾ Co do istoty sukcesyi uniwersalnej i sukcesyi szczególnej pr. szczególnie: Hasse (Arch. f. civ. Prax. V. str. 1 sq.) i Savigny (Syst. III, §. 105). — O ile od ich zapatrywania odstępujemy wynika to samo przez się z tego, co mówimy w tekście. Por. zresztą not. 11).

¹⁰⁾ Dziedziczenie różni się tem od innych sukcesyi uniwersalnych, znanych w prawie rzymskiem (Gai. II. 97. 98., §. 6. J. per quas person. nob. acqui. 2. 9), iż jego powodem jest śmierć pewnej osoby (Cic. Top. IV. 29: *Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure*), gdy przeciwie inne sukcesye uniwersalne odnoszą się albo do majątku osoby żyjącej, albo wprawdzie do spadku, ale nie są bezpośrednio spowodowane śmiercią osoby, lecz dopiero sprzedażą (*bonorum emptio*) spadku bezdziedzicznego. (Gai. III. 77, 78).

¹¹⁾ Brinz (I wyd.) str. 654 sq. 672., Köppen Erbschaft str. 98 sq., Mühlenbruch (4. wyd.) §. 614., Schiffner

te majątkowe przechodzą na dziedzica nie jako osobne, samoistne jednostki, lecz jako części składowe całości majątku; dziedzic staje się podmiotem każdego z nich przez to,

Lehrb. d. öster. allg. Civilrechtes §. 88., *Pigtak*. Archi. f. civ. Prax. T. 59. str. 4.—Wielu utrzymuje przeciwnie, że majątek jako całość jest czemś samoistnem, odrębnem od swych części składowych i że właściwym bezpośrednim przedmiotem dziedziczenia jest właśnie majątek w tem rozumieniu (jako osobny przedmiot), a dopiero pośrednio (przez tę całość) poszczególne stosunki majątkowe spadkodawcy. (Por. szczeg.: Schirmer §. 2., Scheurl Beiträge I. str. 34 sq., Neuner Wesen u. Arten der Privatrechtsverhältnisse §. 13., Savigny Syst. III. str. 13., Windscheid §. 528. w połączeniu z §. 42). Zdanie to sprzeciwia się jednak istocie sukcesyi. Sukcesya w ogóle, tak uniwersalna jak szczegółowa, jest wstąpieniem w prawa (resp. obowiązki) trzeciej osoby. Majątek jako całość nie jest zaś ani sam w sobie prawem, któreby mogło przejść na dziedzica, lecz ogółem stosunków prawnych i w te tylko można wstąpić, — ani przedmiotem osobnego prawa, jakoby prawa na majątku, w któreby dziedzic miał wchodzić, gdyż nikt nie ma majątku (a więc prawa na majątku) poza tem, z czego się majątek składa. Mieć majątek znaczy mieć prawa i obowiązki, które w skład majątku wchodzi. Por. Brinz l. c., Unger Erbr. §. 2. n. 14). Wprawdzie niektórzy prawnicy są przeciwnego zdania bądź tylko pod drugim (por. szczeg.: Puchta Vorle. §. 446., Pfaff i Hofmann Comm. II. str. 6 sq., — poniekąd także Scheurl l. c. tudzież Inst. §. 195.), bądź także pod pierwszym względem (por. Birkmeyer Ueber das Vermögen im jur. Sinne (1879) str. 27 sq., 310 sq.), lecz zdanie ich nie jest uzasadnione. Nie popiera go mianowicie ta okoliczność, że według źródeł dziedzic wstępuje in universum ius, in omne ius defuncti, gdyż universum ius (= wszelkie prawa) to są poszczególne stosunki prawne spadkodawcy, ujęte w pojęciu prawnem w jedną całość, nie zaś osobne prawo, po nad ich ogółem stojące. Tak nam właśnie tłumaczy znaczenie tego wyrazu Pomponius w L. 37. D. de acq. v. omit. her. 29. 2: Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant, a więc omne ius oznacza: singularum rerum dominium, więcej ea, quae in nominibus sunt. Całość dziedzictwa (universum ius — universitas) jest tylko pojęciem prawnem (iuris nomen L. 119, L. 178. §. 1. D. de V. S. 50. 16), abstrakcją, przez ujęcie zaś pewnej ilości stosunków majątkowych w jedną całość abstrakcyjną nie powstaje samoistny przed-

iż takowy należy do tej całości (per universitatem).¹²⁾ To właśnie stanowi istotę dziedziczenia, to ją odróżnia jako sukcesyą uniwersalną od sukcesyi szczegółowej (in singularum rerum dominium).

W całości spadku przechodzą na dziedzica nietylko prawa spadkodawcy, lecz także jego długi,¹³⁾ bez względu na to, czy wartość majątku czynnego wystarcza lub nie na ich spłacenie.¹⁴⁾ Toż samo przechodzą na dziedzica i takie

miot, oddzielony od poszczególnych stosunków. Ogół pewnych jednostek, to są zawsze te jednostki ogółem wzięte.

Inne przez Birkmeyera (l. c.) przytoczone postanowienia źródeł, mogłyby co najwięcej dowodzić, że prawo rzymskie i w przywiezionych tamże przypadkach stosunki majątkowe, należące do pewnej osoby, bierze na uwagę nie jako osobne jednostki, lecz jako zespolone w jedną całość, nie zaś że ta całość, ten ogół jest czemś poza szczególnymi stosunkami istniejącem.

Bezpodstawne przyjęcie osobnego prawa na majątku prowadzi też zwolenników tego zapatrywania do mylnego pojmowania istoty samego prawa dziedzictwa. (Por. pon. noty 27 i 28.)

¹²⁾ Per universitatem res nobis adquirentur. Gai. II. 97, §. 6. I. per quas pers. 2. 9, L. 1. §. 1. D. de fundo dotali 23. 5, L. 62. D. de acqu. rer. domi. 41. 1.

¹³⁾ L. 37. D. de acq. v. omit. hered. 29. 2: Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeunt.

L. 15. §. 2. de inof. test. 5. 2. . . . et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri. . . . potest et corpora vindicare.

L. 59. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. . . . hereditatem restituendo transferat actiones et quos habet, et quibus est obstrictus.

L. 28. D. de reb. auct. iud. 42. 5. . . . et in omni aere alieno. . . . etiam invitus heres obligatur.

Por. prócz tego L. 6. §. 6. D. de his qui not. 3. 2, L. 20. (21) §. 1. D. de nego. gest. 3. 5, L. 32. pr. D. ad SC. Velei. 16. 1, L. 1. pr. D. de aucto. et cons. tut. 26. 8, L. 1. D. de bon. posse. 37. 1, L. 24. D. de nov. 46. 2, L. 7. C. de act. hered. 4. 16, L. 22. §. 14. C. de iure deli. 6. 30, L. 8. §. 4. C. de bon. quae lib. 6. 61, Gai. III. 84. 85.

¹⁴⁾ L. 8. pr. D. de acq. v. omit. hered. 29. 2: . . . hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est.

przedmioty, których spadkodawcy nie wolno było alienować, jednak z tem samem ograniczeniem (cum suo tamen iure, ut alienari non possit L. 1. §. 1. D. de fund. dot. 23. 5),—tudzież własność takich rzeczy, na których dziedzic zresztą nie mógłby nabyć własności (res, cuius commercium non habet).¹⁵⁾ Dziedzic wstępuje tedy bezpośrednio w miejsce

L. 119. D. de V. S. 50. 16: Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem. Por. także L. 3. pr. D. de bon. poss. 37. 1.

Przeciwko opinii Birkmeyera (Ueber das Vermögen im juristischen Sinne szczegól. str. 125 — 199 i 248 — 289), który usiłuje udowodnić, że według pojęcia Rzymian całość spadku tworzą tylko prawa, że zatem na dziedzica przechodzą w spadku jedynie prawa spadkodawcy, długi zaś ciążą na nim osobno na mocy pozytywnego przepisu ustawy XII. tablic (poni. not. 22), ob. Mandry w Arch. f. c. Prax. T. 62. str. 361 sq., Pernice Krit. Vierteljahresschrift T. 22. str. 243 sq., Hölder Zeit. f. d. gesammte Handelsrecht T. 24. str. 609 sq., Windscheid §. 528 not. 4. — Hölder atoli wpada w drugą ostateczność twierząc (Beiträge zur Gesch. des röm. Erbr. str. 31 sq.); że właściwa istota dziedziczenia polega na odpowiedzialności dziedzica za spadkodawcę, a nabycie majątku czynnego jest tylko przypadkowym skutkiem ubocznym tej odpowiedzialności. Sądzę, że nikt nie zgodzi się na to zapatrywanie.

¹⁵⁾ L. 62. D. de acqui. rer. dom. 41. 1: Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cuius aliquis commercium non habet: nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur. Por. 1. §. 1. D. de fundo dot. 23. 5, L. 49. §§. 2. 3. D. de leg. II, L. 9. pr. D. de re mili. 49. 16: Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis in quibus militant. L. 13. pr. eod., L. 46, L. 62 pr. D. de cont. empt. 18. 1.

Z lex 62. cit. (rozmaicie interpretowanej por. Puchta Vorl. II. §. 447. i dod. N. XXI, Scheurl Beitr. I. str. 39 sq., Schirmer §. 3. n. 43, Ihering Abhand. III. str. 240 sq., Windscheid Krit. Ueberschau I. str. 198. i Pand. III. §. 528, n. 7, Köppen Erbschaft str. 102 sq.) nie można wysnuć żadnego wniosku, (jak to słusznie utrzymują Ihering, Windscheid, Köppen (l. c.) tudzież Brinz 1. wyd. str. 672.), na poparcie tej lub owej teorii o istocie dziedziczenia, ani tej, że na dziedzica przechodzi i w nim nadal istnieje osobistość prawna spadkodawcy, jak sądzą Puchta (l. c.) i Vering Erbr. str. 76. 88, Gesch. u. Pand. §. 247. VIII, ani tej, że dziedzic wyobraża osobę spadkodawcy, jak sądzą Zielonacki. II. §. 347. Prawidłó, które Paulus w tej lex

spadkodawcy (in locum defuncti)¹⁶⁾ jako podmiot ogółu praw i obowiązków, z których całość dziedzictwa się składa,

wypowiada, że ograniczenia prawne, stojące na przeszkodzie przelaniu własności pewnej rzeczy na trzeciego, jak zakaz alienacji po stronie dotychczasowego właściciela, tudzież wykluczenie chcącego nabyć od nabywania własności na tego rodzaju rzeczach, stosują się jedynie do aktów pozbycia własności pod tytułem szczególnym, nie zaś do sukcesji uniwersalnej, nie jest wynikiem pewnego zapatrywania na istotę dziedziczenia, lecz skutkiem względów utylitarnych. Każdy przepis pozytywny, wprowadzający pewne ograniczenia ze względów utylitarnych (por. L. 13. pr. D. de re mili. 49. 16: *Milites agrum comparare probibentur. . . ne studio culturae militia sua avocentur, et ideo domum comparare non prohibentur*), może sam sobie nakreślić granicę swego zastosowania, by nie sięgać dalej, jak sięga cel, który go spowodował, a względnie ustawać tam (por. *Lex Iulia cessat L. 1. pr. D. de fund. dot. 23. 5*), gdzie cele ważniejsze w grę wchodzą. A takim ważniejszym celem był dla prawa rzymskiego co do dziedziczenia mianowicie względ na to, by pojedyncza rzecz z całości dziedzictwa nie stawała się w skutek w mowie będących ograniczeń *bonum vacans*. (Co do fundus dotalis por. nadto Köppen str. 103). Że zaś tylko względy praktyczne, utylitarne, nie zaś teoretyczne zapatrywanie na istotę dziedziczenia, są powodem niestosowania tych ograniczeń do dziedziczenia, tego dowodzi najlepiej ta okoliczność, że takowe odpadają nierzadko nawet przy sukcesji szczegółowej li ze względów słuszności, przez prawo uznanych. Por. L. 9. pr. D. de re milit. 49. 16: *Milites probibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant, „praeterquam si paterna eorum fiscus distrahat: nam hanc specie Severus et Antoninus remiserunt.“ L. 46, L. 62. pr. D. de cont. empt. 18. 1, L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5.*— Że wreszcie dziedzic, który w spadku otrzymał rzecz, *cuius commercium non habet*, może ją zatrzymać i nie jest obowiązany pozbyć takową, to według prawa rzymskiego, jakkolwiek niektórzy innego są zdania, nie może ulegać wątpliwości. Por. L. 9. §. 1. D. de re mil. 49. 16: *Milites si heredes extiterint, possidere ibi (sc. in his provinciis, in quibus militant) praedia non prohibentur. Arg. L. 49. §. 3. D. de leg. II.*

¹⁶⁾ L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3, L. 5. D. pro suo 41. 10, L. 9. §. 1. D. de edendo 2. 13, Gai. IV. 34. — Dziedzic wstępuje w stosunki majątkowe na miejsce spadkodawcy, nie zaś, jak Mandry (*Das gemeine Familiengüterrecht I. str. 117 sq*) sądzi, w pierwszym rzędzie in locum defuncti, a dopiero skutkiem tego w jego majątek.

zajmuje wśród odziedziczonego mienia takie same stanowisko prawne, jakie przed nim zajmował spadkodawca, jest tak samo, jak on był, uprawniony a względnie obowiązany.¹⁷⁾

Jeżeli spadek przechodzi na kilku dziedziców, każdy z nich otrzymuje część całości — partem quotam, np. Ty-cyusz połowę, Semproniusz drugą połowę spadku w ogóle. Każdy dziedzic wstępuje bowiem w ogół spadku, staje się więc podmiotem każdego stosunku majątkowego, który w skład dziedzictwa wchodzi, a ztąd część, na każdego z pomiędzy kilku dziedziców przypadająca, może być tylko częścią stosunkową ogółu spadku (pars, portio hereditatis s. hereditaria). Każdy z pomiędzy kilku współdziedziców wstępuje w całość dziedzictwa, ale nie nabywa całego dziedzictwa.¹⁸⁾

Pojmowanie spadku jako ogółu praw i obowiązków spadkodawcy, a z tem dziedziczenia jako następstwa w całości pozostałości, nie zaraz wytworzyło się w prawie rzymskiem. Prawo to nie snuło swych postanowień o następstwie na wypadek śmierci z tych abstrakcyjnych, już z góry wyrozumowanych pojęć, lecz odwrotnie pojęcia te wysnuto z czasem z ustanowień prawa nadanego, uświęconych prakty-

¹⁷⁾ L. 59. D. de R. J. 50. 17: Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat. Por. także L. 177 pr. eod., L. 11. D. de div. tem. praes. 44. 3, L. 1. §. 1. D. de fund. dot. 23. 5.— Obrazowo, ale tylko obrazowo, można tedy wyrazić się, że dziedzic ze względu na majątek odziedziczony wyobraża osobę zmarłego, albo że niejako kontynuuje osobę spadkodawcy, lub że ze spadkodawcą jest niejako jedną osobą, podobnie jak się wyraża Now. 48. praef: cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius, qui in eum transmittit hereditatem. Por. także L. 22. D. de usurp. et usucap. 41. 3, Cice. de leg. II. 19. §. 48.

¹⁸⁾ L. 9. §. 12. D. de hered. inst. 28. 5, L. 14. D. si quis omis. cau. 29. 4, L. 141. §. 1. D. de R. J. 50. 17. — Zwolennicy teorii o przejściu osoby spadkodawcy w osobę dziedzica trudne mają stanowisko w obec tego pewnika, że spadkodawca może mieć kilku dziedziców pro parte (por. np. Vering Erbr. str. 105 sq.). Z ich stanowiska wypadaloby chyba przyjąć, że w takim razie osoba spadkodawcy rozpada się na części i w częściach przechodzi na każdego z pomiędzy współdziedziców (por. Unger Erbr. §. 2. not. 16).

cznym zmysłem Rzymian. Pierwotnie zaliczano do dziedzictwa jedynie rzeczy zmysłowe, to z czego właśnie w tych starożytnych czasach składało się mienie prywatne (*familia pecuniaque*).¹⁹⁾ Przedmiotem dziedziczenia był zatem wyłącznie ogół rzeczy zmysłowych, ale dziedzica tych rzeczy pociągali *pontifices* do spełniania ofiar prywatnych (*sacra privata*),²⁰⁾ a gdy z czasem stosunki obowiązkowe nabrały w gospodarstwie znaczenia, zobowiązało znowu prawo dziedzica do spłacenia długów spadkodawcy, uznając go oraz za uprawnionego do ściągnięcia wierzytelności spadkowych. Jakkolwiek bowiem prawo rzymskie trzymało się zasady, że wierzytelności i długi nie mogą być wprost przeniesione na trzecią osobę,²¹⁾ to jednak trzeźwo patrzący Rzymianie musieli rychło przyjść do poznania, że interes wierzycieli spadkodawcy, a z tem także interes społeczny wymagają nieodzownie ciągłości prawnej także pod względem stosunków obowiązkowych, że ciągłe wygasanie wierzytelności i długów ze śmiercią ich podmiotu sprzeciwiałoby się żywotnym interesom społecznym. Położenie przymusowe, które śmierć stwarzała, przełamało skrupuły prawne,²²⁾ a słusność

¹⁹⁾ Por. o tem *Pernice Marcus Antistius Labeo* I. str. 323 sq., *Birkmeyer Ueber das Vermögen im iuristischen Sinne* str. 141 sq., *Arnold Cultur u. Recht der Römer* str. 409 sq., *Kuntze Excur.* (2 wyd.) str. 159 sq., 610 sq., *Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlasstücke* I str. 9 sq. — Przeciwno mniemaniu *Pernice*'go, tudzież *Dydyńskiego* O prawie rolnem w starożytnym Rzymie (1881) str. 4, że pod nazwą *familia pecuniaque* rozumiano tylko rzeczy ruchome, nie zaś także zagrodę i gospodarstwo, por. *Kuntze Curs.* (2 wyd.) §. 89, *Excur.* (2 wyd.) str. 104 sq.

²⁰⁾ Por. *Kuntze Excurse* (2 wyd.) str. 611.

²¹⁾ Przeciwnego zdania jest wprawdzie *Paul Gide Etudes sur la novation et le transport de créances en droit romain* (1879) str. 231 sq., ale jego argumenta nie osłabiają w niczem powszechnej ściśle uzasadnionej opinii.

²²⁾ *Brinz* I. (2 wyd.) str. 243. —

Tak *L. 7. C. de act. hered.* 4. 16, jak inne motywa, przytoczone przez *Birkmeyera* (*l. c.* str. 146 sq., szczególnie str. 271. not. 626), przemawiają za tem usilnie, że w *lex XII. tab.* mieścił się przepis, ustanawiający przejście wierzytelności i długów na dziedzica (por. także *Savigny Syst.* I. str. 383. not.

znowu wymagała, by tego pociągać do wykonania zobowiązań spadkodawcy, kto dziedzicząc po nim odniósł korzyści majątkowe. Z uwagi na praktyczne potrzeby życia doszło tedy prawo rzymskie do tego rezultatu, że na mocy osobnych postanowień na dziedzica przechodziły w ogóle prawa i obowiązki spadkodawcy,²³⁾ chociaż za właściwy

b), ale ztąd nie wynika jeszcze koniecznie, iżby to przejście stosunków obowiązkowych na dziedzica datowało się dopiero od ustawy XII. tab., jak sądzą Birkmeyer (l. c.), Pernice Labeo I. str. 326 i poniekąd także Puchta Inst. §. 306. not. a) in fin. Przytoczone powyżej względy społeczne były tak samo silne przed, jak po ustawie XII tablic, jeżeli więc może przed tą ustawą nie było osobnego w tej mierze przepisu prawa nadanego, to zawsze wysoce jest prawdopodobnem, że zwyczajowo utarowała sobie wcześniej moc prawną reguła, zobowiązująca dziedzica do spłacenia długów spadkodawcy i odwrotnie dłużników spadkodawcy do uiszczenia się na rzecz dziedzica, tak że późniejszy przepis ustawy XII tablic, podobnie jak niektóre inne jej postanowienia, był tylko wyraźnem usankcyonowaniem prawa przedtem obowiązującego. (Por. Windscheid §. 528 not. 4, a obecnie poniekąd także Pernice Krit. Vierteljah. T. XXII str. 257). Pośrednio dowodzi tego usucapio pro herede, jeśli ta instytucja pochodzi z czasów przed ustawą XII tablic (por. §. 8. not. 1), Gajusz (II. 55) podaje bowiem za powód wprowadzenia tej instytucji: quod voluerunt veteres, ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.— Hölder (Zeit. f. d. ges. Handelsrecht T. 24. str. 615, Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechtes str. 14 sq., 21 sq., 29) uważa odpowiedzialność dziedzica za długi spadkowe za prastary stan prawny, a wyprowadza to ztąd, że stanowisko dziedziców utworzyło się na wzór stanowiska suorum, ci zaś mieli odpowiadać za długi patris familias samo przez się, jako członkowie familiae ojca, która razem z osobą ojca odpowiadała wierzycielom. Por. jednak Pernice Krit. Viert. cit. str. 258 not. Nam się zdaje, że stanowisko suorum w rodzinie mogło być co najwięcej powodem, iż co do nich najwcześniej wytworzyła się zwyczajowo reguła, zobowiązująca ich do spłacania długów ojcowskich (Por. pon. §. 6. not. 10 in fi.).

²³⁾ Trafnie powiada Brinz (1 wyd.) str. 660: „Nicht durch irgend eine metaphysische Nothwendigkeit, sondern aus Rücksicht zuerst auf die himmlischen und dann aber auch auf die irdischen Gläubiger dürfte man dazu gekommen sein, dass eine Succession nur in alle Stücke (res hereditariae), also

przedmiot dziedziczenia uważano tylko rzeczy zmysłowe. W skutek tego zachodził między poszczególnymi stosunkami majątkowymi spadkodawcy, czynnymi i biernymi, ten prawny związek, iż jedne i drugie przechodziły razem na dziedzica, a ztąd dopiero, z tego praktycznym zmysłem Rzymian uświęconego stanu rzeczy, wysnuto z czasem podaną na wstępie, kardynalną w późniejszym prawie zasadę, że prawa i obowiązki mimo śmierci podmiotu tworzą jedną całość majątkową, że przeto następstwo na wypadek śmierci jest przede wszystkim wstąpieniem w całość pozostałości.²⁴⁾

W skutek dziedziczenia staje się dziedzic, według tego, co się już powiedziało, naraz jednym aktem następstwa podmiotem ogółu stosunków majątkowych, całość dziedzictwa tworzących,²⁵⁾ jest ze względu na ten majątek następcą spadkodawcy. To stanowisko prawne dziedzica, to z odziedziczenia spadku wynikające prawo dziedzica do zajmowania miejsca podmiotu ogółu stosunków majątkowych odziedziczonych jako następcą spadkodawcy, zowie się: prawem dziedzictwa, w źródłach *ius successionis*, *ius hereditatis*,

namentlich nicht in die blossen Activen des Vermögens möglich sei.“

²⁴⁾ Por. także Rivier str. 4, Savigny Syst I. str. 383.

Do tej zasady doszli zapewne już pierwsi prawnicy z czasów Rzeczypospolitej, może już pontifices (Kuntze Excur. 2 wyd. str. 159 sq., 611 sq.), nie zaś dopiero ostatni z prawników klasycznych, jak mniema Pernice (Labeo I. str. 327 do not. 14. i 15), bo zasada ta uwydatniła się już w instytucji bonorum possessionis, powstałej przed Ciceronem (ob. §. 9 do not. 1 — 8. i not. 16), ona przyczyniła się także około początku siódmego wieku a. u. c. do zmiany natury prawnej *usucapionis pro herede* (por. §. 8. not. 30 i tekst po tej notcie).

Zasada ta prawa rzymskiego, odpowiadająca najskuteczniej idei ciągłości prawnej poza kres życia jednostki, zachowania majątku dla przyszłych generacji, nie była znana prawu niemieckiemu i nie była powszechną w prawie polskiem. Por. Siegel *Das deutsche Erbrecht*, Gerber *System des Privatrechts* §. 248. *Burzyński Piotr* *Prawo polskie prywatne*. T. II. str. 228 sq.

²⁵⁾ Gai. *Epitome*. 2. 2. pr.: *Per universitatem, hoc est omnia semel (simul) bona adquirimus hereditate*. L. 23. pr. D. de acq. v. amit. poss. 41. 2: . . . *adita hereditate omnia iura ad nos transeunt*.

ius hereditarium, albo także hereditas (w znaczeniu podmiotowym).²⁶⁾ Prawo to nie jest prawem na osobie spad-

²⁶⁾ „Ius successionis“: L. 1. §. 1. D. de div. rer. 1. 8, L. 13. §. 4. D. de acq. v. amit. posse. 41. 2, Gai. II. 14.— „Ius hereditatis“: §. 2. I. de reb. incor. 2. 2. — „Ius hereditarium“: L. 6. pr. D. de rel. 11. 7, L. 49 D. mand. v. cont. 17. 1, L. 37. D. de cont. empt. 18. 1, L. 73. D. de evic. 21. 2, L. 16. §. 1. D. de testa. tut. 26. 2, L. 91. D. ad leg. Falc. 35. 2, L. 5. D. pro suo 41. 10. — „Hereditas“: Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum ius quod defunctus habuit L. 24. D. de V. S. 50. 16, L. 208 eod., L. 62. D. de R. J. 50. 17, — hereditas heredis res singulās facit L. 80. D. de leg. II, — in cuius locum hereditate vel emptione aliove quo iure successi L. 3 §. 2. D. de itin. 43. 19, Gai. II 54. — Co do przedmiotowego znaczenia wyrazu hereditas por. powyż. not. 3.— Przeciwno panującej opinii (por. szczegółonie: Windscheid §§. 605 in fi. i 536. not. 3, Schirmer §. 1 do not. 4 a.), Unger Erbr. §. 2. n. 11, Bruns Holtzen Ency. 2 wyd. str. 443 i 446, Arndts Schriften II. str. 1. i 325, *Źródłowski* Röm. Privat. II. §. 55. not. e., tudzież wymienionych poniżej w nocie 27. i 28) utrzymują Köppen (Erbsch. str. 96 sq., System §. 3. not. 3. not. 3. i Jahrbüch. f. Dog. V. str. 127 sq), Brinz (I. (2 wyd.) §. 124 str. 450, II. (1 wyd) str. 655, 658, 681) i Pernice (Labeo I. str. 336. n. 51), że pomienione powyżej prawo dziedzictwa (Erbrecht w znac. podmiotowym), powstające wskutek odziedziczenia spadku, wcale nie istnieje i odnosią przytoczone wyrażenia się źródół (podobnie jak już dawniej Mayer §. 1 not. 1) do prawa dziedziczenia, prawa do dziedzictwa, ius succedendi — (Erbrecht w tem znaczeniu podmiotem) t. j. do prawa przyjęcia lub zrzeczenia się dziedzictwa, powstającego w skutek powołania do spadku (delatio). Takie rozumienie przytoczonych wyrazów nie jest jednak uzasadnione i słabo tylko popiera je ta okoliczność, że Theophilus w swej parafrazie §fu 2. I. de reb. incor. 2. 2. wyrazy: ius hereditatis bierze w znaczeniu iuris succedendi, co zresztą jest wątpliwem (por. Arndts Schriften II. str. 325. n. 22). Bez przyjęcia pomienionego prawa dziedzictwa nie da się zdaniem naszym (por. także Bruns Holtz. Ency. 2. wyd. str. 443) wytłómaczyć ta dwoistość skarg, które służą dziedzicowi, t. j. prócz skarg szczegółowych, także skarga ogólna, zwana hereditatis petitio. Gdyby bowiem w tych przypadkach, w których dziedzic może działać jedynie hereditatis petitione, t. j. przeciwko posiadaczowi przedmiotów, do spadku należących, pro herede lub pro possessore, nie rozchodziło się o dochodzenie prawa dziedzictwa, natenczas dla dochodzenia praw odziedziczonych wystarczałyby

kodawcy, weszłej w osobę dziedzica, jak to utrzymują²⁷⁾ niektórzy zwolennicy teorii o zmyślonym pośmiertnym istnie-

w zupełności skargi specyalne (np. *rem meam esse*), połączone z dowodem, że prawo zaskarżone zostało nabyte przez odziedziczenie (*causa*). To zaś, że dziedzic z tej samej *causa* nabył inne jeszcze, w danym razie niekwestyonowane prawa, nie byłoby samo przez się w stanie uzasadnić, jak Brinz (str. 681) sądzi, potrzeby osobnej skargi uniwersalnej. Jedynie okoliczność, iż w przypadkach działania *hereditatis petitione* rozchodzi się o to, kto jest dziedzicem, (co i Brinz l. c. uznaje), azatem o to, kto ma prawo uchodzić za podmiot dziedzictwa („*successionis iura sibi vindicare*“ L. 15. C. de postlim. 8. 50. (51), L. 4. C. in quibus caus. ces. lon. temp. prae. 7. 34 in fi.), jest powodem osobnej skargi uniwersalnej.

Teorią o osobnem prawie dziedzictwa popiera także ustęp z Gaja III. 84, rozmaicie interpretowany (por. Scheurl *Beit.* I. str. 46 sq., Birkmeyer *Vermögen* str. 93, Mandry *Familiengüt* I. str. 170 sq., Brinz (1 wyd.) str. 670, Köppen *Erb-schaft* str. 106, Windscheid *Krit. Ueber.* I. str. 197 i *Pand.* III. §. 605. n. 8), który, zdaniem naszym, ze stanowiska tej teorii najtrafniej się tłómaczy. W skutek arrogacyi resp. in manum konwencyi przechodzą, mimo przeciwnej ogólnej reguły, ad patrem adoptivum resp. coemptionatorem także długi tego, qui se in adoptionem dedit. resp. tej, quae in manum convenit, jeżeli te długi były przez nich odziedziczone, z tego właśnie, a nie innego powodu, że pomienione akta nabycia władzy mają za skutek nabycie wszelkich praw osoby, dostającej się pod władzę, azatem pomiędzy niemi także jej prawa dziedzictwa. Pater adoptivus resp. coemptionator nabywa tedy prawo być podmiotem majątku, przez osobę, przeszlą pod jego władzę, przedtem odziedziczonego („*heres fit*“), a z tem jest podmiotem nie tylko praw, lecz także długów dziedzictwa.

Jak właściwie pojmuje hereditatem w znaczeniu podmiotowem *Fr. Maciejowski* trudno odgadnąć. *Hereditas*, powiada on (II. §. 194), znaczy prawo następstwa czyli dziedzictwa, ius succedendi, służące osobie żyjącej do pozostałości po osobie zmarłej, — (to zdaje się odnosić do czasu przed nabyciem) — i w tem podmiotowem znaczeniu jest odziedziczeniem nabywczem ogólnych praw, jakie miał zmarły, — (to znowu odnosi się chyba do czasu po nabyciu dziedzictwa).

²⁷⁾ Puchta (*Pand. i Vorl.* §§. 446 i 447), Scheurl (*Beitr.* I. str. 40 sq., inaczej w *Instyt.* §. 45) i Vering (*Erbr.* str. 74 sq.). Według nich prze .miotem prawa dziedzictwa jest osoba spadkodawcy, którą zatem nie tylko w celu umożliwienia przejścia dziedzictwa na

niu osobistości spadkodawcy, ani też jak to znowu inni sądzą, ²⁸⁾ prawem rzeczowem na majątku odziedziczonym

diedzica (por. pow. not. 6), ale jeszcze i po nabyciu dziedzictwa mamy sobie wyobrażać jako ciągle istniejącą. Tego zdania, że i po nabyciu dziedzictwa osoba spadkodawcy istnieje dalej w osobie dziedzica, jest także Kuntze (Cursus 2 wyd. §. 860), Tewes (II. §. 61. I), a w formie nieco zmienionej Arndts (Schriften II. str. 19 i Pand. §. 521. n. 3), nie uważają jednak tej osoby za przedmiot prawa dziedzictwa, owszem Arndts (§. 464 n. 1) uważa to za przesadę. (W 10tem wydaniu Arndtsa Pand. (l. c.) brakuje to zdanie). Za dowód tej teorii mają służyć szczególnie, prócz ciągłości stosunków obowiązkowych (por. jednak pow. not. 6), najpierw L. 62. D. de acq. rer. dom. 41. 1, powtóre ta okoliczność, że dziedzictwo (według zdania tych prawników) i po nabyciu spadku należy do dziedzica jako osobny majątek, jest osobnym przedmiotem jego prawa dziedzictwa, w przeciwstawieniu do swych poszczególnych części składowych, gdy zaś majątek jest ogółem stosunków prawnych do pewnej osoby należących, więc i ten majątek, na którym dziedzic ma prawo dziedzictwa, musi mieścić w sobie pewną osobę, azatem osobę spadkodawcy. — Przeciwno temu por. co do L. 62. cit. powy. not. 15, pod względem zaś mylności założenia drugiego argumentu, poni. not. 31. Przeciwno tej teorii przemawia także intentio skarg dziedzica: hereditatem suam esse, rem suam esse, sibi dari oportere (Gai. IV. 34), bo przecież dziedzic musiałby intendere ex persona defuncti, gdyby majątek odziedziczony należał do niego jedynie jako do reprezentanta spadkodawcy. Por. nadto w ogóle autorów, wymienionych w nocie 6. przy końcu, tudzież Ihering Abhandlungen N. 3. str. 239 sq.

²⁸⁾ Birkmeyer (Vermögen. szczegól. str. 84 sq. i 310 sq.), Neuner (Wesen u. Art. d. Privatrecht. str. 52 i 56), Vangerow (§. 113. in fl.), Pfaff i Hofmann (Comment. II. str. 6 sq.). Prawo to rzeczowe ma być, według tych autorów, równoległe z prawem własności na rzeczy zmysłowej, ale zawsze od niego odmienne, niejako uniwersalną własnością na całości majątku, jako na osobnym przedmiocie. (Birkmeyer, Pfaff et Hofmann). Takiej uniwersalnej własności nie zna jednak prawo rzymskie. Nie dowodzą jej po raz w źródłach przychodzące wyrazy: dominus hereditatis (w L. 48. pr. D. de her. inst. 28. 5), tudzież succedere in universum dominium (w L. 70. D. de V. S. 50. 16), gdyż wyrazy te są tu użyte w znaczeniu nie technicznym, lecz obszerniejszem, potocznem, w znaczeniu, że coś do kogoś należy („ad quem ea res pertinet“ L. 70 cit.), podobnie jak w zestawieniu:

jako całości, lecz jest prawem tego rodzaju jak *iura status*.²⁹⁾

Majątek odziedziczony zlewa się zresztą majątku dziedzica w jedną całość („*iuncta hereditas coepit esse*.” L. 10. §. 2. D. de vul. et pup. sub. 28. 6); dziedzic ma jeden tylko majątek, do którego należą także prawa i obowiązki odziedziczone, nie zaś dwa osobne majątki: majątek odziedziczony obok reszty, lub pośród reszty majątku. Prawa i obowiązki spadkodawcy stają się bowiem bezpośrednio prawami i obowiązkami dziedzica, on jest ich podmiotem tak samo, jak jest podmiotem innych swych stosunków majątkowych,³⁰⁾ a przeto wszystkie razem bez różnicy stanowią jedną całość mienia dziedzica. Prawa i obowiązki odziedziczone stoją o tyle jedynie w pewnym związku prawnym,

dominium ususfructus (L. 3. D. si usuf. 7. 6), *dominus litis* lub *dominus negotii*. (Por. Windschied I. §. 165 not. 1). Niemniej i ta okoliczność, że służąca dziedzicowi *hereditatis petitio* jest *actio in rem: vindicatio hereditatis*, podobnie jak skarga z własności *vindicatio rei*, nie uprawnia sama przez się do wniosku, iż jak drugą tak i pierwszą skargą dochodzi się własności, gdyż *actiones in rem* służą do obrony nietylko praw rzeczowych (n. p. *vindicatio in libertatem*, *filii in potestate*). Por. zresztą: Unger System I. str. 511 sq. 534 sq., VI. Erbrecht §. 2. n. 14, Windscheid III. §. 605. n. 13, Puchta Instit. II. §. 243. not. d., Bruns Holtz. Ency. 2. wyd. str. 443, Pernice Krit. Vierteljahr. T. 22. str. 262 sq. i str. 245 not. *

²⁹⁾ Np. *ius agnationis*, *ius consanguinitatis* Gai III. 27, L. 4. D. unde cogn. 38. 8. Por. Unger Erbr. §. 2. n. 11, Bruns Holtz. Ency. 2. wyd. str. 443, *Źródłowski* Die Verjährung nach österreich. Recht str. 33. Do tego rezultatu dochodzą ostatecznie także Pfaff i Hofmann (Commen. II. str. 8), tak że w końcu nie można wiedzieć, jak ci autorowie właściwie pojmują prawo dziedzictwa, raz bowiem zaliczają się do zwolenników teorii o kontynuowaniu osobistości spadkodawcy przez osobę dziedzica, potem znowu jest według nich prawo dziedzictwa uniwersalną własnością, a w końcu uznają je za prawo analogiczne z *iura status*.

³⁰⁾ Gai. IV. 34: . . . *id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere.*

iż wszystkie należą do dziedzica na mocy jednego prawa, prawa dziedzictwa. Prawo to jest wspólną podstawą (*causa hereditaria* L. 13. pr. D. de bon. posse. c. tab. 37. 4, L. 7. pr. D. de tute. 27. 3) wszystkich odziedziczonych stosunków prawnych; dziedzic jest podmiotem każdego z nich na mocy służącego mu prawa dziedzictwa.³¹⁾

Sukcesya uniwersalna nie jest jedynym rodzajem następstwa na wypadek śmierci. Spadkodawca może pewne

³¹⁾ Niektórzy prawnicy (Puchta Pan. i Vorle. §. 447, Scheurl Beiträge I. str. 40 sq. i Inst. §. 26, Vering Erbr. str. 86, Schirmer §. 3. n. 44, a szczególnie Birkmeyer Vermögen str. 79 sq.) są przeciwnego zdania, utrzymując, że majątek odziedziczony nie zlewa się z resztą majątku dziedzica, lecz i po nabyciu dziedzictwa tworzy zawsze całość odrębną, samoistną (*universitas*), tak w przeciwstawieniu do swych poszczególnych części, jak niemniej w przeciwstawieniu do reszty majątku dziedzica. Dziedzictwo ma tedy należeć do dziedzica jako osobny majątek, obok resp. pośród reszty jego majątku, ma zaś do niego należeć w pierwszym rzędzie jako całość, a oraz (pośrednio) w swych poszczególnych częściach. Zapatrywanie to stoi w związku, jak już nadmieniono (pr. not. 11. 27 i 28), z pojmowaniem prawa dziedzictwa jako prawa na majątku, bądź jako prawa na osobie spadkodawcy, mającej być nadal podmiotem tego majątku, bądź też jako prawa rzeczowego, co się więc o tych teoriach poprzednio powiedziało, służy także do odparcia tu w mowie będącego zapatrywania. Inne jeszcze argumenta, mające wprost dowodzić odrębności majątku odziedziczonego, nie są także przekonujące. Twierdzenie najpierw, że bez przyjęcia odrębności majątku odziedziczonego nie możnaby uzasadnić istnienia prawa dziedzictwa, gdyż takowe w tej chwili, gdy ma powstać, nie miałoby przedmiotu, byłoby wtedy tylko przekonującym, gdyby prawo dziedzictwa było niewątpliwie prawem na majątku, co jednak nie jest uzasadnione (por. not. 27. 28 i 29). Najsilniejszym argumentem ma być następnie skarga uniwersalna (*hereditatis petitio*), służąca dziedzicowi, która byłaby, tak mówią, i niepotrzebną i niemożliwą, gdyby dziedzictwo należało do dziedzica jedynie jako pewna ilość poszczególnych stosunków majątkowych, nie zaś oraz jako całość samoistna. Poszczególnych praw nabytych mógłby dziedzic dochodzić skargami szczegółowemi. Atoli już poprzednio wykazaliśmy (por. not. 26), że inną jest przyczyna przyznania dziedzicowi osobnej skargi,

przedmioty wydzielić z całości swego mienia i takowe jako osobne jednostki przeznaczyć dla pewnych osób, może on także przekazać komuś na wypadek swej śmierci pewną korzyść majątkową, nie pochodzącą wprost ze spadku. Takie rozporządzenie ostatniej woli spadkodawcy, jak również to, co w ten sposób spadkodawca komuś pozostawił, zowie się zapisem (*legatum, fideicommissum*).³²⁾ Zapis ten się różni istotnie od dziedzictwa, iż przedmioty zapisane, ileby ich było, przypadają zapisobiercy nie jako części całości mienia, ale przeciwnie jako osobne, od całości oderwane jednostki. Przypadają zaś te przedmioty zapisobiercy albo wprost i bezpośrednio z osoby spadkodawcy, albo dopiero za pośrednictwem trzeciej osoby, szczególnie dziedzica. W pierwszym razie wstępuje zapisobierca, podobnie jak dziedzic, bezpośrednio w miejsce

prócz skarg specjalnych. Że zaś *hereditatis petitio* jest skargą uniwersalną (*actio de universitate proposita* L. 1. pr. D. de rei vind. 6. 1), że zatem pozwany, gdy upadnie w sporze, winien wydać powodowi wszystko to, co posiada z przedmiotów do spadku należących (*unisersas res hereditarias* L. 18. §. 2. D. de her. pet. 5. 3), bez dochodzenia praw dziedzica co do każdego przedmiotu z osobna, to okoliczność ta tem się właśnie tłumaczy, że dziedzic *hereditatis petitione* dochodzi prawa dziedzictwa, które jest wspólną podstawą wszelkich stosunków prawnych odziedziczonych. Tą wspólnością podstawy tłumaczy się także ustęp z Gaja III. 84, jak już poprzednio wykazaliśmy (por. not. 26) i nie może przeto służyć za dowód odrębności majątku odziedziczonego. Natomiast za tem, że majątek odziedziczony tworzy z własnym majątkiem dziedzica jedną całość, przemawia usilnie: *confusio i consolidatio* wzajemnych praw dziedzica i spadkodawcy, istnienie osobnych postanowień co do oddzielenia majątku odziedziczonego od własnego majątku dziedzica (*separatio bonorum*) a wreszcie poniekąd i ta okoliczność, że dziedzic dziedzica nie może przyjąć jego spadku bez majątku przez niego odziedziczonego (L. 7. §. 2. D. de acq. v. omit. her. 29. 2: *In omni successione, qui ei heres exstitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem*), a przecież gdyby dziedzic miał dwa osobne majątki, należałoby konsekwentnie przyjąć po jego śmierci dwa osobne dziedzictwa. Por. zresztą szczególnie: Brinz (1 wyd.) str. 667 sq. i Koppen Erbschaft str. 105 sq.

³²⁾ Wyczerpujące określenie pojęcia zapisu podamy dopiero na właściwem miejscu. (Por. część o zapisach).

spadkodawcy,³³⁾ ale odmiennie od dziedzica wchodzi on jedynie w poszczególne stosunki majątkowe, jako oddzielne jednostki (in rem, in rei dominium, in singularum rerum dominium)³⁴⁾, jest zatem spadkodawcy sukcesorem szczególnym (pod tytułem szczególnym).³⁵⁾—Istotną cechą zapisów w ogóle jest także ta okoliczność, iż one są możliwe jedynie na podstawie sukcesyi uniwersalnej, są od niej zawisłe, ponieważ według zasady prawa rzymskiego przedewszystkiem ktoś musi wstąpić w ogół mienia spadkodawcy. Bez dziedzica (lub kogoś, kto jest heredis loco) zapis jest niemożliwy.

Szczególny rodzaj zapisu zachodzi wtedy, gdy jego przedmiotem jest całość dziedzictwa, lub pewna tegoż część stosunkowa (pars quota). W tym razie bowiem według przepisów późniejszego prawa zajmował zapisobierca w rezultacie (choćby tylko pośrednio) stanowisko sukcesora uniwersalnego. Taki zapis zowią źródła dziedzictwem powierniczym — fidei commissaria hereditas.³⁶⁾

Z powodu śmierci pewnej osoby może wreszcie z innych jeszcze przyczyn, prócz dziedziczenia i zapisów, przypaść coś osobom trzecim. Tu należy mortis causa donatio, tudzież reszta przypadków, objęta dla braku nazw osobnych, ogólną nazwą: mortis causa capiones.³⁷⁾

³³⁾ In locum successisse accipimus, sive per universitatem sive in rem sit successum. L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3.

³⁴⁾ L. 8. D. de iureiu. 12. 2, L. 3. §. 1. D. de exc. rei vend. 21. 3, L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3.— L. 24. §. 1. D. de dam. inf. 39. 2.— L. 37. D. de acq. v. omit. her. 29. 2.

³⁵⁾ Do zapisu nie zawsze stosuje się pojęcie sukcesyi po spadkodawcy. Por. poni. część o zapisach, a tymczasowo Sintenis III. §. 161 i Arndts w Glück'a Comment. T. 46. str. 85.

³⁶⁾ Można go także nazwać: „fideikomisem ogólnym“ (*Zielonacki* II. §. 445) w przeciwstawieniu do zapisu przedmiotów szczególnych, albo także: „zapisem dziedzictwa“ (*Windscheid* III. §. 662 „Erbchaftsvermächtniss“).

³⁷⁾ Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. L. 31. pr. D. de mor. cau. don. 39. 6. Por. *Schlaginweit* w *Jahrbü. f. Dog.* VI. str. 318 sq.

§. 3.

**Ogólne warunki następstwa na wypadek śmierci
pod względem podmiotów.*)**

Zdolność do udziału w następstwie na wypadek śmierci, bądź czynnie jako spadkodawca, bądź biernie jako następca (dziedzic — zapisobierca), zależała przedewszystkiem od stanu (status) osoby, t. j. od jej stanowiska w systemie podziału ludzi na *liberi — servi, cives — latini — peregrini, homines sui et alieni iuris*. Prócz tego były inne jeszcze wymogi tej zdolności, jużto zasadnicze, jużto przepisane prawem nadanem, tak że ktoś, mający potrzebny status, mógł być jednak wykluczony od udziału w następstwie na wypadek śmierci. W szczególności:

I. Kardynalnym warunkiem udziału w następstwie na wypadek śmierci podług prawa rzymskiego, czy to jako spadkodawca, czy jako dziedzic lub zapisobierca, była *civitas*, której pierwszym warunkiem była znowu *libertas*. Prawo spadkowe należało bowiem do tych dziedzin prawa rzymskiego, które były zachowane dla *cives Romanos*, było prawem wyłącznie narodowym — *ius civile Romanorum*.¹⁾ Względny na potrzeby międzynarodowego obrotu, które inne dziedziny prawa rzymskiego otworzyły także *peregrynom (ius gentium)*, nie istniały w zakresie prawa spadkowego, a prócz tego udział w następstwie na wypadek śmierci, o ile to opierało się na związku *agnacyjnym*,

Z ogólnego zarysu rodzajów następstwa na wypadek śmierci przedstawionego w niniejszym §cie, podaje się sam przez się porządek wykładu prawa spadkowego. W trzech częściach będzie mowa najpierw o dziedzictwach, potem o zapisach, a wreszcie o innych nabytkach z powodu śmierci pewnej osoby.

*) Rivier §. 3. Mayer §§. 5. 6. Windscheid III. §§. 535. 624. 625. Arndts Pand. §§. 469. 471. 542. tudzież w Glück'a Commentar. T. 46. str. 343 i 379 sq. Leist tamże Ser. 37. et 38. T. II. str. 136 sq. *Zielonacki* §§. 351 i 353.

¹⁾ Por. Voigt Das *ius naturale etc. der Römer* T. II. str. 69 sq. 691 sq. 867 sq. 920 sq. 938 sq. 951 sq.

lub *iustum matrimonium*, był samo przez się niepodobny dla tych, którzy do tych związków nie mieli przystępu ²⁾ Poza zakresem obywateli rzymskich stosowało się prawo spadkowe rzymskie do tych jedynie, którzy bez nadania im *civitatis* w skutek swego pośredniego stanowiska między *civitas* a *peregrinitas*, lub w skutek osobnego udzielenia mieli tę zdolność prawną *iuris civilis*, którą mieli *cives Romani*, w szczególności zatem zdolność do praw majątkowych — *commercium i. c.*, a ze względu na dziedziczenie, opierające się na związku agnacyjnym lub *iustum matrimonium*, także zdolność do małżeństwa rzymskiego, a z tem do praw z przynależenia do rzymskiej rodziny wynikających — *connubium*.³⁾

Dla braku zdolności prawnej według *ius civile* nie mogli tedy mieć następców na wypadek śmierci (dziedziców lub zapisobierców):

1) *Servi*, z wyjątkiem *servi publici populi Romani*, który mógł testamentem rozporządzić połową swego mienia;⁴⁾

2) *Peregrini, dediticii, obsides*; ⁵⁾

²⁾ *Patria potestas i manus*, które rodziły pokrewieństwo agnacyjne, były *ius proprium civium Romanorum*. Gai I. 55. 108, L. 3. D. de his qui sui v. al. iu. 1. 6, §. 2. I. de pat. pot. 1. 9.

³⁾ Por. Voigt l. c. str. 102 sq. — Co do *commercium i connubium* por. Böcking Pand. §. 33 do not. i not. 10 i 11. *Źródłowski* Röm. Privatrecht I. str. 226. — *Connubium* było warunkiem *iusti matrimonii*, to zaś warunkiem *patriae potestatis i manus*, będących zawiązką agnacyi. Nie zawsze jednakże wystarczało samo *connubium* do zyskania *patriae potestatis* nad dziećmi, z małżeństwa zrodzonymi. Por. Gai. I. 55—57, 65—81, 87, 93—96. — Ulp. V. 1—4, 8—9.

⁴⁾ L. 4. C. com. de succes. 6. 59, L. 16. pr., L. 19. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 1. §. 1. D. de leg. III. — Ulp. XX. 16.

⁵⁾ L. 7. §. 5. D. de bon. damnat. 48. 20: ... quia civitatem amisit, heredem habere non potest. Ulp. XX. 14, Gai. I. 25, III. 74—76. — *Obsides* t. j. zakładnicy przyjęci przez Rzymian. L. 11. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 31, L. 32. D. de iure fisci 49. 14. Por. Voigt *Ius naturale*. II. §. 99. — *Dediticii* byli albo *peregrini dediticii* tj. członkowie narodu podbitego, który się zdał na łaskę i niełaskę Rzymu (Gai. I. 14), albo wyzwolenicy,

3) Ci, którzy utracili libertatem lub tylko civitatem, t. j. ulegli capitis diminutioni maximae albo mediae,⁶⁾ a-
zatem mianowicie :

qui ex lege Aelia Sentia dediticiorum numero erant (Gai. I. 13. 15, Ulp. I. 5. 11). Por. Cohn Ueber das neue Fragment de dediticiis w Zeit. der Savigny — Stiftung f. Rechtsgeschichte T. II. mianowicie str. 100 sq. i 109 sq. — O ile dediticii mogli mieć przecież dziedziców ab intestato, o tem będzie mowa na właściwem miejscu.

Nazwa peregrini odnosiła się nie tylko do narodów poza granicami państwa, zaprzyjaźnionych z Rzymem, ale także i szczególnie do wolnych mieszkańców tych krajów i prowincyi, które należały do państwa rzymskiego, a nie miały udzieloną sobie civitatem lub ius Latii. Ze względu na tych ostatnich peregrynów właśnie miał podział wolnych na cives i peregrini swą główną praktyczną doniosłość. (Puchta Institut. II. §. 217. po noc. a.), Salkowski §. 32. III, *Zródłowski* I. §. 30. do not. 6). — Peregrini, nie podlegając prawu spadkowemu rzymskiemu, rządili się w tym względzie własnym prawem krajowym, o ile takowe przez Rzymian było uznane (Puchta Institut. II. §. 217. do not. f., Salkowski l. c.), mogli mianowicie sporządzać testamenta secundum leges civitatis suae (arg Ulp. XX. 14). To jednakże nie odnosiło się do peregrinos dediticios (Böcking Pand. §. 35. k.), ani do tych, qui dediticiorum numero erant, „quoniam nullius certae civitatis cives sunt“ (Ulp. cit.). Postanowienia tych praw krajowych peregrynów (w obrębie państwa rzymskiego) zbliżały się niezawodnie w toku czasu tak w ogóle, jak i w zakresie prawa spadkowego, do przepisów prawa rzymskiego, były z niemi w znacznej części zgodne. (Por. Voigt Ius natur. II. §. 102). Szczególnie postanowienia prawa spadkowego rzymskiego, uwzględniające pokrewieństwo kognacyjne i związek małżeński, mogły być łatwo przeniesione na grunt tych praw krajowych. (Leist w Glück'a Comm. Ser. 37 et 38. T. II. str. 137. b). — W końcu zwracamy uwagę na to, że peregrinus, bez udzielenia mu civitatis, mógł otrzymać commercium resp. connubium (Ulp. XIX. 4, V. 4), a wtedy miał także wynikającą ztąd według ius civile zdolność prawną ze względu na następstwo na wypadek śmierci. (Puchta Inst. II. §. 217. do not. b sq.).

⁶⁾ Gai. II. 145, §. 4. I. quib. mod. test. infr. 2. 17, L. 6. §. 5. D. de iniu. rup. 28. 3. Cf. L. 3. §. 2. D. de his quae pro n. scrip. hab. 34. 8: . . . quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

a) Captivi, t. j. pozostający w niewoli narodu nieprzyjacielskiego. Położenie ich łągodziły jednak *ius postliminii* i *lex Cornelia* tak dalece, że *captivus* o tyle jedynie był niezdolny, iż nie mógł być spadkodawcą z testamentu, podczas niewoli sporządzonego, zresztą zaś mógł mieć następców na wypadek śmierci (ab intestato, lub z mocy testamentu, sporządzonego przed dostaniem się do niewoli, lub po powrocie z niewoli). Jeśli bowiem *captivus* powrócił z niewoli, natenczas wracał napowrót w swe pierwotne prawa (*ius postliminii*), a jeśli zmarł w niewoli, uważano go za zmarłego już w tej chwili, gdy go brano w niewolę (*lex Cornelia*).⁷⁾

b) Według prawa z czasów cesarstwa *capite damnati*, t. j. skazani prawomocnie na kary główne, połączone z *capitis diminutio maxima* lub *media*, wyjąwszy jeśli nastąpiła ich restytucya do pierwotnego stanu.⁸⁾ Reguła ta nie sto-

⁷⁾ Paulus R. S. III. Tit. IV A. §. 8. („quasi servus“), L. 8. pr. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 10. D. de test. mil. 29. 1, L. 1. pr. D. de leg. III, §. 5. I. quibus non est permi. 2. 12. — Ulp. XXIII. 5, L. 22. pr. §§. 1—2 D. de capti. 49. 15, L. 12. pr. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 6. §. 12. D. de iniu. rup. 28. 3, L. 4. §. 1. D. de bon. lib. 38. 2, L. 1. pr. de suis et leg. 38. 16, L. 3. §. 6. D. de bon. pos. 37. 1. — Por. §. 12. do not. 3 i §. 33. not. 7. — Ob. Bechmann Das Ius Postliminii und die Lex Cornelia.

⁸⁾ Gai. II. 147, L. 6. §. 6. D. de iniusto rup. 28. 3, L. 8. §§. 1—4. D. qui test. fac. pos. 28. 1, (Cf. L. 9, L. 13. eod.), L. 7. §. 5. D. de bon. damn. 48. 20, L. 3. D. de int. et releg. 48. 22, L. 1. §. 2. D. de leg. III, Paul. III. Tit. IV A. §. 9 — L. 6. §. 12. D. de iniusto rup. 28. 3, L. 3. §. 7. D. de bonis liber. 38. 2, L. 2. §. 3. D. ad Sctum Tertul. 38. 17, L. 1. §. 9, L. 2. D. de bon. pos. c. t. 37. 4. — Powodem niezdolności pomienionych skazańców była jedynie utrata wolności („nam po enae servus efficitur“ L. 6. §. 6. D. de iniusto rup. 28. 3), a względnie civitatis („quia civitatem amisit, heredem habere non potest“ L. 7. §. 5. D. de bon. damn. 48. 20, — „cum sint ἀπὸλιθεῖς“ L. 1. §. 2. D. de legat. III.), nie zaś połączone z skazaniem konfiskacya majątku. Brak majątku czyni w ogóle następstwo na wypadek śmierci jedynie faktycznie bezprzedmiotowem, gdy przeciwnie ci skazańcy, utraciwszy potrzebną *iure civili* zdolność prawną, prawnie nie mogli być spadkodawcami, chociażby nawet po konfiskacyi majątku nowi nabyli. Taki nabytek był możliwy dla tych, którzy zatrzymując wol-

sowała się jednak do wojskowych, skazanych za występki wojskowy — *delictum militare*. Według re-skryptu Hadryana taki skazaniec mógł być spadkodawcą, ale tylko ze względu na *bona castrensia*, t. j. tę część majątku, którą nabył jako wojskowy.⁹⁾

Latini Iuniani mieli wprawdzie *commercium*,¹⁰⁾ ale według wyraźnego postanowienia legis Iuniaie Norbanae (19 p. Chr. n.), spowodowanego względami na interes tych, którzy ich wyzwolili (*manumissores*), było to ich *commercium* o tyle właśnie ścieśnione, że nie mogli sporządzać testamentu. Majątek zmarłego Latini Iuniani stał według tej samej *lex* na równi z *peculium servi*.¹¹⁾

ność, utracili jedynie *civitatem* (c. d. media). L. 7. §. 5. D. de bon. damnat. 48. 20, L. 2. C. de bon. proser. 8. 49. Z tego wynika, że niezdolność tych skazańców nie odpadła wcale w prawie Justyniańskim, jak to niektórzy z dawniejszych prawników sądzili, ani w skutek Now. 134. c. 13, bo ta ograniczyła jedynie konfiskacją majątku, uwzględniając niektórych krewnych skazańca, ani w skutek Now. 22. c. 8, którą Justynian zniósł *servitatem poenae*, (w ogóle, czy tylko ze względu na *damnatos in metalla?*), bo ci skazańcy zawsze jeszcze utracali prawa obywatelstwa (*ἀπολιδες*). Por. Glück Commentar. T. 34. str. 65 sq., Wächter w Archiv f. c. P. XVII. str. 423 sq., Marezoll Ueber die bürgerliche Ehre str. 21 sq., Vangerow II. §. 428. III, Pfaff et Hofmann Excurse ad §. 574. I (T. II. str. 58 sq.).

⁹⁾ Tit. D. de veteranorum et militum successione 38. 12, L. 32. §. 8. D. de donat. inter vir. et uxo. 24. 1, L. 11. pr. D. de test. mil. 29. 1, L. 6. §. 6. de iniu. rup. 28. 3, L. 22. §. 1. D. leg. III, L. 13. C. de test. mil. 6. 21. — Co do reszty majątku stał wojskowy, skazany za *delictum militare*, na równi z innymi skazańcami, ale i co do *bona castrensia* była jego zdolność spadkodawcza ograniczona. Sporządzić ostatnią wolę (testament, kodycył) mógł on tylko wtedy, gdy mu tego dozwolono w wyroku skazującym, ab intestato zaś mogli po nim dziedziczyć krewni jedynie do piątego stopnia. Por. Glück Commen. T. 34. str. 69 sq., Marezoll (cit. not. 7) i Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. II str. 140 sq.

¹⁰⁾ Ulp. XIX. 4: *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. — Connubium brakowało Latinis Iunianis*. Por. Voigt Ius naturale II. str. 733 sq.

¹¹⁾ Gai. I. 23: *Non tamen illis permittit lex Iunia . . .*

Latini colonarii natomiast mogli mieć następców na wypadek śmierci, ale tylko testamentowych, gdyż mieli jedynie commercium bez connubium.^{12) 13)}

Z tego samego powodu, t. j. dla braku potrzebnej według ius civile zdolności prawnej, nie mogły być także wymienione pod l. 1—3 osoby następcami na wypadek

testamentum facere. Ulp. XX. 14: Latinus Iunianus testamentum facere non potest quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est. Gai. III. 56: iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege (sc. Iunia) pertinent. §. 4. I. de succ. libert. 3. 7. — Por. szczególnie Vangerow Ueber die Latini Iuniani i Danz I. str. 90 sq. — Co do daty legis Iuniae Norbanae por. Vangerow cit. §. 2, Puchta Inst. II. §. 213. not. u.

¹²⁾ Że Latini colonarii mieli commercium bez connubium, to można przyjąć za pewnik historyczny. Ulp. V. 4, XIX. 4. Że zaś ich commercium obejmowało także zdolność sporządzania testamentu (testamenti factionem activam), okazuje się niewątpliwie ztąd, iż lex Iunia Norbana nadając Latinis Iunianis to stanowisko prawne, które zajmowali Latini colonarii (Gai. I. 22, III. 56, Fragment. Dosithei. §. 6), osobno wyraźnie zastrzegła, że Latini Iuniani nie mogą sporządzać testamentu (not. 11). Zastrzeżenie to byłoby zbyt bezużyteczne, gdyby Latini colonarii nie byli mieli zdolności sporządzania testamentu. — Czy to stanowisko prawne, które zajmowali Latini colonarii (ius Latii), miało swój początek już w gminach narodu Latynów (nomen latinum), czy zatem już Latini antiqui mieli commercium i testamenti factionem activam, to jest sporne i nader wątpliwe. Por. co do Latynów w ogóle szczególnie Savigny Vermischte Schriften T. I. str. 14 sq., str. 279 sq., Voigt Ius naturale II. str. 706 sq., Vangerow Ueber die Latini Iuniani, Marquardt Römische Staatsverwaltung T. I. (1873) str. 45 sq., Puchta Inst. I. §§. 62. 63, II. §. 217, Kuntze Cursus (2 wyd.) §§. 121. 200. 324, *Źródłowski* Röm. Privatr. I. str. 227 sq., Mainz I. str. 141 sq. — Treściwy pogląd na niektóre z rozmaitych w tej mierze opinii podaje Danz I. str. 47 sq.

Latini colonarii, o ile nie mieli udziału w prawie spadkowym rzymskim, rządził się własnym ius municipale, którego postanowienia, podobnie jak praw peregrynów (not. 5), w toku czasu coraz więcej były zgodne z prawem spadkowym rzymskim por. Voigt Ius natur. II. §. 98.

¹³⁾ Przytoczone w notach 4—12 źródła odnoszą się przeważnie do dziedziczenia, jednakże te same osoby, które nie mogły mieć dziedziców, nie miały także zdolności pozostawienia zapisów. L. 6. §. 3. D. de iure codic. 29. 7: Codicillos is de-

śmierci (dziedzicami lub zapisobiercami).¹⁴⁾ Latini Iuniani zaś, tak samo jak Latini colonarii, mając commercium, mieli także zdolność dziedziczenia, ale tylko na mocy ostatniej woli rozporządzenia,¹⁵⁾ gdyż brak connubii czynił ich znowu

mum facere potest, qui et testamentum facere potest. L. 8. §. 2. eod., L. 2. D. de leg. I, Ulp. XXV. 4.

¹⁴⁾ Do kwestyi o niezdolności dziedziczenia obacz prócz zacytowanych pod * : Schirmer §. 4, Köppen §. 5, Tewes I. §. 7, Rosshirt Einleitung in d. Erbr. §. 7, Vangerow II. §. 404, *Fr. Maciejowski* II. str. 8. — Servi: Gai. II. 185—189 . . . nam ipse neque heres esse potest, Ulp. XXII. 12 in fi., L. 3. §. 2. D. de his quae pro non scri. hab. 34. 8, L. 7. pr. D. de leg. III. Niewolnik jako taki nie miał zdolności dziedziczenia tylko ze względu na swą własną osobę. Por. pon. §. 14. not. 4. — Captivi, z zastosowaniem jednak iuris postliminii: Paul. IV. Tit. 8. §. 24. (22), L. 4. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2, L. 11. §. 1. D. de bon. pos. secun. tab. 37. 11, L. 1. §. 17. D. de col. bon. 37. 6, L. 4. §. 1. D. de his qu. pr. n. scrip. 34. 8. — Peregrini i dediticii: Gai. I. 25, II. 110. 218. 285, Ulp. XXII. 2. — Obsides: L. 32. D. de iure fis. 49. 14. a contr. — Capite damnati: L. 25. §. 3. D. de acq. v. omit. her. 29. 2, L. 3. pr. D. de h. qu. pro. n. scri. hab. 34. 8, L. 17. D. de poenis 48. 19, L. 13. D. de bon. pos. 37. 1, L. 1. §§. 8. 9. D. de bon. pos. c. tab. 37. 4, L. 3. §. 7, L. 4. §. 2. D. de bon. libert. 38. 2, L. 1. C. de hered. inst. 6. 24, L. 7. §. 1. D. de leg. III, Paul III. Tit. 8. §. 24. — Por. jeszcze §. 24. I. de leg. 2. 20: Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est. Ulp. XXV. 6: Fideicommissa dari possunt his, quibus legari potest. L. 7. D. pro. lega. 41. 8. — Wyjątki co do zapisów, mianowicie co do fideikomisów w dawniejszem prawie podamy na swoim miejscu.

¹⁵⁾ Latini Iuniani mieli niewątpliwie zdolność dziedziczenia na mocy testamentu (testamenti factionem passivam), a lex Iunia Norbana odjęła im jedynie capacitatem. Gai. I. 23: Non tamen illis permitit lex Iunia . . . ex testamento alieno capere. I. 24, II. 110. 275, — Ulp. XI. 16, XVII. 1, XX. 8, XXII. 3, XXV. 7. Por. szczególnie Vangerow Latini Iuniani str. 112 sq., Danz I. str. 90 sq. Ponieważ zaś pierworzorem stanu prawnego Latynów Juniańskich był stan prawny Latynów w koloniach, możemy przyjąć za pewne, że i Latini colonarii mieli testamenti factionem passivam, ma się rozumieć bez ograniczenia capacitatis, bo dopiero co przytoczony pozytywny przypis legis Iuniae Norbanae odnosił się wyłącznie do Latynów Juniańskich. W czasach Cicerona były jednak pewne ograniczenia zdolności Latynów w koloniach. Obywatele tych

niezdolnymi do następstwa na podstawie związku agnacyjnego, a względnie iusti matrimonii.¹⁶⁾

Na równi z niewolnikami stali pod względem niezdolności dziedziczenia ci, qui in causa mancipii erant.¹⁷⁾ ¹⁸⁾

kolonii, z wyjątkiem kilkunastu (12 ?), nie mogli dziedziczyć z testamentu civis Romani. Cic. pro. Caec. 35. §. 102: . . . „a civibus Romanis hereditates capere“. Czy to ma znaczyć, że o tyle nie mieli oni test. fact. passivam (Savigny Ver. Schrift. I. str. 21 sq.), czy też, że o tyle jedynie ich capacitas była ograniczona (*Źródłowski* I. §. 30. not. 15), tego nie można rozstrzygnąć na pewne. Sam wyraz „capere“, użyty przez Cicerona, nie przemawia jeszcze za drugą alternatywą, gdyż wyrazu tego używają źródła także w znaczeniu test. fact. passivae, a podobnie nie uzasadnia takiego wniosku ta okoliczność, że i Latini Iuniani byli ograniczeni tylko co do capacitas, gdyż z jednego przepisu pozytywnego nie można bezwarunkowo wnioskować o znaczeniu i doniosłości innego podobnego przepisu. — O różnicy między test. fact. passiva a capacitas por. §. 15.

¹⁶⁾ Por. not. 3. 10. 12.

¹⁷⁾ Qui in causa mancipii erat nie tracił wprawdzie stanu wolności, ale mimo to stanowisko jego było pośrednie między stanem wolności a niewolnictwa. Mianowicie pod tym względem stał on na równi z niewolnikiem („servorum loco“, — „tamquam servus“), iż w rodzinie tego, cuius in mancipio erat, nie miał tych praw, które służyły wolnym członkom rodziny, w szczególności prawa do majątku na wypadek śmierci głowy rodziny. Nie mógł dziedziczyć ab intestato, gdyż nie był jego suus (Gai. II. 160), nie mógł być jako taki ustanowiony dziedzicem w testamencie tego, cuius in mancipio erat, gdyż w skutek śmierci głowy rodziny nie wychodził z dotychczasowego swego stanu (arg. Gai. II. 160), owszem sam należał do spadku (por. Schmidt Das Hauskind in mancipio str. 14). W ten tylko sposób i w tem znaczeniu, jak niewolnik (por. §. 14. not. 4 i 5) mógł on być ustanowiony w testamencie dziedzicem lub otrzymać zapis. Gai. I. 123, II. 160, Ulp. XIX. 19. — Co do stanu eorum, qui in causa mancipii sunt por. szczególnie Schmidt (l. c.), Böcking Pand. §. 48, Danz I. §. 112, Kuntze Cursus (2 wyd.) §§. 796—798, Pernice Mar. Anti. Labeo I. 168 sq., Mainz III. §. 339, *Źródłowski* I. §. 28. not. c.

¹⁸⁾ Dodajmy: Virgo Vestalis nie mogła ani mieć dziedziców ab intestato, ani sama ab intestato dziedziczyć (Gell. I. 12: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam; sed bona eius in publicum redigi aiunt), ponieważ przestawała być członkiem swej rodziny. (Gell. cit. „sine

Niektóre z wyszczególnionych ograniczeń zdolności osobistej odpadły w prawie Justyniańskim tak w ogóle, jak w szczególności ze względu na następstwo na wypadek śmierci. Mianowicie zniósł Justynian wyraźnie osobnemi konstytucjami libertatem dediticiam i latinam.¹⁹⁾ Toż samo nie było więcej osobnego stanu Latynów w koloniach (Latini colonarii),²⁰⁾ ponieważ za czasów Justyniana każdy wolny mieszkaniec państwa rzymskiego był uważany za civem Romanum. Różnica między cives Romani a peregrini pozostała wprawdzie, ale peregrynami (albo także barbari) byli jedynie obcokrajowcy,²¹⁾ w przeciwstawieniu do krajowców t. j. należących do państwa rzymskiego, a w skutek tego różnica ta nie miała już tego znaczenia, a mianowicie tej praktycznej doniosłości, jak w dawniejszem prawie.²²⁾ Stan eorum wreszcie, qui in causa mancipii erant, odpadł w części już w czasach przed Justynianem, w części za Justyniana.²³⁾

W prawie Justyniańskim nie mieli tedy zdolności prawnej, potrzebnej do udziału w następstwie na wypadek śmierci (czynnie i biernie), tylko niewolnicy, peregrini (o ile to było jeszcze praktycznem), obsides i ci, którzy

capitis minutione e patris potestate exit“). Por. Pernice Labeo. I. str. 180 sq. Tak samo i z tego samego powodu (por. Gai. I. 130, Ulp. X. 5) byli zapewne niezdolni także flamines Diales. (Inaczej Célice De l'usucapion str. 19 sq.). Skąpe co do nich źródła milczą o tem.

¹⁹⁾ L. un. C. de dedit. lib. tol. 7. 5. i de latina libert. tol. 7. 6, §. 3. I. de libert. 1. 5, §. 4. I. de successi. libert. 3. 7.

²⁰⁾ Coloniae latinae istniały zresztą od czasu legis Iuliae (664 a. u. c.), którą pewnej części gmin Italskich, pomiędzy niemi także Latynom nadano civitatem, tylko w prowincjach. Por. Puchta Inst. I. §. 64. do not. c. sq. i §. 65. do not. i. sq.

²¹⁾ Kuntze Excuse. (2 wyd.) str. 693. do not. 6. (Por. powy. not. 5).

²²⁾ Puchta Institut. II. §. 218. do not. n., *Źródłowski* I. §. 30. not. 21.

²³⁾ Schmidt Das Hauskind in mancipio str. 2 sq., Böcking Pand. §. 48. II, Kuntze Cur. (2 wyd.) §§. 796. 798, Müller §. 56. not. 17.

ulegli capitis diminutioni maximae vel mediae (captivi, capite damnati).²⁴⁾

II. Spadkodawcą mógł być ten tylko, kto za życia był zdolny mieć własny majątek czynny.²⁵⁾ Zdolność tę mieli według dawniejszego prawa tylko homines sui iuris — suae potestatis, gdy przeciwnie homines alieno iuri subiecti nabywali wszystko, cokolwiek nabyli, nie dla siebie, lecz ipso iure dla ojca rodziny, pod którego stali władzą.²⁶⁾ W dawniejszem prawie zatem nie mogli być spadkodawcami filii familias, uxor in manu i ci, qui in causa mancipii erant.²⁷⁾ To zmieniło się w toku czasu. Surowej władzy mężowskiej, zwanej manus i jej skutków nie znano więcej w czwartym okresie (za panowania cesarzy chrze-

²⁴⁾ Por. pow. not. 8, tudzież *Glück Commen. T. 34. str. 64. 92 sq.

²⁵⁾ Sama zdolność do nabycia majątku czynnego dla siebie, była po stronie spadkodawcy prawnym warunkiem sukcesji pośmiertnej, nie zaś rzeczywiste pozostawienie majątku czynnego. Hereditas mogła być damnosa L. 119. D. de V. S. 50. 16. Ci zatem jedynie, względem których brak majątku czynnego był prawną koniecznością, nie mogli być spadkowcami.

²⁶⁾ Gai. II. 86—90. 96, — Ulp. XIX. 18. 19.

²⁷⁾ Ulp. XX. 10: Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Cf. Gai. II. 96: cum enim istarum personarum (sc. qui in potestate manu mancipiove sunt) nihil suum esse possit, L. 19. D. qui test. fac. 28. I. Por. pow. not 13, tudzież L. 1. §. 1. D. de leg. III: . . . si filius familias . . . fideicommissum reliquerit, non valet. — Że osoby zawisłe od władzy głowy rodziny nie mogły być spadkodawcami właśnie z powodu swej niezdolności do własnego majątku czynnego, o czem nas wyraźnie Ulpian (cit) poucza, to jest w nauce opinią panującą. Por. zamiast innych Mandry Das gemeine Familiengüterrecht T. I. str. 187 sq. Innego zdania jest szczególnie Brinz (1 wyd.) II. §. 177. I. 4. i (2 wyd.) I. §. 76. Ob. poniżej §. 12. not. 21. Jeżeli filius familias zmarł w czasie, gdy jego pater był w niewoli nieprzyjacielskiej (captivus), natenczas pozostawało to w zawieszeniu aż do powrotu ojca, a względnie do jego śmierci w niewoli, czy filius zmarł jako filius (w pierwszym razie — ius postliminii), lub jako homo sui iuris (w drugim razie — lex Cornelia). Por. Gai. I. 129, L. 12. §. 1, L. 22. §. 2. D. de capt. 49. 15, L. 15. D. de suis et legit. 38. 16.

ściańskich);²⁸⁾ stan eorum, qui in causa mancipii erant, odpadł ostatecznie, jak się wyżej powiedziało, za Justyniana. Instytucya patriae potestatis pozostała wprawdzie, ale konstytucye cesarskie przyznawały w coraz obszerniejszej mierze filiis familias zdolność do własnego majątku czynnego, tak że w końcu w prawie Justyniańskim zasada dawniejszego prawa ustąpiła niemal zupełnie przed nową wprost przeciwną. Wszystko, co filius familias nabył, jednak nie ex re patris, było jego własnym majątkiem i należało do peculium castrense, quasi castrense lub do bona adventitia. Filius familias mógł być tedy spadkodawcą, z tem jedynie ograniczeniem, iż nie mógł rozporządzać przez testament majątkiem, należącym do bona adventitia.²⁹⁾

III. Następcą na wypadek śmierci nie mógł być ten, kto nie należał do współczesnych spadkodawcy, azatem kto w chwili jego śmierci jeszcze nie istniał in rerum natura. Wystarczało jednakże, jeśli w tej chwili był przynajmniej poczęty (conceptus, in utero).³⁰⁾ Prawidło to

²⁸⁾ P. Puchta Inst. II. §. 285, Müller §. 155. III.

²⁹⁾ Co do szczegółów tej powolnej zmiany prawa rzymskiego por. poni. §. 12. l. 2, oddział o dziedziczeniu ab intestato ze względu na peculia, tudzież Müller § 171. II—IV, Puchta Institutio. §. 282, Brinz (1 wyd.) §§ 252—255, — a szczególnie Fitting Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung.

³⁰⁾ L. 6. D. de suis et leg. here. 38. 16: ... qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. L. 7. D. eod: vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur. L. 3. §. 11. eod.: Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. L. 3. § 9, L. 8. pr. D. eod., L. 6. pr. D. de iniusto rup. 28. 3, L. 1. §. 8. D. unde cogn. 38. 8, §. 8. I. de hered. q. ab inte. 3. 1. L. 3. D. de bon. pos. sec. tabu. 37. 11: Verum est omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit bonorum possessionem petere posse. L. ult. D. de ventre in posse. mitt. 37. 9, L. un. §§. 1. 2. C. de incer. pers. 6. 48. (edit. Krüger), L. 6. pr. D. de inoff. testa. 5. 2. — Że L. 47. §. 3. D. de bonis liber. 38. 2. nie sprzeciwia się przytoczonym ustępom i nie wprowadza

było wyrazem idei, że majątek osoby zmarłej należy się obecnej generacji, nie przyszłym dopiero pokoleniom.³¹⁾ Sam wzgląd na praktykę życia nasunął Rzymianom to prawidło, gdyż bez niego mogłaby nieraz lat dziesiątki, ze szkodą dla porządku prawnego trwać niepewność, czy i komu przypadnie spadek po pewnej osobie.³²⁾ W dziedzinie ab intestato, którego podstawą było pokrewieństwo, przybywała tu jeszcze ta okoliczność, że według ścisłego pojmowania Rzymian do krewnych zaliczano jedynie członków rodziny współcześnie żyjących.³³⁾

W zakresie sukcesyi testamentowej stało w prawie będące prawidło długi czas w związku z inną, dalej sięgającą regułą, która w zupełności odpadła dopiero za Justyniana.³⁴⁾ Z powodu zasady: *Certum consilium debet esse testantis*, nie można było pierwotnie pozostawić

wyjtku od reguły na korzyść wnuków patrona w odniesieniu do spadku liberti, jak to z nowszych Leist (w Glück'a Comm. Ser. 37 et 38. T. II. str. 111) twierdzi, o tem por. szczegł. Mühlenthal w Glück'a Comm. T. 39. str. 410 sq. i Vangerow II. §. 411.

³¹⁾ Ihering *Der Zweck im Recht* I. str. 510. not. **).

³²⁾ Por. Mühlenthal w Glück'a Comm. T. 39. str. 413 sq., Schirmer §. 4. de not. 2.

³³⁾ §. 8. I. de hered. q. ab intest. 3. 1: . . . si et conceptus et natus fuerit post mortem avi . . . suus heres avo non existit, quia nullo iure cognationis patrem sui patris tetigit. L. 8. pr. D. de suis et legi. her. 38. 16: . . . nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς accidit. — Lex XII. tab. nie uwzględniała nawet tych, którzy w chwili śmierci spadkodawcy byli in utero, dopiero na mocy obszerniejszej interpretacji prawników zrównano ich z osobami, w rzeczonyj chwili już narodzonemi. Cf. L. 6, L. 7. D. de suis et leg. her. 38. 16 (cit. not. 30): . . . quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur. Por. Mühlenthal w Glück'a Comm. T. 39. str. 362 sq., Schirmer §. 4. not. 3. — Byt w chwili śmierci spadkodawcy przynajmniej in utero pozostał i po Now. 118 Justyniana warunkiem dziedziczenia ab intestato, jakkolwiek niektórzy inaczej sądzą. Ob. poniżej w oddziale o dziedziczeniu ab intestato według Now. 118.

³⁴⁾ Por. o tem szczegółowo poniżej §. 23. I. 1. b.

w testamencie dziedzictwa lub legatu w ogóle postumis, t. j. osobom dopiero po sporządzeniu testamentu narodzonym, tem mniej więc osobom, które w chwili śmierci spadkodawcy nie były nawet poczęte. Od tej reguły wprowadziło jednak już dawniejsze *ius civile* wyjątki na rzecz *postumos suos* pod względem dziedzictwa i zapisów, a prawo pretorskie także na rzecz *postumos alienos* co do dziedzictwa, Justynian zaś uchyliła ją w całości, stanowiąc w swej konstytucyi *de incertis personis*, że *postumos* w ogóle można ważne ustanowić dziedzicami lub pozostawić im zapis.³⁵⁾ Dopuszczając powoli wyjątków od reguły, wykluczającej *postumos* od sukcesyi testamentowej, zastrzegając atoli prawo rzymskie wyraźnie, przy każdej sposobności, że byt odnośnej osoby w chwili śmierci spadkodawcy przynajmniej *in utero* pozostaje zawsze warunkiem tej sukcesyi,³⁶⁾ uznało zatem to postanowienie za samoistną zasadę. To samo uczynił Justynian w pomienionej konstytucyi,³⁷⁾ tak że i

³⁵⁾ §. 28. I. de leg. 2. 20, pr. I. de bon. pos. 3. 9, L. un. C. de incer. perso. 6. 48. — Konstytucya *de incertis personis*, o której wzmiankują Instytucye Justyniana (§. 27. I. de leg. 2. 20), nie doszła nas w oryginalne, osnowę jej znamy jednak z kładinną, chociaż niezupełnie. (Ob. Mühlenbruch l. c. T. 39. str. 402 sq.). Najobszerniejszą wiadomość o osnowie tej konstytucyi, jak takowa w przerobieniu była umieszczona w bazylikach, podaje nam tak przezwany *Tipucitus* w wyciągu, umieszczonym w jego repertoryum (τὶ πρὸς κείτω) do bazylików. Wyciąg ten jest obecnie umieszczony w kodeksie, wydany przez Krügera (Tit. de incer. perso. 6. 48) i w Bazylikach wydanych przez Heimbacha (lib. 44. tit. 18. cap. 29).

³⁶⁾ Ulp. XXII. 19, L. 29. pr. §§. 2. 3. D. de lib. et post. 28. 2, L. 3. D. de bon. pos. secun. tab. 37. 11, L. ult. D. de vent. in pos. mit. 37. 9, L. 6. pr. D. de inof. test. 5. 2.

³⁷⁾ Według wyciągu wspomnianego (not. 35) *Tipucitusa* postanowił Justynian (edi. Krüger §§. 1. 2): *Recte quemlibet postumum qui vult heredem scribit: neque non et legatum et fideicommissum ei relinquit, nisi scilicet heres fieri prohibitus erat vel si in rerum natura erat. Heredes incertos scribi constitutio vetat, nisi in utero est* (tak tłómaczy Krüger l. c., a podobnie Heimbach w *Zeit. für Civilrecht u. Process T. V. str. 23 sq.*: „nisi conceptus sit“), *in hoc enim nomen eius quod desideratur supplet venter qui eum gestat et pater.* — Z tych słów możnaby nawet wnioskować, że na mocy konstytucyi Justy-

według prawa Justyniańskiego nie można było ustanowić dziedzicem, lub pozostawić zapisu temu, kto w chwili śmierci spadkodawcy nie był nawet poczęty. Wyjątek stanowiły jedynie fideikomis familijny i annua legata vel fideicommissa.³⁸⁾

niana ten tylko mógł być uwzględniony, kto już w chwili sporządzenia ostatniej woli był poczęty. Zważywszy jednak, że Tipucitus podaje nam tylko wyciąg z konstytucyi i że w tym wyciągu jest tylko ogólnikowo mowa o tem „si in rerum natura erat“, „nisi in utero est“, bez podania bliżej chwili, do której to się odnosi, musimy pod względem oznaczenia tej chwili trzymać się Digestów tem więcej, że takowe były ogłoszone (533. p. Chr. n.) już po wydaniu w mowie będącej konstytucyi (528—529 p. Chr. n.), azatem nie mogą mieścić w sobie coś sprzeciwiającego się jej postanowieniom. Digesta zaś uważają stanowczo i wyraźnie jedynie chwilę śmierci spadkodawcy za rozstrzygającą. Ob. not. 36. a nadto L. 4, L. 5. D. de lib. et post. 28. 2. Por. także not. 38, dalej Mühlenbruch l. c. str. 396 sq., Heimbach Zeit. f. C. u. Pr. T. V. str. 26 sq. — Z uwag tych okazuje się także, jak mylnem jest twierdzenie Mayera §. 16. not. 7 (por. także zacytowanych u Mühlenbrucha l. c. str. 414. not 9), że wskutek konstytucyi Justyniańskiej można było ustanowić w testamencie dziedzicem i takiego postumum (sc. alienum), który w chwili śmierci spadkodawcy nie był jeszcze poczęty. Mayer sędzi wprawdzie, że stanowcza pod tym względem i jego zdaniu sprzeciwiająca się L. 3. D. de bon. pos. sec. tab. 37. 11. (cit. not. 30), nie odnosi się specjalnie do dziedziczenia testamentowego, ale Mayer przeoczył, że ta lex jest umieszczona w tytule, traktującym jedynie o bon. posses. secundum tabulas i że w niej samej jest wyraźnie mowa o testatorze (moriente „testatore“). W basylikach lib. XXXV. tit. 17. cap. 3. brzmi ten ustęp: Quisquis tempore mortis testatoris in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petit. Por. Heimbach Zeit. f. Civil. u. Pr. V. str. 27 sq., Schirmer §. 4. not. 2, Köppen §. 5. not. 38, Vering Erbrecht str. 264. not. 2, Vangerow II. §. 429. Uwa. 3. b, Mühlenbruch w Glück'a Comm. T. 39. str. 406 sq., Arndts tamże T. 46. str. 407, tudzież w Weiskego Rechtslex. T. III. str. 913. not. 33.

³⁸⁾ Prawie powszechną jest opinia, że w prawie Justyniańskim warunek bytu w chwili śmierci spadkodawcy przynajmniej in utero, nie odnosi się do zapisów. Ob. prócz innych: Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 412 sq., Tewes II. §. 83. Ad III, Müller §. 179. not. 33, Windscheid III. §. 625. do not 3, Arndts §. 542. not. 3, Brinz

IV. Na mocy specjalnych przepisów nie miały zdolności dziedziczenia, jużto bezwzględnie, jużto tylko

(1 wyd.) §. 209. 3, Baron §. 438. II, Rivier §. 3. — Zdanie to uważamy za nieuzasadnione. Względem *postumos suos* najpierw warunek pomieniony rozumie się samo przez się, ponieważ ten tylko *descendent* pierwszego lub dalszego stopnia, narodzony po śmierci spadkodawcy, należał do jego *suos*, który w chwili śmierci spadkodawcy był przynajmniej poczęty. §. 8. I. de hered. quae ab int. 3. 1: . . . si et conceptus et natus fuerit post mortem avi . . . suos heres avo non existit. L. 6. pr. D. de inu. rup. 28. 3. (in. fin.), L. 1. §. 8. (in. fin.), L. 6, L. 7. D. de suis. et leg. 38. 16. (Por. pon. §. 23. not. 17 i 18) Względem *postumos alienos* znowu nie ma wprawdzie aż do konstytucyi de *incertis personis* w źródłach osobnego postanowienia, że zapis nie może być pozostawiony osobie, w chwili śmierci spadkodawcy nawet niepoczętej, ale to pochodzi jedynie ztąd, że wyraźne tej treści postanowienie było zbyt cenne, skoro *postumus* (sc. *alienus*) na mocy innej zasady, jak się to już wyżej powiedziało, nie mógł otrzymać zapisu, t. j. na mocy zasady, wykluczającej od następstwa osoby dopiero po sporządzeniu ostatniej woli narodzone, a tem samem i te, które w chwili śmierci spadkodawcy nie były nawet poczęte. Atoli reguła, że pod koniec wspomniane osoby są wykluczone od sukcesyi testamentowej, była zawsze osobną, samoistną zasadą. Okazuje się to ztąd, że prawo rzymskie, dozwalając powoli krok po kroku ustanowienia *postumos* dziedzicami, zawsze zastrzegało, że byt *postumi* w chwili śmierci spadkodawcy przynajmniej in utero pozostaje niezbędnym warunkiem sukcesyi (pow. not. 36). Gdy tedy Justynian konstytucyą de *incertis personis* uchylił zasadę, według której *postumus alienus* jako *persona incerta* nie mógł być uwzględniony w testamencie, stały się przeto jedynie dawniejsze wyjątki regułą, ale nie odpadł ów kardynalny warunek, od którego one zależały. Wspomniane wyjątki i zastrzeżony przy nich w mowie będący warunek, odnoszą się wprawdzie według ich brzmienia tylko do dziedziczenia, nie do zapisów, ale co do nich nie było też sposobności do podobnego zastrzeżenia, ponieważ pozostawienie zapisów *postumis alienis* było dozwolone dopiero konstytucyą de *insertis personis* (pow. not. 35). Jeżeli się jednak zważy, że inne przyczyny wykluczenia od dziedzictwa stosują się zarówno i do zapisów (pow. not. 14 i tekst pod IV), że dalej według relacyi w Instytucyach (§. 27. I. de leg. 2. 20: „ . . . et huc parti medivimus non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis) widocznem jest, iż postanowienia konstytucyi de *incertis personis* co do zapisów były równoległe z postanowieniem względem dziedzictwa, nie podobna już

ze względu na pewnych spadkobierców, następujące osoby:

1) Bezwzględnie w skutek konstytucyi cesarzy chrze-

ząd nie wysnuć wniosku, że przepis Justyniana w odniesieniu do zapisów miał to samo znaczenie i doniosłość, jaką mu panująca opinia przyznaje ze względu na dziedziczenie. Wszelką nadto wątpliwość pod tym względem uchyla przytoczony (w not. 37) ustęp z rzezczonej konstytucyi, ponieważ warunek w nim podany, „si in rerum natura erat“ odnosi się tak do dziedzictwa, jak i do zapisów. Uznają to także Arndts w Glück'a Com. T. 46. str. 410. not. 71, Leist eod. Ser. 37 et 38. T. 4. str. 37, Heimbach Zeit. f. C. u. P. T. V. str. 22 z dołu. Co więcej, Justynian uzasadnia nawet swe postanowienie właśnie tą okolicznością za warunek położoną, uważa uwzględnienie postuma za dostateczne określenie osoby, ponieważ „in hoc casu nomen eius quod desideratur (por. L. 4. (5) D. de reb. dub. 34. 5, Basilika lib. 44. tit. 18. cap. 4) supplet venter qui eum gestat et pater“.

Z przytoczonych powodów jesteśmy tedy tego przekonania, że i według prawa Justyniańskiego nie można było pozostawić zapisu temu, kto w chwili śmierci spadkodawcy jeszcze nie istniał przynajmniej in utero. Odmiennie postanowienia w L. 32. §. 6. D. de leg. II. co do fideikomisów familijnych (fideicommissum familiae relictum), tudzież w L. 22. C. de leg. 6. 37. co do annua legata vel fideicommissa, należy zatem uważać jedynie za wyjątek od reguły, nie zaś, jak powszechnie sądzą, za wyraz i dowód reguły ogólnej, wprost przeciwnej. (Por. także Arndts w Glück'a Com. T. 46. str. 410 i Vangerow §. 429. Uwa. 3. b.). Zdanie to popiera i ta jeszcze okoliczność, że najpierw jeden rodzaj annui legati, t. j. alimentum legatum i pod względem zdolności dziedziczenia zapisobiercy podlegał wyjątkowym przepisom (Arndts l. c. str. 432 sq.), że powtórze przepis co do fideikomisów ogólnych ściśle biorąc nie odchodzi wcale od przytoczonej (do not. 31) kierującej idei. Ta wymagała wprawdzie, aby spadek z osoby spadkodawcy przechodził na osoby współczesne, ale jeśli temu wymogowi stało się zadość, nie wykluczała bynajmniej postanowień co do dalszych losów spadku. Pod tym względem mogła zachodzić jedynie kwestya, czyli przekazanie zapisu, przez współczesnych nabytego, w dalszem następstwie osobom niewspółczesnym nie sprzeciwia się zasadzie: *Incertae personae legatum inutiliter relinquitur*. (Gai. II. 238). A pytanie to rozstrzygnęli już prawnicy z czasów klasycznej jursprudencji przecząco na ten wypadek, gdy zapis pozostawiono pewnej rodzinie, uważając wyraz „familia“ za dostateczne oznaczenie zakresu osób („certa demonstratio“ Gai. eod.), na które zapis successive ma przechodzić. (Ob. Heimbach l. c. str. 26). — W jakim w końcu rozumieniu przyto-

ściańskich odszczepieńcy (apostatae) i niektórzy heretycy (szczególnie Manichaei i Donatistae).³⁹⁾

2) Według konstytucyi Arkadiusza i Honoriusza (397. p. Chr. n.) dzieci skazanych za zbrodnię stanu, toż samo ze względu na spadek po kimkolwiek bądź, tylko córki mogły ze spadku po matce ab intestato lub ex testamento otrzymać razem, ileby ich było, nie więcej, jak część obowiązkową.⁴⁰⁾ Powodem tego przepisu było zapatrywanie

czona przez Brinza (l. c.) L. 1. §. 4. ad leg. Fal. 35. 2, może służyć na poparcie panującej, naszej przeciwnej opinii, trudno się dopatrzeć, jeśli bowiem w tym ustępie jest mowa o pozostawieniu zapisu ei, qui nondum natus est, to przecież i ten, kto w chwili śmierci spadkodawcy był tylko poczęty, jest także nondum natus.

³⁹⁾ L. 3. 4. C. de apost. 1. 7, L. 4. 5. 22. C. de haeret. 1. 5. Cf. L. 4. 7. C. Th. de apost. 16. 7, L. 40. 65. C. Th. de haeret. 16. 5, Nov. Valent. III. tit. 17. §. 3. (edit. Hänel). — Por. Schirmer §. 4. not. 21 sq.

⁴⁰⁾ L. 5. C. ad leg. Iul. Maie. 9. 8. Cf. L. 3. C. Th. ad leg. Corneli. 9. 14. Przepis ten odnosił się tylko do dzieci pierwszego stopnia, ponieważ konstytucya wyraża się „filii“, „filiae“, do tych zaś bez różnicy, czy byli pod władzą ojca skazanego lub nie, czy się urodzili przed lub po spełnieniu zbrodni. Tylko dzieci nieślubne („sine patre“ Gai. I. 64) nie podlegały temu przepisowi, jeśli ojciec był skazany, a toż samo dzieci przybrane (adoptowane), ponieważ ratio legis nie miała do nich zastosowania. Por. Vangerow II. §. 404. 4, Köppen §. 5. not. 8, Schirmer §. 4. not. 26. — Dawniej sądzili niektórzy, że dzieci skazanych za zbrodnię stanu nie tracą zdolności dziedziczenia, lecz są tylko indigni. Ob. jednak prócz zacytowanych Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 246. — Vangerow (l. c.) sądzi, że córkom należała się nie część obowiązkowa, lecz po prostu czwarta część spadku (Falcidia), że zatem Now. 18. nie zmieniła tej kwoty. (Por. także Vering Erbrecht str. 268. not. 6). Atoli wyraz „Falcidia“ w przytoczonej lex oznacza właśnie część obowiązkową, jak w innych źródłach przed Justynianem (por. Fitting Zeit. f. Rechtsgeschichte T. XI. str. 433, Mühlenbruch l. c. str. 246), azatem gdy Justynian Now. 18. podwyższył część obowiązkową, należała się córkom w naszym przypadku $\frac{1}{2}$ lub $\frac{1}{3}$ spadku. Potwierdzają to także Basilika, gdzie Lib. 60. tit. 36. cap. 18. §. 3. t. j. ustęp, odpowiadający §. 3. legis 5. C. cit. tak brzmi: Filiae autem . . . tertiam vel dimidiam partem tantum accipiant ex materna substantia.

Rzymian, podobnie jak innych narodów starożytnych, iż zbrodnicze usposobienia, a mianowicie polityczne przekonania przechodzą z rodziców na dzieci i za te przypuszczane tylko usposobienia karano je już naprzód.

3) Wdowa, która przed upływem czasu żałoby wyszła powtórnie za mąż, lub bez małżeństwa weszła w stan brzemienności, traciła w ogóle zdolność dziedziczenia z testamentu, ab intestato zaś mogła dziedziczyć tylko po krewnych do trzeciego stopnia. (Konstytucya Gracyana, Walentyniana i Teodozjusza z r. 380, tudzież Nowele Justyniana).⁴¹⁾

4) Matka a oraz opiekunka swych niedojrzałych dzieci, która mimo swego przyrzeczenia wyszła powtórnie za mąż, nie postarawszy się poprzednio o ustanowienie opiekuna dla tych dzieci i nie wydawszy mu za zdaniem liczby majątku pupilów, nie mogła (według konstytucyi Teodozjusza II. i Walentyniana III. z r. 439)⁴²⁾ dziedziczyć po dziecku w wieku niedojrzałości zmarłym, ni ab intestato, ni z testamentu na mocy substytucyi pupilarnej. Justynian (Now. 22. cap. 40) rozszerzył to postanowienie, postawiwszy taką matkę pod względem zdolności dziedziczenia na równi z wdową, która nie dotrzymała roku żałoby (3).

Por. Köppen §. 5. not. 8, Schirmer §. 4. not. 27, Windscheid III. §. 535. not. 9. d.

⁴¹⁾ L. 1. C. de secun. nup. 5. 9, Nov. 22. cap. 22, Nov. 39. cap. 2. Por. zamiast innych Vangerow I. §. 227. Uwa. 2, który jednak Now. 39. zanadto obszernie tłumaczy, tudzież Schirmer §. 4. not. 29 sq. — Czas żałoby wynosił 10 miesięcy, a od roku 381 (p. Chr. n.) jeden rok. L. 2. C. de secun. nup. 5. 9.

⁴²⁾ L. 6. C. ad SCTum. Tertul. 6. 56. Cf. Nov. Theod. XI. §. 2. (edit. Hänel). Vangerow §. 565. II. B. 2. (por. także Vering Erbrecht str. 294) zalicza tę lex do przypadków indignitatis, jednak niesłusznie, tem więcej, że przepis Now. 22. cap. 40, który jest tylko jej rozszerzeniem, sam uważa za dotyczący się zdolności dziedziczenia (I. §. 227. Uwaga 1. 2. b. Cf. II. §. 404. 5). — Przyrzeczenie, nie zawierania powtórnych związków małżeńskich, miało być według L. 6. cit. i Now. 22. cap. 40. uroczyste (pod przysięgą: „contra sacramentum praestitutum“ — „sin . . . iuret“), późniejsza Now. 94. cap. 2. wymagała tylko pojedynczego przyrzeczenia.

5) Po dziecku, zmarłem w wieku niedojrzałości, nie mógł dziedziczyć ani ab intestato, ani z testamentu jako substytut pupilarny, kto przez rok cały nie postarał się o ustanowienie opiekuna dla tego dziecka. W czasach klasycznej jurysprudencji odnosił się ten przepis tylko do matki dziecięcia, ale konstytucya Teodozyusza II. i Walentyniana III. z r. 439 zastosowała go do każdego, ktoby mógł być dziedzicem dziecka.⁴³⁾

6) Na mocy konstytucyi Arkadiusza i Honoriusza (z r. 396) nie mogły nawzajem po sobie dziedziczyć (lub otrzymać zapisu) osoby, żyjące w małżeństwie kazirodzkiem, a toż samo nie mogły dziedziczyć po nich dzieci w kazirodztwie spółdzone. Dziedzictwo ich mogło przypaść z testamentu lub ab intestato tylko pewnym najbliższym krewnym z małżeństwa prawego (filius — filia, nepos — neptis, pronepos — proneptis, pater — mater, avus — avia, frater — soror, patruus — amita), a i to z wykluczeniem tych, którzy do do zawarcia małżeństwa doradzali. W braku rzeczonych krewnych przypadał spadek fiskusowi.⁴⁴⁾ Postanowienia te

⁴³⁾ L. 2. §§. 1. 2. D. qui pet. tut. 26. 6, L. 2 §. 23 sq. D. ad SCtum. Tertul. 38. 17, §. 6. I. de SCto. Tert. 3. 3, L. 10. C. de legit. here. 6. 58. Cf. Nov. Theod. XI. §. 1. — Pod pewnymi warunkami odpadała ta kara. Ob. L. 2. §§. 26. 27. 43. 44. 45. 46. D. ad SCtum. Tertul. 38. 17, L. 3. C. ad SCtum. Tertul. 6. 56, L. 8, L. 11. C. qui pet. tut. 5. 31, L. 2. C. si adv. delict. 2. 34. (35).

Spornem i wątpliwem jest, czy w niniejszym przypadku zachodzi utrata zdolności dziedziczenia (Köppen §. 5. not. 14, Windscheid III. §. 535. not. 9. c.), czy też indignitas (Vangerow II. §. 565. II. B. 1, Puchta Pand. §. 448. not. d., Vering Erbrecht str. 293, Tewes II. §. 60. str. 99, Rosshirt Einleitung str. 55. h., Zielonacki §. 447. 7 i inni).

Twierdzenie Savigny'ego (System T. IV. §. 177. not. p.), że w skutek Now. 118. postanowienie to odpadło, o ile odnosiło się do matki, ponieważ odpadło ius singulare matki ex SCto. Tertulliano (L. 2. §. 23. D. cit.), sprzeciwia się przepisowi L. 10. C. cit., który obejmuje wszystkich, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, a więc i matkę.

⁴⁴⁾ L. 6. C. de incest. et inuti. nuptiis 5. 5. Cf. L. 3. C. Th. de incest. nup. 3. 12. — Spornem jest, czy te postanowienia odnosiły się tylko do małżeństwa w kazirodztwie

odpadły w skutek Now. 12. Justyniana, z tem jednakże wyjątkiem,⁴⁵⁾ że i po Now. 12. dzieci w małżeństwie kazirodzc-

zawartego (Köppen §. 5. not. 11 i 37 in fin., Schirmer §. 12. not. 42, Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 344 sq., Wächter w Archiv f. civ. Prax. T. XVII. str. 435, Francke Das Recht der Notherben str. 180, Vangerow II. §. 404. 6, Brinz II. (1 wyd.) str. 804, Windscheid III. §. 571. not. 13 in. fin.), czy też do związków kazirodzkich w ogóle, a więc i bez formy małżeństwa (Mayer §. 6. not. 12, Zielonacki II. §. 353. 5). Pierwsze zdanie jest uzasadnione, ponieważ przytoczona lex jest umieszczona w tytule *de incestis et inutilibus „nuptiis“* i w niej samej jest mowa o *incestum vetitumque „coniugium“*, — *incestae „nuptiae“*. Wprawdzie i ci, którzy bez małżeństwa żyli w związku kazirodzkim nie mogli mieć dziedziców, azatem i dzieci w kazirodztwie spłodzone po nich, a oni nawzajem po sobie nie mogli dziedziczyć, ale to pochodziło z innego, t. j. tego powodu, iż tacy (kobieta, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit) ulegali *capitis diminutioni mediae* — *deportatio in insulam*. L. 5. D. de quaest. 48. 18, L. 39. (38) §§. 1. 2. 3. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5. — Por. not. 8 i 14, Köppen §. 5. not. 11, Wächter l. c. str. 435, Mühlenbruch l. c. str. 345, Rosshirt Einleitung in das Erb. str. 214.—Przepis w L. 6. C. cit. nie był całkiem nowym, już przed tą konstytucją, przynajmniej w pewnym okresie czasu, były dzieci, spłodzone w małżeństwie kazirodzkiem, wykluczone od dziedzictwa po swych rodzicach, a rodziców karano nawet śmiercią L. un. §. 3. Cod. Gregor. lib. 5. (edit. Hänel), Cf. Collatio leg. Mosai. et Roma. Tit. VI. cap. IV. §. 3. (Konstytucya Dyoklecjana i Maxymiana z r. 295). Później ulegali małżonkowie *capitis diminitioni mediae* (L. 1. C. Th. de incest. nupt. 3. 12. z r. 342 i arg. L. 3. eodem z r. 396) i jako tacy nie mogli mieć w ogóle dziedziców. To ostatnie postanowienie uchyliła w mowie będąca konstytucya Arkadiusza i Honoriusza z r. 396 (ob. jej tekst w kodeksie Teodozyańskim cit.), ograniczając karę za kazirodztwo pod formą małżeństwa do skutków powyżej wymienionych. Przytoczone dawniejsze konstytucye resp. odnośne ich ustępy nie zostały też przyjęte do kodeksu Justyniańskiego, tak że według prawa w zbiorach Justyniańskich kary za kazirodztwo pod formą małżeństwa były łagodniejsze, od kar za kazirodztwo bez związku małżeńskiego (Ob. L. 39. (38) §§. 1. 3. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5).

⁴⁵⁾ Kwestya stosunku Now. 12. (z r. 535), która także dotyczy się związku kazirodzkiego jedynie w formie małżeństwa („*incestae nuptiae*“), do L. 6. C. cit. jest nadzwyczaj wątpliwą i

kiem splodzone, były wykluczone od spadku po rodzicach, a małżonkowie od spadku nawzajem po sobie, o ile prawo do dziedzictwa opierało się na pokrewieństwie, a względnie na związku małżeńskim.

sporną po nad miarę swej ważności. Jedni sądzą, że Now. 12. uchyliła dawniejsze postanowienia bądź w całości, bądź częściowo, (por. Wächter l c str. 434 sq., Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 339 sq., Vering Erbrecht str. 271, Tewes I. §. 7. ust. 5, Rivier §. 3. str. 14, Müller §. 184. not. 10, Vangerow §. 404. 6, Windscheid III. §. 539. not. 12. a., §. 571. not. 13, — wreszcie Schirmer §. 12. not. 41. in fin., który częściowe uchylenie tych przepisów odnosi już nawet do L. 44. (45) §. 3. C. de episcopis l. 3), — inni znowu przeciwnego są zdania (Mayer § 6. not. 15, Köppen §. 5. not. 37, a milcząco także *Zielonacki* II. §. 353. 5 i §. 362). — Zdaniem naszym pierwsi mają słuszność. Według Now. 12. mają być osoby, wchodzące w związek małżeński kazirodzki, natychmiast karane konfiskacją majątku na rzecz swych descendentów prawych, a gdyby tych nie było, na rzecz fiskusa. Konfiskacja majątku wyklucza wprawdzie możność dziedziczenia tylko faktycznie, a nie prawnie, a przeto zastosowanie dawniejszych przepisów nie byłoby jeszcze samą konfiskacją wykluczone na wypadek późniejszego nabycia majątku, przez którego z małżonków. Atoli z przedmowy do Noweli przebija się widocznie zamiar Justyniana, nie uzupełnienia, jak sądzi Köppen (l. c.), ale zastąpienia dawniejszych kar za małżeństwo kazirodzkie, które uważał za niedostateczne, nowemi, a to w tym kierunku, by nie dzieci, ale rodzice byli karani. W miejsce kar majątkowych, które dopiero w przyszłości miały spaść na osoby, objęte dawniejszym przepisem, miała wstąpić (prócz relegacji — ἐξορία) kara majątkowa, dotykająca natychmiast winnych małżonków. Gdy to raz się stało, gdy zagrożona kara konfiskacji raz wymierzona została, cel ustawy — ukaranie winnych — był osiągnięty i nie można przypuścić, by Justynian pozostawił prócz tego w mocy kary dawniejsze. Temu nie przeczą bynajmniej słowa Noweli (cap. 3), podniesione przez Köppena w dowód, że Nowela dawniejsze postanowienia co do dzieci potwierdziła, gdyż słowa te: tales (sc. incestuosi) quoque filii nihil ex paterna substantia habebunt neque ex materna dote, czytane w związku z tem, co po nich następuje, odnoszą się do chwili konfiskacji, a w tej chwili w samej rzeczy dla takich dzieci nic z majątku rodziców nie pozostawało. — Atoli przytoczone słowa, tudzież cap. 1 i 2 Noweli, dowodzą zawsze, że Justynian dzieci w kazirodztwie splodzone, jak niemniej drugiego małżonka wykluczał od majątku, konfiskacji ulega-

7) Kobieta porwana, która wyszła za mąż za uwodziciela, nie mogła po nim dziedziczyć ani ab intestato, ani z testamentu. (Now. 143 z r. 563).⁴⁶⁾

O zdolności dziedziczenia t. zw. osób prawnych (moralnych), które z wyjątkiem kilku przypadków dziedziczenia ab intestato mogły być sukcesorami tylko na mocy rozporządzenia ostatniej woli, będzie mowa na właściwych miejscach.⁴⁷⁾

Oprócz niezdolności dziedziczenia są inne jeszcze przyczyny wykluczenia kogoś od spadku, jak *incapacitas* i *indignitas*. O tych będzie także dopiero później mowa.

jącego, chociaż nie wykluczał dzieci prawych. Czynił to, jak sądzimy (arg. L. 7. pr. D. de bonis damnat. 48. 20: . . . eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum), nie z innego powodu, jak tylko z uwagi na przepis dawniejszy, który tego rodzaju małżonków nie uważał za takich, ani dzieci w kazirodztwie spłodzonych za dzieci, nawet w stosunku do matki. (L. 6. C. cit. . . . neque uxorem, neque filios ex ea editos habere credatur, — ea sane, quae de viris cavimus, etiam de feminis, . . . custodiantur. Por. także L. un. §. 3 Cod. Greg. lib. 5 z r. 295. (edit. Hänel) i L. 44. (45) §. 3. C. de episcop. 1. 3. z r. 530). Ztąd wnosimy przeto, że Justynian uchylając Now. 12. dawniejsze postanowienia co do kary, przepis wykluczający związek rodzinny, pozostawił nadal w mocy. (Por. także Brinz str. 804). Potwierdza to także Now. 89. cap. 15. z r. 539. („Primum quidem omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) . . . incestis processerit, iste neque naturalis nominatur“), tudzież Now. 139, w której o wykluczeniu tego rodzaju małżonków od dziedziczenia nawzajem po sobie, jak niemniej dzieci w kazirodztwie spłodzonych od spadku po rodzicach, jako o prawie obowiązującym jest mowa. Ztąd pochodzi wyjątek, który powyżej w tekście uczyniliśmy.

⁴⁶⁾ Mayer §. 6. not. 10. — Now. 143. stanowiąca o tem, jest autentyczną interpretacją dawniejszej konstytucji Justyniana L. un. C. de raptu virg. 9. 13. (z r. 533).

⁴⁷⁾ Ob. pon. §. 14. do not. 19 sq., tudzież część o zapisach.

§. 4.

Hereditas iacens. — Spadek leżący.*)

Zdarza się często, że nabycie spadku przez dziedzica nie następuje zaraz w chwili śmierci spadkodawcy, lecz dopiero po upływie pewnego czasu. O spadku w tym czasie, gdy go jeszcze dziedzic nie nabył, wyrażają się źródła: hereditas iacet (bona iacent),¹⁾ z czego w nauce utworzono nazwę: hereditas iacens.

Spadek leżący jest majątkiem bez podmiotu, który na mocy prawa ma być samoistny. Na tem polega prawne jego znaczenie. Że spadek leżący nie ma podmiotu, nie należy do nikogo, to wypowiadają źródła całkiem stanowczo: Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt, — in nullius potestate, — sine domino sunt,²⁾ lecz

*) Z literatury należą tu, prócz rozpraw o t. zw. osobach prawnych w ogóle (ob. pon. not. 17) następujące monografie o hereditas iacens w szczególności: Ihering Abhandlu. aus d. römischen Rechte N. 3. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des römi. Rechts T. I. N. 1. Windscheid w Kriti. Ueberschau T. I. N. 8. Köppen Die Erbschaft. Dworżak w Haimerla Oesterreichische Vierteljahresschrift T. 11. N. 7. Schnitzler De hereditatis iacentis natura. Ob. także: Savigny System. II. §. 102. Pernice Marcus Antistius Labeo T. I. str. 358 sq. Mühlenbruch w Glück'a Commen T. 43. str. 40 sq. Vering Erbrecht str. 65 sq. Schirmer §. 3, (tudzież: De tribus regu. iuris in here. iacent. observ.). Köppen Syst. d. h. röm. Erbr. §. 2. Unger Erbr. §. 7. Puchta Pand. i Vorlesungen §§. 446 i 447. Arndts §. 465 Windscheid Pand. §. 531. Brinz 1 wyd. §. 154 i 155, tudzież str. 1000 sq., 2 wyd. T. I. §. 59 sq. Pfaff i Hofmann Comment. z. allg. öster. bürg. Gesetzbuche. T. II. str. 32 sq. Maynz §. 411. Wies Thèse pour le doctorat str. 89 sq. *Źródłowski §. 21. mianowicie not. 6. i b. Zielonacki §. 345 i 346. Till O podmiocie praw i prawach bez podmiotu str. 42 sq.*

¹⁾ L. 13. §. 5. quod vi aut clam. 43. 24, L. 1. D. de B. P. fur. 37. 3, L. 1. pr. D. de succe. edi. 38. 9, L. 4. §. 17. D. de fideic. lib. 40. 5.

²⁾ L. 1. pr. D. de div. rer. 1. 8. (Gai. II. 9), L. 3. pr. D. de pecul. 15. 1, L. 1. pr. D. de succe. edi. 38. 9, L. 6. D. expil. hered. 47. 19, L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. („dominus nullus sit“), L. 65. (64) D. de hered. inst. 28. 5.

mimo to prawa i obowiązki spadkodawcy nie tracą ani swego bytu, ani dotychczasowej spójni majątkowej.³⁾ W interesie przyszłego dziedzica, aby umożliwić przejście nań majątku spadkodawcy, utrzymuje prawo ten majątek w swej mocy,⁴⁾ uznaje także możliwość jego powiększenia się lub

(„servus hereditarius nullius sit“), L. 13. §. 5. D. quod vi aut clam. 43. 24. (Ob. także L. 3. §. 6, L. 21 (22) D. de negot. gest. 3. 5, L. 11. pr. D. de pecu. const. 13. 5, L. 9. D. de naut. foeno. 22. 2.) Fragmenta te mogą być tak tylko rozumiane, że spadek w ogóle nie ma podmiotu (Köppen § 2. do not. 11, Windscheid krit. Uebers. T. I. str. 191, *Źródłowski* §. 21. not. 6. i b.), nie zaś, że spadek nie ma jedynie fizycznego podmiotu (Puchta Vorl. §. 447, Dworżak str. 229. i inni).

³⁾ L. 11. pr. D. de pecu. consti: . . . si ante aditam hereditatem debitoris . . . constituat quis se soluturum, valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est. (Cf. L. 22. D. de fideius. 46. 1). L. 10. D. ut leg. seu fide. 36. 3, L. 36. D. de stipu. servo. 45. 3: . . . nec potest (servus hereditarius) relictus videri qui universo hereditatis iure continetur.

⁴⁾ Mylnem jest zdanie, że w spadku nie ma rzeczywistych praw i obowiązków, lecz tylko na mocy fikcyi prawnej tak się uważa, jak gdyby tam były prawa i obowiązki (Arndts §. 465. not. 1), a toż samo zdanie, że spadek nie składa się z praw i obowiązków, lecz jest tylko masą dóbr, względem których ogół w skutek przepisów prawa tak się ma zachować, jak gdyby należały do żyjącej osoby (Bolze Der Begriff der juristischen Person str. 41 sq.). Zdania te sprzeciwiają się istocie dziedziczenia, które jest sukcesją w prawa i obowiązki spadkodawcy — in omne ius defuncti, azatem wymaga rzeczywistego ich bytu. Por. Windscheid §. 531. not. 5, Unger §. 7. not. 2. — Uwaga ta stosuje się także do teoryi Iheringa (Passive Wirkungen der Rechte w Jahrbü. f. Dog. T. X. str. 387 sq.), którą podziela *Źródłowski* II. str. 163. Według Iheringa (str. 406 sq.) pozostają po śmierci osoby w mocy nie prawa, lecz tylko ich strona bierna. Stroną bierną prawa zowie Ihering (str. 391) ten stan związania, w którym znachodzi się przedmiot (rzecz lub osoba) prawa (w znaczeniu podmiotowym) w skutek tego prawa i stosownie do jego osnowy. Teoryi tej w ogóle nie podzielamy. Nam się zdaje, że o związaniu przedmiotu mocą pewnego prawa podmiotowego bez bytu tego prawa mowy być nie może. Por. Pfaff i Hofmann l. c. str. 33, a co do innych uwag przeciwko tej teoryi Windscheid §. 49. not. 3. in fl. *Till* l. c. str. 32 sq.

zmniejszania przez powstanie lub zgaśnięcie praw i obowiązków.⁵⁾

Ze względu na te ustępy w źródłach, w których znajdują się tego rodzaju zwroty, jak: „hereditas personae vice fungitur“, „pro domino habetur“, „dominae locum obtinet“,⁶⁾ — albo też „hereditas personae defuncti vicem sustinet“, „personae defuncti vice fungitur“,⁷⁾ — sądzi wielu, że spadek leżący nie ma jedynie fizycznego podmiotu,⁸⁾ ale ma podmiot zmyślony, że mianowicie, jak jedni twierdzą,⁹⁾ spadek sam na mocy fikcji prawnej uważa się za podmiot, albo jak inni mniemają,¹⁰⁾ że tym podmiotem jest osoba (osobistość) spadkodawcy, którą mamy sobie wyobrażać jako nadal w spadku istnie-

⁵⁾ L. 178. §. 1. D. de V. S. 50. 16: Hereditas . . . et accessionem et decessionem in se recipit. L. 20. §. 3. D. de her. pet. 5. 3.

⁶⁾ L. 15. pr. D. de usurp. 41. 3, L. 22. D. de fideius. 46. 1, L. 61. pr. D. de adq. rer. domi. 41. 1, L. 13. §. 5. D. quod vi aut clam. 43. 24, L. 15. pr. D. de interroga. 11 1, L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2, L. 1. §. 1. D. si is qui test. 47. 4, L. 9. C. depos. 4. 34.

⁷⁾ §. 2. I. de here. inst. 2. 14, pr. I. de stip. servor. 3. 17, L. 34. D. de adq. rer. dom. 41. 1, L. 31. §. 1. D. de hered. inst. 28. 5, L. 116. §. 3. D. de leg. I.

⁸⁾ Por. powyż. not. 2.

⁹⁾ Szczególnie: Tewes §. 2, Mayer § 2, Unger §. 7. not. 8, Arndts §. 465. not. 1, Windscheid §. 531. do not. 9, Quaritsch § 298, Maynz §. 411. do not. 5, *Zielonacki* §. 345 in fin.

¹⁰⁾ Szczególnie: Puchta (l. c.), Scheurl (l. c., tudzież Inst. §. 183), Dworżak (l. c.), Vering (l. c.), Kuntze Cursus (2 wyd.) §. 848, Pfaff i Hofmann (l. c. str. 34), wreszcie Ihering (Abhand. str. 149 sq., 185 sq., tudzież w Jahrbü. f. Dog. X. str. 413. not. 22), który jednak odmienne pojmuje ową trwającą osobistość spadkodawcy.

Opinią Zitelmana (Begriff u. Wesen d. sog. iuri. Personen), jakoby podmiotem spadku leżącego była uprzedmiotowana wola spadkodawcy (str. 70 sq.), zbijają jego własne uwagi na str. 35 i 63. Ob. zresztą Brinz (2 wyd.) T. I. str. 199, Böhlau w Arch. f. civ. Pr. T. 56. N. 10. i Harum w Zeit. f. d. Priv. u. öff. R. T. I. str. 208 sq.

jąca. Teorya ta nie jest uzasadniona;¹¹⁾ przytoczone wyrażenia się źródeł należy tłumaczyć w sposób następujący.

¹¹⁾ Mylnem jest przedewszystkiem zdanie, że zmyślenie podmiotu dla spadku leżącego jest loiczną koniecznością, bądź dlatego (Puchta l. c., Scheurl Beiträge I. str. 7 sq., Arndts Civil. Schriff. II. str. 33), że w obec dogmatu: prawa i obowiązki nie mogą istnieć bez podmiotu, prawo może utrzymać majątek spadkowy w mocy tylko przez nadanie mu podmiotu zmyślonemu, bądź też znowu z powodu (Arndts Pand. §. 465. not. 1, Ihering Abh. str. 153, Jahrb. f. Dog. X. str. 413), że dla umiejętnego pogodzenia bezpodmiotowości spadku z owym dogmatem koniecznie wyobrazić sobie należy coś, jako podmiot pozostałości. Po krytycznych uwagach Köppena Erbsch. str. 8 sq., str. 234 sq., Brinza 1. wyd. str. 666, także 2. wyd. T. I. str. 198, a szczególnie Demeliusa Die Rechtsfiction, tudzież w Jahrb. f. Dog. T. IV. str. 113 sq., przekonano się obecnie prawie powszechnie o mylności tej teorii. (Por. prócz innych Windscheid §. 49. not. 5, Unger Erb. §. 7. not. 5 i 10, Randa w Arch. f. d. Wechsel und HR. T. XV. str. 4 sq., Zitelmann Begriff u. Wesen der sog. iurist. Pers. str. 17 sq.). Fikcyą, czy to uświęconą prawem nadaniem, czy też sformułowana przez umiejętność prawniczą, nie zmienia w niczem rzeczywistości, rzeczywistość nie przestaje być tą samą przez to, że sobie ją wyobrazimy inną. (Por. powy. §. 2. not. 6). To też i przez zmyślenie podmiotu nie może ani prawo stworzyć tam podmiotu, gdzie go nie ma, ani jurysprudencya usprawiedliwić bytu majątku bezpodmiotowego. Podmiot zmyślony jest czczem urojeniem, mimo zmyślenia pozostaje nietkniętą rzeczywistość, że majątek nie ma podmiotu. To więc, co według powyższej teorii miałyby być środkiem do utrzymania majątku spadkowego w mocy, a względnie środkiem do umiejętnego usprawiedliwienia jego bytu, okazuje się prostem złudzeniem. Z tego powodu powyższe wyrażenia się źródeł nie mogą mieć tego znaczenia, że spadek ma podmiot zmyślony, lecz muszą być wyrazem innej zasady prawnej. — Ze względu na powyższe uwagi dochodzimy tedy do tego rezultatu, że albo w spadku z powodu braku podmiotu nie ma rzeczywistych praw i obowiązków, co jednak nie jest uzasadnione (not. 4), albo że ów dogmat, iż majątek nie może istnieć bez podmiotu, jest nieprawdziwy. Ostatnie zdanie uważamy za słuszne. Prawo rzymskie znało jeszcze drugi przypadek, w źródłach często zestawiany z hereditas iacens, w którym całkiem stanowczo majątek istniał bez podmiotu, a to majątek captivi. Por. L. 18. (19) §. 5. D. de neg. gest. 5. 3, L. 43. D. ad leg. Aquil. 9. 2, L. 11. pr. D. de pecu. const. 13. 5, L. 12. §. 1.

Z reguły prawa i obowiązki należą do pewnej osoby, która jest ich podmiotem, prawa i obowiązki spadkowe natomiast nie należą do żadnej osoby, a jednak istnieją i powstają dlatego, ponieważ należą do spadku, któremu prawo nadaje byt samoistny. Kiedy więc z reguły do bytu i powstania praw i obowiązków potrzebną jest osoba, tu przeciwnie wystarcza istnienie spadku. Z tego stanowiska można się tedy wyrazić, że spadek ze względu na prawa i obowiązki spadkowe zastępuje osobę, a ponieważ prawa i obowiązki spadkowe powstały niegdyś, a względnie powstałyby dla spadkodawcy, gdyby on jeszcze był przy życiu, przeto mówiąc więcej szczegółowo, można się wyrazić, że spadek zastępuje osobę spadkodawcy.¹²⁾ To jedynie wy-

D. de captiv. 49. 15. in fin. Opinia, że prawa i obowiązki mogą istnieć bez podmiotu, zyskuje też coraz więcej zwolenników. Ob. mianowicie Windscheid w krit. Ueberschau T. I. str. 186 sq., T. VI. str. 219 sq., Pan. §. 49. not. 3, Köppen Die Erbsch. str. 9 sq., System str. 234 sq., Demelius l. c. (na wielu miejscach), Bekker Jahrb. für Dog. T. XII. N. 1, Unger Erb. §. 7. not. 5 i 12, Schirmer §. 3, *TiM* l. c. str. 37 sq., *Źródłowski* I. §. 21. not. b., II. §. 54. not. 12 i 13. (Ostatni ogranicza jednak tę możliwość ze względu na prawo rzymskie tylko do hereditas iacens i majątku captivi). Nie możemy tu bliżej zastanawiać się nad tem, jak pogodzić prawa bez podmiotu z pojęciem prawa (w znaczeniu podmiotowym). Kwestya ta dotąd jest sporną, ale też i owe pojęcie dotychczas nie jest ustalone (Bekker l. c. str. 4 z dołu).

Wracając do w mowie będących zwrotów, napotykaných w źródłach, uważają je inni, mianowicie Windscheid (§. 531. za not. 8. Cf. §. 49. za not. 3), za wynik wrodzonego ludziom popędu do personifikacyi. To jest prawdą (por. także Brinz 2. wyd. T. I. str. 194 sq.), ale to nam tłómaczy jedynie, z kąd się owe wyrażenia wzięły, ale nie ich znaczenie. Jak w życiu codziennem, tak i w ustach prawników służy personifikacya jedynie do opisanja czegoś w tej krótkiej formie, to coś, które ona wyraża, a nie forma wyrażenia się jest tem, co ma znaczenie. Przez personifikacyą zyskujemy zatem jedynie techniczny wyraz, określający zwięzle pewien stan prawny, a nie „sztucznie utworzoną osobę“.

¹²⁾ A zstępując dalej aż do dziedzica, można w tem samym znaczeniu powiedzieć: Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. L. 22. D. de usurpat. 41. 3. Por. pow. §. 2. not. 17.

powiadają w mowie będące wyrażenia się źródeł, nie zaś że spadek, a względnie spadkodawca na mocy prawa jest podmiotem, lub za taki ma być uważany.¹³⁾ Są one zatem jedynie formą określenia tej zasady, że prawo ze spadkiem leżącym, który nie ma podmiotu, obchodzi się tak, jak z majątkiem, który ma podmiot.¹⁴⁾ Tę zasadę mają prawnicy rzymscy na myśli, gdziekolwiek dla uzasadnienia poszczególnych zagadnień prawnych posługują się owym krótkim zwrotem technicznym, zapożyczonym z życia codziennego.¹⁵⁾

Spornem jest nadzwyczaj, czyli spadek leżący należy do tych utworów prawnych, które nowoczesna nauka nazywa osobami prawnymi.¹⁶⁾ Jeżeli nazwa ta oznaczać ma majątek, który w rzeczywistości jest bez podmiotu, a jednak na mocy prawa ze względu na pewne cele ma takie znaczenie jak majątek, należący do pewnej osoby,¹⁷⁾ naten-

¹³⁾ Por. Köppen Erbscha. str. 23 sq., Syst. str. 208 sq., Brinz (1 wyd.) str. 665 sq., Bruns w Holtzendorffa Encyclo. (2 wyd.) str. 441. — Że w ten sposób wyrażają się źródła o spadku nie tylko ze względu na powstawanie nowych praw i obowiązków, co Köppen w swem sformułowaniu wyłącznie uwzględnił, lecz także tam, gdzie jest mowa o istnieniu praw i obowiązków pozostałych po spadkodawcy, to uznaje sam Köppen Erbscha. str. 87.

¹⁴⁾ Por. Demelius w Jahrb. f. Dog. T. IV. str. 134, Unger Erbr. §. 7. not. 7 i 12, *Tull* l. c. str. 55 sq. Do tego zapatrywania doszedł w końcu i Arndts w Grünhuta Zeit. f. d. Privat- u. öff. R. T. I. str. 503, jak niemniej Pfaff et Hofmann l. c. II. str. 36. do not. 36.

¹⁵⁾ Że tym wyrazem technicznym zaczęli się posługiwać dopiero późniejsi prawnicy, o tem por. Pernice Labeo I. str. 358 sq., Ihering Abhan. str. 194 sq.

¹⁶⁾ I ci, którzy są zwolennikami osób prawnych, nie wszyscy zaliczają do nich spadek leżący. Ob. Hölder §. 76. III. i §. 14, a mianowicie *Zródlowski* I. §. 21 not. 6. i b.).

¹⁷⁾ Por. Randa w Arch. f. deu. W. u. HR. T. XV. str. 339, tudzież Der Besitz §. 12. not. 13, Bruns w Holtzendorffa Encyclop. (2 wyd.) I. str. 334 sq., Unger Erbr. §. 7. not. 7. i 12, podobnie Böhlau Rechtssubjekt u. Personenrolle, tudzież w Arch. f. c. Pr. T. 56. N. 10. Ob. także Brinz (2 wyd.) I. §. 60. not. 7. *Tull* str. 37 sq. — To pojmowanie istoty t. zw. osób prawnych uważamy za najwięcej trafne. Pogląd na inne teorye

czas i hereditas iacens należy do osób prawnych. Jest to zresztą kwestya, która tyczy się li terminologii prawniczej, a nie konstrukcyi prawnej i praktycznego zastosowania prawa.¹⁸⁾

Spadek leżący może ulegać zmianom przez powstanie praw i obowiązków lub ich wygaśnięcie, ale pod tym względem nie stoi on zupełnie na równi z majątkiem, który ma podmiot. Właśnie z powodu, że spadek leżący jest majątkiem samoistnym, bezpodmiotowym, są owe zmiany o tyle jedynie możliwe, o ile to może się stać bez bytu i współdziałania podmiotu.¹⁹⁾ W szczególności²⁰⁾ mogła dla spadku leżącego powstać własność na wszelakim przybytku (accessio) np. owocach rzeczy spadkowych,²¹⁾ lub w skutek upływu czasu zasiedzenia, które za życia spadkodawcy biec poczęło, jeżeli tylko rzecz przedtem nie dostała się w po-

a nieraz trafną ich krytykę podaje Zitelmann Begr. u. Wes. der sog. iuristischen Personen (1873). Po nim następują Bolze Der Begriff der juristischen Person, Arndts w Grünhuta Zeit. f. d. Privat. u. öff. Recht T. I. str. 494 sq., *Źródłowski* I. §. 21.

¹⁸⁾ Rozumie się ze stanowiska powyższego pojmowania istoty t. zw. osób prawnych. Z tego stanowiska nie ma także, zdaniem naszym, innej różnicy, jak tylko co do nazwy między osobami prawnymi, a t. zw. majątkiem dla celów „Zweckvermögen“, który Brinz Pand. 1 wyd. str. 979 sq., 2 wyd. T. I. str. 201 sq., Demelius l. c. (por. także Bekker w Zeit. f. d. ges. Handelsrecht T. IV. N. 10 i w Jahrb. f. Dog. T. XII. N. 1.) stawiają w miejsce osób prawnych, odrzucając ostatnie stanowczo.

¹⁹⁾ L. 61. pr. D. de acqui. rer. dom. 41. 1: . . . In his sane, in quibus factum personae operaeve (? Por. Köppen Erbscha. str. 57 sq., z drugiej strony Schirmer §. 3. not. 4) substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest. Dla tego też mówią źródła, iż spadek leżący stoi na równi z majątkiem, który ma podmiot: in plerisque, in quibusdam, in multis partibus iuris. pr. I. de stip. serv. 3. 17, L. 61. pr. D. de acqu. rer. dom. 41, 1, L. 15 pr. D. de usurp. 41. 3.

²⁰⁾ Por. Köppen Erbsch. str. 36 sq., Syst. str. 215 sq., Pernice Labeo I. str. 359 sq. Mainz l. c.

²¹⁾ L. 178. §. 1. D. de V. S. 50. 16, L. 20. §. 3. D. de hered. pet. 5. 3. Cf. L. 26. 27. 29. D. de her. pet. 5. 3.

siadanie kogoś trzeciego,²²⁾ — z drugiej strony mogła własność zgasnąć bądź w skutek zniszczenia rzeczy spadkowej, bądź w skutek upływu zasiedzenia na korzyść trzeciej osoby,²³⁾ — dalej mogła powstać wierzytelność z powodu czynu występnego, którego ktoś trzeci dopuścił się względem spadku,²⁴⁾ jak *actio legis Aquiliae, arborum furtim caesarum, interdictum quod vi aut clam*,²⁵⁾ tudzież *actio iniuriarum* z powodu ubliżenia zmarłemu spadkodawcy,²⁶⁾ wierzytelność a względnie obowiązek w stosunku do tego, *qui negotia hereditaria gerit*,²⁷⁾ wreszcie wierzytelność lub

²²⁾ L. 40. D. de usurp. 41. 3: *Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est.* L. 31. § 5, L. 44. §. 3. D. eod., L. 30. pr. D. ex quib. caus. maio. 4. 6, L. 6. §. 2. D. pro empto. 41. 4: *Post mortem eius, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem heres possideret non coepisset, fiet tamen eius, sed ita hoc, si nemo eum possidisset.* L. 20. D. de usurp. 41. 3. Postanowienie to jest wyjątkiem („*sed haec iure singulari recepta sunt*“ L. 44. § 3. D. cit.) od zasady, iż zgaśnięcie posiadania przerywa zasiedzenie. Stosunek zasiedzenia, poczęty przez spadkodawcę, trwa dalej po jego śmierci mimo zgaśnięcia posiadania (pow. §. 1. not. 26), a ukończenie zasiedzenia, czyli czas potrzebny upłynie przed czy też po nabyciu spadku przez dziedzica, nie zależy wcale od tego, by dziedzic objął rzecz w posiadanie. Przeciwnie ostatniemu zdaniu opinie Unterholznera *Verjährungslehre* I. §. 133. (ze względu na L. 13. §. 4. D. de A. v. A. Poss. 41. 2), tudzież w części Puchty §. 156. not. 1. (ze względu na L. 30. §. 5. D. eod.) uznano powszechnie za nieuzasadnione. Por. zamiast innych: *Ihering Vermischte Schriften iur. Inhalts* str. 9 sq., *Abhandlungen* str. 252 sq., *Scheurl Beiträge* I. str. 89 sq., *Köppen Erbscha.* str. 69 sq., *Syst.* §. 2. not. 57, *Vangerow I.* §. 322. *Uw.* 2. l. 1.), *Brinz* 2. wyd. T. I. str. 634, *Żródlowski Untersuchungen* str. 70.

²³⁾ L. 21. D. de her. pet. 5. 3. Por. poniżej §. 8.

²⁴⁾ Z wyjątkiem *furtum*, w którego miejsce wstąpił występnek (*crimen expilatae hereditatis*). Por. §. 8. not. 9 i 38.

²⁵⁾ L. 13. §. 2, L. 15. pr., L. 43. D. ad leg. Aquil. 9. 2, L. 13. §. 5. D. quod vi aut clam 43. 24.

²⁶⁾ L. 1. §§. 6. 7. D. de iniurii. 47. 10. Por. *Köppen Erbsch.* str. 80 sq., *Syst.* str. 232 sq.

²⁷⁾ L. 3. §. 6, L. 20. (21) §. 1. D. de nego. gest. 3. 5.

obowiązek z powodu ziszczenia się warunku lub nadejścia dnia umowy zawartej przez spadkodawcę.²⁸⁾ Najobfitszem źródłem powiększenia się spadku leżącego mogły być nabytki uzyskane przez niewolników spadkowych. Na mocy stypulacyi lub innych umów mogli oni nabywać dla spadku wierzytelności,²⁹⁾ lub uwolnić go od zobowiązań,³⁰⁾ mogli także dla spadku nabyć zapis, który im ktoś trzeci w swem rozporządzeniu ostatej woli pozostawił.³¹⁾ Ale i nabytki za pomocą niewolników spadkowych stały pod regułą poprzednio podaną, były możliwe tylko w jej granicach. Tak mianowicie nie mógł niewolnik nabyć dla spadku leżącego ani służebności osobistych, ani posiadania.³²⁾ Tylko ze względu na swe peculium (ex causa peculiari) mógł niewolnik nabyć posiadanie dla spadku, a tem samem mógł także ex causa peculiari nabyć własność traditione, lub przez nabycie posiadania dać początek zasiedzeniu.³³⁾ Niewolnik nie

²⁸⁾ L. 24. D. de novat. 46. 2, L. 9. D. de nauti. foeno. 22. 2, L. 77. D. de V. O. 45. 1. — Ob. także L. 15 pr. D. de lege commi. 18. 3.

²⁹⁾ Stipulatio: pr. I. de stipul. servor. 3. 17, L. 33. §. 2. D. de adqu. rer. dom. 41. 1, L. 35. D. de stipu. serv. 45. 3. Pactum: L. 27. §. 10. D. de pact. 2. 14. — Depositum, Commodatum: L. 1. §. 29. D. deposi. v. cont. 16. 3, L. 16. D. de O. et A. 44. 7, L. 9. C. deposi. 4. 34. — Umowę winien był jednak niewolnik zawrzeć aut sibi, aut impersonaliter, aut conseruo suo (L. 18. §. 2. D. de stipulu. servo. 45. 3, L. 41. D. de reb. cred. 12. 1. verba: quodsi stipulatus quoque esset rel., L. 27. §. 10. D. de pactis 2. 14. Cf. L. 1. pr., L. 15. D. de stipul. serv. 45. 3), jeżeli wierzytelność miała powstać dla spadku leżącego (Köppen Erbsch. str. 38). O umowie zawartej na imię przyszłego dziedzica por. pon. §. 7. do not. 8 i 9.

³⁰⁾ L. 11. §. 2. D. de acceptilatione 46. 4.

³¹⁾ L. 116 §. 3, L. 68. §. 1. D. de leg. I, L. 55. §. 1. D. de leg. II.

³²⁾ Powy. not. 19. L. 61. §. 1. D. de acqui. rerum dom. 41. 1: Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur. L. 26. D. de stipu. serv. 45. 3. Cf. L. 1. §. 2. D. quando dies ususfr. 7. 3, L. 16. §. 1. D. quando dies leg. 36. 2.

³³⁾ L. 1. §. 5. D. de A. v. A. poss. 41. 2: . . . igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem, et heres (hereditas Momms. Dig.), si hereditarius servus

mógł wreszcie dla spadku leżącego nabyć dziedzictwa, chociaż mógł być ważnie ustanowiony dziedzicem w testamencie kogoś trzeciego, ponieważ nabycie dziedzictwa mogło nastąpić tylko iussu domini, a tym był przyszły dziedzic spadku leżącego.³⁴⁾

Jednym z warunków powstania praw i obowiązków jest zdolność prawna osoby, dla której one powstać mają, ponieważ zaś spadek leżący nie należy do żadnej osoby, przeto postanowiono, iż w tej mierze należy brać wzgląd na osobę spadkodawcy. Powstanie dla spadku leżącego pewnego stosunku prawnego, który wymagał pewnej zdolności prawnej (np. commercium) zależało tedy od tego, czy tę zdolność prawną miał spadkodawca.³⁵⁾ Posta-

emat. L. 29. D. de captivis 49. 15, L. 16. D. de O. et A. 44. 7: . . . nam servus hereditarius per traditionem accipiendo proprietatem hereditati acquirit . . . haec ita, si peculiare negotium contractum est, nam ex hac causa etiam possessio acquisita intellegi debet. — Do nabycia ex causa peculiari odnosi się także L. 44. §. 3. D. de usurp. 41. 3, gdy przeciwnie w L. 45. §. 1. D. eod. należy czytać: „non“ peculi nomine (Scheurl Beiträage I. str. 25), albo „nisi“ servus hereditarius peculii nomine rem coepit tenere (Dige. edi. Mommsen). Por. o tej kwestyi w ogóle: Ihering Vermi. Schrif. str. 35 sq., Scheurl l. c., Köppen Erbscha. str. 71 sq. Że przyczyną tego wyjątkowego postanowienia było osobliwe stanowisko prawne peculii o tem por. Mandry Begriff u. Wesen des Peculium str. 48 sq., tudzież Das gemei. Familiengüterrecht II. str. 127 sq., Windscheid §. 155. not. 11. — Przeciwnego zdania są Schirmer §. 3. not. 17. i Maynz §. 411. not. 11. Pierwszy sądzi, że posiadanie nabyte dla spadku ex causa peculiari w tej chwili napowrót gasło, drugi, że niewolnik spadkowy mógł nabyć posiadanie dla spadku w ogóle a nie tylko ex causa peculiari. — Możliwość nabycia posiadania dla spadku leżącego ex causa peculiari prowadzi do wniosku, że posiadanie nabyte przez niewolnika ex causa peculiari za życia spadkodawcy nie gasło w skutek tegoż śmierci.

³⁴⁾ Por. §. 14. not. 33.

³⁵⁾ L. 33. §. 2, L. 34. D. de adq. rer. dom. 41. 1, tudzież fragm. w nocie 7. — Pierwotnie było to pomiędzy prawnikami rzymskimi sporne, jak się okazuje mianowicie z L. 33. §. 2. D. cit., czy pod tym względem należy baczyć na osobę spadkodawcy, czy też na osobę dziedzica, ale z czasem przeważało zdanie pierwsze, chociaż i zdanie drugie znachodzi się je-

nowienie to było szczególnie ważne ze względu na czynności prawne niewolników spadkowych, tudzież ze względu na pytanie, czy ktoś trzeci mógł niewolnika spadkowego ważnie ustanowić dziedzicem w testamencie lub pozostawić mu zapis.³⁶⁾

Zastosowanie postanowień co do możliwych zmian w spadku leżącym napotykało na trudności w tym przypadku, gdy zmarł filius familias, który pozostawił peculium castrense. W braku dziedzica przypadało peculium castrense ojcu spadkodawcy iure peculii, należało do niego od chwili śmierci filii. Jeżeli zatem filius familias pozostawił dziedzica,³⁷⁾ natenczas od jego oświadczenia się, czy spadek przyjmuje lub nie, zależało czy peculium przypadnie jemu jako dziedzictwo lub też ojcu iure peculii, a ztąd też aż do chwili tego oświadczenia było niepewnem, czy peculium jest spadkiem leżącym, lub też majątkiem ojca od chwili śmierci syna. Dopiero oświadczenie się dziedzica powołanego usuwało tę niepewność i według tego, czy on przyjął spadek lub nie, uważano peculium castrense wstecz bądź za spadek leżący, t. j. stosowano do niego wyłożone poprzednio prawidła, bądź za majątek ojca od chwili śmierci filii.³⁸⁾

szcze w Digestach (L. 24. D. de solut. 46. 2). Za zdaniem pierwszym przemawiało to, że majątek pozostały po zmarłym jest wynikiem jego zdolności prawnej, tudzież ten wzgląd praktyczny, że osoba spadkodawcy jest zawsze pewną, dziedzica niepewną. Por. zresztą o tem Köppen Erbscha. str. 41 sq., a co do L. 55 §. 1. D. de leg. II. tamże str. 54 sq.—Pernice (Labeo I. str. 368) uważa przeciwnie zdanie drugie za więcej uzasadnione. Toż samo Wies l. c. str. 89.

³⁶⁾ Por. not. 31. 34. 35. — Zdanie Savigny'ego (Syst. II. §, 102), że postanowienie to odnosiło się tylko do nabytków za pomocą niewolników, uznano słusznie powszechnie za mylne.

³⁷⁾ O ile filius familias ze względu na swe peculium mógł mieć dziedzica, o tem poro. §. 12. l. 2, i oddział o dziedziczeniu ab intestato (peculia).

³⁸⁾ L. 33. pr. §. 1. D. de acqui. rer. dom. 41. 1, L. 18. pr. D. de stip. servo. 45. 3, L. 9, L. 14. D. de castr. pecu. 49. 17. Do tej kwestyi w ogóle, jak w szczególności co do innych fragmentów tu należących, a nadzwyczaj spornych por. Fitting

Jeżeli z nabyciem spadku zwlekano czas dłuższy, mogła władza sądownicza w razie potrzeby ustanowić dla spadku leżącego kuratora *custodiae causa* z upoważnieniem do przedsiębrania tymczasowo czynności niezbędnych, jak np. pozbywania rzeczy zepsuciu ulegających, spłacania uciążliwych długów spadkowych.³⁹⁾

Das castrense peculium str. 289 sq., Glück Comm. T. 34. str. 107 sq.

³⁹⁾ L. 8, L. 9. pr. D. quib. ex caus. in posse. 42. 4, L. 22. §. 1. D. de reb. auc. 42. 5, L. 1. §. 1. D. de cura. bon. 42. 7. L. 1. §. 4. D. de mun. 50. 4, L. 3. D. de cura. fur. 27. 10. Ob. Ubbelohde w Arch. f. c. Prax. T. 61. str. 2 sq.— Specyalne wypadki, w których ustanawiano kuratora dla spadku (mianowicie *missio ventris nomine*, bon. pos. Carboniana) poznamy na właściwych miejscach. Por. także pon. §. 27. do not. 63.

CZEŚĆ PIERWSZA.



O DZIEDZICTWACH.

ROZDZIAŁ I.

O dziedzictwach w ogólności.

I. Warunki dziedziczenia w ogólności.*)

§. 5.

1. Śmierć pewnej osoby.

Pierwszym warunkiem dziedziczenia jest śmierć pewnej osoby, zdolnej mieć dziedziców (§. 3). *Viventis hereditas non datur.*¹⁾ Śmierć osoby, jak również chwilę śmierci, jeśli ta jest stanowczą, winien udowodnić ten, kto dochodzi praw, od tego faktu zależnych. Prawnego domniemania zaszłej śmierci nie znało wcale prawo rzymskie,²⁾ a co do chwili śmierci było ustanowione domniemanie tylko na ten wypadek,³⁾ gdy dwie lub więcej osób utraciło życie razem

*) *Tewes I. §§. 4 — 6. Quaritsch §§. 297. 298. Baron §. 390. Arndts §§. 469 — 472. Maynz III. §§. 359. 375. Zielonacki II. §§. 351 — 353. (Louis str. 21 — 33).*

¹⁾ L. 19. 27. D. de adq. v. omi. her. 29. 2, L. 1. D. de hered. v. act. ven. 18 4.

²⁾ W szczególności nie znało także instytucji uznania kogoś za zmarłego, którą wprowadziło dopiero prawo niemieckie. Por. Vangerow I. §. 33, Windscheid I. §. 53, *Źródłowski I. §. 24. not. c.*

³⁾ Por. L. 9. (10) §§. 1. 4, L. 18. (19) pr., L. 22. 23. (23. 24) D. de reb. dubi. 34. 5, L. 26. pr. D. de pac. dot. 23. 4.

t. j. z powodu tego samego zdarzenia.⁴⁾ W tym razie zachodziło domniemanie, że wszystkie te osoby w tej samej chwili żyć przestały, chyba że pomiędzy nimi znachodzili się krewni wstępni i zstępni, w którym to razie domniemywać się należało, że zstępny niedojrzały zmarł przed wstępnym, zstępny dojrzały zaś po wstępnym. Jeżeli jednakże ascendent należał do stanu wyzwolenców (libertus), lub był obciążony fideikomisem ogólnym na wypadek, gdyby zmarł bezdzietnie, natenczas w interesie patrona, a względnie fideikomisariusza było ustanowione inne domniemanie, t. j. że descendent, bez różnicy czy był dojrzały lub niedojrzały, nie przeżył krewnego wstępnego, innemi słowy, że ascendent zmarł bezdzietnie.⁵⁾

§. 6.

2. Uprawnienie pewnej osoby do dziedziczenia.*)

Prawo do spadku mają pewne tylko osoby. Tej zasady trzymało się już starożytne prawo rzymskie, jakkolwiek skape były jego pod tym względem postanowienia. Pierwsze zawiązki prawideł, stanowiących o tem, kto ma prawo dziedziczyć, wydała z siebie idea związku rodzinnego. Rodzina (familia) była w pojęciu starożytnych patryarchalnych czasów istnością organiczną i ciągłą, mimo zmian generacyi. W niej kupiło się niemal całe życie społeczne, to też ciągłość rodziny przedstawiała się pierwotnym mieszkańcom Rzymu jako nieodzowna konieczność, wskazana przez wyż-

⁴⁾ Böcking Pand. § 32. not. 11, Arndts §. 27. n. 1, *Żródlowski* I. §. 24. not. d. uważają warunek wspólnej, wśród tego samego zdarzenia zaszłej śmierci, za zbyteczny. — Por. jednak Vangerow, Windscheid (l. c.), Savigny Syst. II. str. 22, *Zielonacki* I. §. 23.

⁵⁾ L. 9. (10) §. 2. D. de reb. dub. 34. 5, L. 18. (17) §. 7. D. ad SCTum Trebel. 36. 1.

*) Prócz wymienionych przed § 5. pod *) ob. Köppen System §§. 3. 4. Schirmer §. 5. Danz II. §§. 159. 160. 163. Brinz II. (1 wyd.) §§. 173 — 175 i 192. Windscheid III. §§. 529. 535. 537. Rivier §. 4.

szy porządek moralny.¹⁾ Miejsce zmarłego patrisfamilias zajmowali w rodzinie naturalnym porządkiem ci, którzy w skutek tego zdarzenia stawali się członkami rodziny, od cudzej władzy niezawisłymi. Oni obejmowali po ojcu władzę w rodzinie (in domo dominium) tak nad osobami, od nich zależnymi, jak nad majątkiem pozostałym. Z tej to idei rodzinnej wyrosła zwyczajowo reguła, że spadek po ojcu należy się jego suis t. j. członkom rodziny, pod jego władzą ojcowską zostającym, czyli tak zwanym heredes domesticici.²⁾ A jak rodzina jest najdawniejszym związkiem społecznym, tak też i dziedziczenie suorum, będące wyrazem zasady rodzinnej, musimy przyjąć za najdawniejszy w Rzymie porządek sukcesyjny.³⁾

Prócz dziedziczenia z tytułu przymiotu domestici heredis, znane było starożytnemu prawu, jak daleko sięgają nasze wiadomości historyczne, dziedziczenie na podstawie ostatniej woli (ultima voluntas) spadkodawcy. Spadkodawca był mocen za życia postanowić, kto po jego śmierci ma być dziedzicem.

Co poprzednio wytworzyło się więcej zwyczajowo, to uświęciła następnie i rozwinęła ustawa XII. tablic. Ustawa ta zatwierdziła wyraźnie służące obywatelom rzymskim prawo wolnego rozporządzania swem mieniem na wypadek śmierci,⁴⁾ uznała prawo suorum do dziedziczenia po ojcu

¹⁾ Ob Esmarch (2 wyd.) §§. 2 3. 59, Kuntze *Cursus* (2 wyd.) § 91, Vering *Erbrecht* str. 15 sq, 110 sq Por. także Hölder *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes* N. 1.

²⁾ Gai. II 157. §. 2. I. de her. qual. 2. 19. — Co oznacza nazwa suos ob. Hölder *Beiträge* str. 96, Mandry *Das gem. Familiengüterrecht* I. str. 14. not. 5.

³⁾ Wniosek ten nasuwa się z taką koniecznością (por. autorów wymienionych w nocie 1, tudzież Pfaff et Hofmann *Commen. z. öster. allg. bürg. Gesetz. T. II. str. 4 sq., K. D. Spadkobranie beztestamentowe, w Gazecie sądowej warszaw. z r. 1878. N. 22 i 23), iż trudno pogodzić się z myślą niektórych autorów (por. np. Maynz III. §. 359), uważających wolę spadkodawcy (testamentum) za pierwotną w Rzymie przyczynę dziedziczenia.*

⁴⁾ L. 130. D. de V. S. 50. 16: . . . lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.

rodziny, a wreszcie unormowała sukcesyą innych krewnych (agnatów) i gentyłów spadkodawcy.⁵⁾

Według prawa ustalonego ustawą XII. tabl. i późniejszych na jej podstawie rozwijających się postanowień *iuris civilis*, mieli prawo do dziedzictwa ci, którzy byli powołani do spadku albo przez spadkodawcę w rozporządzeniu ostatniej woli, zwanem *testamentum*, albo przez ustawę⁶⁾ (postanowienie prawa)⁷⁾. Wola spadkodawcy, w należyty sposób objawiona, była przede wszystkim rozstrzygającą; w pierwszym rzędzie miał prawo do dziedzictwa ten, kogo spadkodawca w swym testamencie do spadku powołał.⁸⁾ Wolność

⁵⁾ Odnośne postanowienia ustawy XII. tablic brzmiały według Ulpiana (XI. 14, XXVI. 1) następująco: „*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.*“ (Por. Cicer. de invent. 2. 50, Rhet. ad Herenn. 1. 13, Gai II 224) — „*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.*“ — „*Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*“ — Czy prawo agnatów i gentyłów do dziedziczenia ab intestato pochodzi z czasów dawniejszych, jak mniema, zdaje mi się, Es march §. 59, lub też było im przyznane dopiero ustawą XII. tabl. (Dan z II. §. 160 in fin. §. 165 a. 1, Kuntze Curs. (2 wyd.) §. 141, Hölder Beiträge str. 27) to nie da się stanowczo rozstrzygnąć. Drugie zdanie zdaje się jednak więcej zbliżać do prawdy. Ulp. XXVII. 5: *Legitimae hereditatis ius, quod ex lege duodecim tabularum descendit.*

O odmiennej interpretacji pierwszej reguły ustawy XII. tablic, tyczącej się rozporządzeń ostatniej woli por. §. 16. not. 2.

⁶⁾ Powołanie na mocy testamentu opierało się ostatecznie także na przepisie prawa, gdyż prawo nadawało testamentowi ten skutek prawny. L. 130. D. de V. S. 50. 16: *Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.*

⁷⁾ Prócz ustawy (*ius civile*) powoływało do spadku także prawo pretorskie (*ius honorarium*) według tych samych reguł, jak *ius civile*. Por. §. 9. not. 22.

⁸⁾ L. 1. pr. D. si tab. test. nul. 38. 6: . . . quem (ordinem) et lex duodecim tabularum secuta est; fuit enim ordinarium ante de iudiciis testantium, deinde sic de successione ab intestato loqui. L. 39. D. de adq. v. omit. hered. 29. 2, L. 89. D. de R. I. 50. 17.

Nie możemy tu wchodzić w filozoficzne dociekania ostatniej przyczyny prawa spadkowego w celu rozwiązania zagadnienia

ustanowienia dla siebie dziedzica była też przez Rzymian wysoce ceniona, jako szczytny wyraz domowej samowładzy patrisfamilias.⁹⁾ Ustawa powoływała dziedziców najpierw w przypadku, gdy spadkodawca zmarł intestatus, t. z. albo nie pozostawił ważnego testamentu, albo stało się pewnem, że ustanowieni w testamencie spadku nie nabędą, a po-

o stosunku dziedziczenia na mocy testamentu do dziedziczenia na mocy ustawy. (Por. o tem treściwy pogląd w P f a f f a i H o f m a n n a Commentar z. öst. allg. bürg. Gesetzb. T. II. str. 1 sq., Excuse str. 1 — 6, tudzież Bruns Ueber Testirfreiheit u. Pflichttheil w Zeit. f. vergleich. Rechtsw. T. II. (1880) N^o V, *Gumplowicz* Wola ostatnia w rozwoju dziejowym i umiejętnym w Czasopiśmie poświęc. prawu i umiejęt. polit. Kraków, z r. 1864. str. 81 sq. Nad kwestyą tą zastanawia się także *Pliszka*: Upominek pogrobowy śp. Kazimierza Pliszki Podlasiianina. Rzecz o successyi czyli uwagi nad prawem przyrodzonym do spadku. Warszawa, 1827. str. 3 sq., — tudzież liczni recenzenci tego dzieła, a szczególnie *X Szaniawski* w Czasopiśmie warszawkiem *Themis polska* T. VII. (1830) str. 415 sq.) Prawo rzymskie postawiło na pierwszym miejscu dziedziczenie na mocy testamentu, a dziedziczenie na mocy ustawy było jakby tylko posiłkowem. Wskazuje na to sama nazwa: successio ab intestato. Idee rodzinną, która w Rzymie dała początek prawidłom prawa spadkowego, przerosła niebawem idea samowoli jednostek, szczególnie od czasu, gdy tę ideę samodzielności indywidualnej wniósł do społeczności rzymskiej żywiol plebejski. Wolność stanowienia o losie swej familiae na wypadek śmierci podnieśli Rzymianie do zasady świętej, ubezpieczyli ją w zasadniczej ustawie XII. tab., cenili wysoko, rzec można bałwochwalczo, na równi z tem, co w państwie, w społeczności jest najdroższem: Cicero. Philip. II. cap. 42. In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum. Quaest. Tuscu I. c. 14. (Por. o tem autorów w nocie 9. podanych). Ta samodzielność indywidualna, spychająca na drugi plan postanowienia ustawy, stanowiła zawsze, jakkolwiek nie była zupełnie nieograniczona, właściwy typ, właściwy charakter prawa spadkowego rzymskiego. Nie jest to zatem zgodne z duchem tego prawa, jeśli w systematycznych o niem wykładach stawia się zazwyczaj na pierwszym miejscu dziedziczenie ab intestato, a za niem dopiero ex testamento. Źródła tak dawniejsze (Gai. II. 100 sq., Ulp. XX. sq.), jak Justyniańskie idą odwrotnym porządkiem, tego też porządku i my się trzymamy w dalszym toku wykładu.

⁹⁾ Ob. Kuntze Excuse (2 wyd.) str. 613 sq., Gans II. str. 145 sq., Lassalle str. 21 i 58 sq.

wtóre w przypadku, gdy spadkodawca w swym testamencie nie uwzględnił pewnych osób w sposób przepisany. Niektóre osoby miały bowiem tak silne prawo do dziedzictwa, iż przychodziły do spadku nawet mimo przeciwnej woli testatora, jeżeli w testamencie w należyty sposób nie były uwzględnione. Dziedziców tych zowiemy dziedzicami przeciwtestamentowymi. Dziedziczyć można było tedy albo na mocy woli, albo w braku woli, albo przeciw woli spadkodawcy, a według tego odróżniamy trzy rodzaje dziedziczenia: a) dziedziczenie testamentowe (*hereditas testamentaria*), b) dziedziczenie beztestamentowe czyli ustawnicze (*ab intestato*, *hereditas legitima*), c) dziedziczenie przeciwtestamentowe. Innych przyczyn dziedziczenia, prócz powołania przez testament lub postanowienie prawa, nie znało prawo rzymskie. Z tych przyczyn dziedziczyli w szczególności także *sui* spadkodawcy,¹⁰⁾

¹⁰⁾ Odmiennego zdania są szczególnie Brinz I (2 wyd.) §. 58, II. (1 wyd.) §§. 173 250. i Danz II. §§. 159 i 160. Według ich opinii byli *sui* uprawnieni do dziedziczenia po ojcu rodziny nie na mocy woli spadkodawcy lub ustawy, lecz z mocy własnego prawa, t. j. z mocy tego prawa, które im na majątku rodziny już za życia ojca wespół z ojcem służyło. Z tytułu tego prawa, które z chwilą śmierci ojca nabierało samo przez się pełnej siły, należał majątek do *suos* nawet wtedy, gdy ich ojciec ustanowił dziedzicami w testamencie. Ustanowienie *suorum* w testamencie było tylko potwierdzeniem własnego ich prawa do majątku. Do tej opinii przystąpili w najnowszych czasach Esmarch Röm. Rechtsgeschichte (1880) §§. 59 i 61, Hölder Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechtes (1881) str. 22 — 24. 27. 88 sq. 128. i Schirmer w Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte T. II. (1881) str. 165 sq., z tą jednak zasadniczą różnicą, że z jednej strony Hölder (str. 95 sq.) i Esmarch (§. 61) uznają, iż *suus* ustanowiony w testamencie dziedziczył z woli testatora, a nie na mocy własnego prawa, że zaś z drugiej strony Schirmer twierdzi (str. 172 sq.), jakoby w starożytnym prawie *pater familias*, mający *suum*, w ogóle nie mógł sporządzić testamentu. Opinia przytoczona opiera się głównie na trzech ustępach źródeł (Gai. II. 157, §. 2 I de her. qual. et diff. 2. 19, Paulus L. 11. D. de libe. et post. 28. 2), które zgodnie wyrażają się, iż *sui* „*vivo patre quodammodo domini existimantur*“, tudzież na tej okoliczności, że z jednej strony *suus* nabywał dziedzictwo po ojcu w każdym razie *ipso iure*, t. j. bez oświadczenia woli przyjęcia spadku, a nawet mimo swej woli, że zaś z drugiej strony ojciec musiał *suum* wydziedziczyć w te-

choć zresztą co do nich zachodziły pod względem dziedziczenia pewne odrębne właściwości.

stamencie, jeśli go nie chciał mieć dziedzicem, inaczej suus dziedziczył mimo pominięcia go w testamencie.

Teorya o wspólności majątkowej w dawnej rodzinie rzymskiej, będąca podstawą rzeczowej opinii, liczy wielu zwolenników, tak między prawnikami dawniejszymi począwszy od Glosatorów (por. szczegól. Donellus *Commen. de iur. civ. lib. VII. cap. 2. §. 13 sq.* i Cujacius *Opera omni. edit. Neapol. I. str. 1062*), jak między prawnikami nowoczesnymi. (Prócz wymienionych poprzednio, ob. Kuntze *Cursus* (2 wyd.) §§. 91 i 850, Müller §§. 171. do not. 5, 179. do not. 45, 197. do not. 8, Böcking *Pand. §. 45. 2, Vering Gesch. u. Pand. (4 wyd.) str. 646, Tewes II. §. 55. do not. 5, §. 126. I, Rivier §. 41. 1, Huschke *Zeit. f. gesch. RW. T. XIV. str. 168, Pernice Labeo I. str. 109 sq, Binding w Arch. f. c. Pra. T. 57. str. 403 sq., Zielonacki Drei Abhandlungen str. 26 sq., Pand. §. 354. in fin. i §. 395*). Przeważna część wymienionych autorów posługuje się jednak tą teorią jedynie w celu wytłómaczenia, dlaczego sui nabywają dziedzictwo ipso iure, gdy przeciwnie autorowie poprzednio wymienieni wysnuwają z niej osobną, obok testamentu i ustawy równorzędną trzecią przyczynę dziedziczenia. W nowszych czasach mnoży się jednak słusznie coraz więcej zastęp prawników, występujących przeciwko teorii o wspólnem prawie suorum na majątku rodziny za życia ojca (Ob. Francke *Recht der Notherben str. 17 sq., Mühlenbruch w Glück'a Comme. T. 36. str. 144 sq., Leist Bonorum possessio T. I. str. 6, tudzież w Glück'a Commen. Ser. 37 et 38. T. I. str. 213, Schmidt Das formelle Recht der Notherben str. 18. not. 45, Lassalle II. str. 235 sq., 510 sq., Maynz III. str. 203 sq., Źródłowski II. §. 57. not. h., a szczególnie Mandry *Gemein. Familiengüterrecht I §§. 3 i 25*), a nawet z pomiędzy zwolenników tej teorii utrzymuje Schirmer (str. 174 sq.), że wspólność majątkowa w rodzinie już w ustawie XII. tabl. nie występuje w całej pełni, a w czasach klasycznej jurysprudeney ustąpiła zupełnie miejsca własności indywidualnej, z czem odpadło własne prawo suorum do objęcia majątku po śmierci ojca. Brinz (§. 173) i Danz (§. 163) datują powolne usuwanie wspólności majątkowej w rodzinie dopiero od czasów cesarzy chrześcijańskich.**

Przeciw teorii w mowie będącej przemawia najsilniej ta okoliczność, iż wspólne prawo suorum pod względem majątku za życia ojca nie da się żadną miarą pogodzić z zasadą, stanowczo i niewątpliwie w źródłach wyrażoną, że wszystko przez członków rodziny nabyte należy do ojca rodziny, tak że on sam wyłącznie jest panem majątku, gdy przeciwnie filius nihil suum habet (Gai. II. 86 — 89. 96, Ulp. XIX. 17. 18, XX. 10, pr.

Według prawa niemieckiego i prawodawstw nowszych można być powołanym do dziedzictwa także na mocy umowy

I. per quas pers. 2. 9), nie da się pogodzić nawet w sposób przez Brinza pomysłany, t. j. przez przyjęcie własności zastępczej. (Por. Mandry l. c., tudzież zdanie Vangerowa I. §. 218. Uwa. 1., z powodu analogicznej kwestyi wypowiedziane). Wszelkie usiłowania pogodzenia tej sprzeczności dochodzą też do rezultatu, który zaledwie cień jakiś wspólnego prawa suorum pozostawia. Jeśli bowiem tak się argumentuje: Ojciec jest niezaprzeczenie wyłącznie dominus majątku, ale ponieważ majątek ten należy do ojca jako do głowy rodziny, więc tem samem w dominium ojca jest reprezentowane, a raczej w niem zawarte wspólne prawo suorum, za życia ojca beczynnie spoczywające, to takie idealne wspólne prawo da się wprowadzić abstrakcyjnie pomyśleć, ale w rzeczywistości jest niczem. To też i Hölder (str. 93) uznaje, że dotychczasowe sformułowania tego prawa suorum są piętą Achillesową całej tej teorii. To, że majątek należy do ojca jako do głowy rodziny znaczy, zdaniem naszym, w rzeczywistości tyle jedynie, iż majątek ten służy do zaspokojenia potrzeb nie tylko ojca ale także członków rodziny.

Jednym z silniejszych argumentów, przytaczanych przez zwolenników rzeczonyj teorii, ma być postanowienie, że sui nabywają dziedzictwo ipso iure, tymczasem ani Gaius, ani Paulus nie uprawniają do tego wniosku. Gaius tłumaczy owem quodammodo dominium to jedynie, dlaczego sui mają ab intestato pierwszeństwo przed innymi do spadku (unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum), a Paulus uzasadnia niem postanowienie co do dziedziczenia suorum w razie pominięcia w testamencie (hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt). A i to uwzględnić należy, że także servus, ustanowiony w testamencie domini, nabywał spadek ipso iure, a przecież o własnem prawie niewolnika na majątku domini nie mogło być wcale mowy. — Postanowienie, że pater familias, który w testamencie chciał ustanowić extraneum, musiał suum exheredare, przemawia raczej przeciw, jak za teorią w mowie będącą. Gdyby suus, jako suus, miał własne prawo na majątku rodzinnym, to tego prawa nie mógłby mu ojciec odjąć przez wydziedziczenie, bo wydziedziczony mimo to pozostawał suus, a z tem stanowiskiem musiałoby pozostawać nietknięte to prawo, które z niego samo przez się miało wynikać. Własne prawo suorum do dziedziczenia prowadziłoby tedy, co słusznie podnosi Schirmer (str. 166) do tego wniosku, że pater familias wcale nie mógł wydziedziczyć suum. Sam Paulus czyni sobie ten zarzut (L. 11. D. de lib. et post. 18. 2) i nie uchyla go wcale uwagą: „nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occi-

dziedziczenia. Umową dziedziczenia (Erbvertrag) zowie się umowa, mocą której jeden z kontrahentów ustanawia dziedzicze-

dere licebat,“ bo to że ojciec może zniweczyć suum, nie może posłużyć za argument tego, iż nie niweczając suitate, może zniweczyć prawa z nią samo przez się połączone.

Jeśli wreszcie dla poparcia teorii o wspólnem prawie suorum powołują się także na formułę wydziedziczenia: „exheres esto,“ argumentując, iż ten musiał być już poprzód heres, dominus, o kim należało wyrazić się ex heres esto, to argumentacją tę zbija znowu formuła: „heres esto,“ bo przecież z tą samą słusznością można powiedzieć, iż ten nie mógł być już poprzód heres, dominus, o kim, chcąc go mieć dziedzicem, należało się wyrazić: heres esto.

Obok wyłącznego dominium ojca nie było tedy miejsca dla wspólnego prawa suorum, a jeśli mimo to w przytoczonych ustępach całkiem stanowczo o tem jest mowa, że sui vivo patre quodammodo domini existimantur, to powiedzenie to może się odnosić jedynie do wspólności majątkowej pod względem materialnym. Majątek ojca służył na zaspokojenie potrzeb wszystkich członków rodziny, każdy członek rodziny miał faktycznie z majątku ojca te korzyści, jakieby miał z własnego majątku, azatem ze stanowiska materialnego zapatrywania całkiem trafnie rzecz można, iż sui w pewnem znaczeniu (quodammodo) t. j. właśnie z uwagi na materialne korzyści, które im majątek ojca przynosi, już za życia ojca uważają się („existimantur“ nie „sunt“) za domini majątku, że dalej ich dziedziczenie po ojcu przedstawia się ostatecznie jako zyskanie li wolnego zarządu tym majątkiem: (Paulus) Ita que post mortem patris non hereditatem percipere „videntur“, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.— Tak samo pojmują rzecz Mandry l. c. str. 22 sq., Ihering Geist d. röm. Rechts (2 wyd.) T. II/1 §. 32a. not. 324, tudzież Der Zweck im Recht I. str. 505, Köppen str. 4. not. 11. i §. 4. not. 1, tudzież Die Erbsch. str. 4. not. 3. Gaius i Paulus wypowiadają więc w przytoczonych ustępach co do suos podobne zapatrywanie, jakie ten sam Paulus wypowiada w L. 7. pr. D. de bonis damnator. 48. 20. co do dzieci (liberi) w ogóle, a Ulpian w L. 1. §. 12. D. de successio. edi. 38. 9. nawet co do rodziców (. . . parentibus liberisque . . . qui paene ad propria bona veniunt). Nic więcej nie wypowiadają też owe okolicznościowe wzmianki, które napotykaemy u pisarzy nieprawników. Cicero in Verrem II. 1. §. 113: Quibuscum vivi bona nostra partimur.— Plautus. Trinumus II. 48, gdzie syn mówi do ojca: De meo, nam quod tuum est, meum est, omne meum est autem tuum.— Plinius Panegyricus 37.

Z tego, co się powyżej powiedziało, wynika, że przyczyną dziedziczenia suorum po ojcu mogło być tylko powołanie przez te-

cem drugiego kontrahenta, lub kogoś trzeciego, lub też obydwoj siebie nawzajem. Dziedzic w ten sposób ustanowiony

stament lub postanowienie prawa, nie zaś własne ich prawo na majątku rodzinnym, za życia ojca istniejące, bo takie wspólne prawo wcale nie istniało. A już najmniej zrozumiałą jest opinia Köppena (§. 4. not. 1), który także twierdzi, że prawo suorum do dziedziczenia nie opierało się na woli spadkodawcy lub przepisie ustawy, lecz służyło im samo przez się, mimo że sam jest tego zdania, iż majątek za życia ojca należał do nich tylko w znaczeniu moralnem. Taki udział w majątku ojcowskim może być jedynie dla prawodawcy powodem do odszczególnienia kogoś pod względem powołania do spadku, ale sam przez się nie może stanowić przyczyny uprawnienia do dziedzictwa. Zresztą w kwestyi tej źródła są zupełnie po naszej stronie. Prawdą jest, na co się przeciwnicy z naciskiem powołują, że ustawa XII. tablic według swego brzmienia (not. 5) nie nadaje dopiero suis prawa do dziedzictwa ab intestato, lecz przypuszcza je jako rozumiejące się samo przez się, ale to dowodzi jedynie, że uprawnienie suorum do dziedziczenia po ojcu było już przed ustawą XII. tabl. w prawie rzymskiem stanowczo uznane, a w każdym razie uzyskało to prawo dawniejsze, przez powołanie się nań w ustawie XII. tabl. *implicite* sankcją prawa ustawowego, tak że odtąd prawo suorum do dziedziczenia ab intestato opierało się na przepisie tej ustawy. Tak też pojmują rzecz prawnicy rzymscy, a pomiędzy nimi także Gaius i Paulus. Gaius podając w L. 1. D. de hered. pet. 5. 3 wyczerpująco przyczyny dziedziczenia ze względu na jakichbądź dziedziców, a więc i ze względu na suos, zna ich tylko dwie: *Hereditas ad nos pertinet . . . vetere (iure) e lege duodecim tabularum vel ex testamento*, podobnie Ulpian w L. 2. pr. D. fami eriscu. 10. 2,— na wielu miejscach wyprowadzają źródła wyraźnie i niedwuznacznie prawo suorum do dziedziczenia ab intestato z przepisu *legis XII. tabularum (lub iuris civilis)* por. §. 1. I. de hered. quae ab intest. 3. 1, L. 6, L. 11. D. de suis et legit. 38. 16, L. 1. § 8. D. ad SCtum Tertullia. 38. 17, Gai. III. 9. (arg. ex eadem lege), Ulpian XXVI. 1, Paulus R. S. IV. 8. §. 3, *Collatio XVI. cap. 2. §. 1, cap. 3. §. 3, cap. 5*,— wyrażają się o nich *ad hereditatem vocantur*, §. 6. I. de hered. quae ab intest. 3. 1,— a wreszcie nazwy *hereditas legitima* (sc. ex lege), *heres legitimus* obejmują także suos, por. L. 6, L. 11. D. de suis et legit. 38. 16, L. 2. pr. D. unde legi. 38. 7, L. 2. §. 14. D. ad SCtum Tertul. 38. 17, L. 89. D. de R. I. 50. 17, L. 3. §. 2. D. pro socio 17. 2, L. 7. pr. D. si tab. test. nul. 38. 6, L. 11. C. de inof. test. 3. 28, Ulpian *titulus XXVI. napis*,— podobnie nazwa *bon. pos. unde legitimis* stosuje się także do suos. Z tych ustępów oka-

jest podobnie jak dziedzic testamentowy powołany do spadku, wolą spadkodawcy, tylko że tu oświadczenie spadkodawcy jest przyjęte przez stronę drugą i z tego powodu nie może być cofnięte jednostronnie, gdy przeciwnie testament każdej chwili jednostronnie odwołany być może. Takie krępowanie się spadkodawcy pod względem swej ostatniej woli uważali Rzymianie za przeciwnie dobrym obyczajom — *contra bonos mores* — i z tego powodu prawo rzymskie nie uznawało umowy dziedziczenia, uważała ją za nieważną.¹¹⁾ Z tego powodu nieważną była także umowa, mocą której spadkodawca zobowiązał się do ustanowienia pewnej osoby swym dziedzicem w testamencie.¹²⁾ Od umowy dziedziczenia na-

zuje się oraz, że mylną jest uwaga Schirmera (§. 5. not. 1), którą przyjmuje Danz (II. §. 170), jakoby w źródłach nazwa *hereditas legitima* z reguły oznaczała sukcesyą ab intestato z wyłączeniem *suorum*. Przeciwnie *legitimum heredes* przeciwstawiają źródła *heredi suo*, o ile wiemy, prócz Paulusa R. S. IV. cap. 8. §. 22. (24), tylko w napisach odnośnych tytułów w *corpus iuris civilis*, a że i to przeciwstawienie nie pochodzi ztąd, jakoby *sui* nie byli *legitimi* (sc. *ex lege XII. tab.*) *heredes* (o co potraça także Windscheid III. §. 529. not. 5), tego dowodzą przytoczone ustępy z tych samych tytułów i Paulusa. *Sui* zajmowali w sukcesyi ab intestato wybitne stanowisko, ich dziedziczenie miało w ogóle pewne wyłączne cechy i ztąd pochodzi, iż źródła w napisach tytułów z pomiędzy *heredes legitimi* osobno podnoszą *suos*. — Że zaś w ogóle dziedziczenie *suorum* miało pewne odrębne właściwości, tłómaczy się ich odrębnym stanowiskiem w rodzinie, na co i Esmarch główny nacisk kładzie. Odrębne stanowisko *suorum* w rodzinie, odrzucając wszelką frazeologią, polegało zaś na tem, że przez nich utrzymywała się ciągłość *familiae*, która jak z jednej strony była naturalnym, tak z drugiej koniecznym porządkiem rzeczy (por. do not. 1). Ale to stanowisko *suorum* w rodzinie nie nadawało im samo przez się prawa do majątku, lecz było jedynie przyczyną odmiennych co do nich przepisów prawa.

¹¹⁾ L. 15. C. de pact. 2. 3, L. 5. C. de pact. conv. 5. 14. Por. §. 16. not. 12.

¹²⁾ L. 52. §. 9. D. pro socio 17. 2: . . . nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit. L. 34. (33) C. de transact. 2. 4, L. 4. C. de inut. stipu. 8. 38. (39), L. 61. D. de V. O. 45. 1: *Stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non feceris, tantum dare spondes?“ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.* — Co do L. 19. C. de pact. 2. 3.

leży odróżnić umowę o dziedzictwo (*pactum de hereditate tertii viventis*), t. j. umowę (n. p. sprzedaż, darowiznę), której przedmiotem jest dziedzictwo, jednemu lub obydwom z kontrahentów po kimś trzecim jeszcze żyjącym przypaść mające. Umowa taka była wtedy nieważna, jako przeciwna dobrem obyczajom, jeśli jej przedmiotem było dziedzictwo oznaczonej trzeciej osoby, chyba że ta przyzwoliła na tę umowę, co jej jednak wcale nie zobowiązywało do ustanowienia odnośnego kontrahenta swym dziedzicem.¹³⁾ Jeżeli zaś strony miały na względzie nie dziedzictwo po pewnej trzeciej osobie, lecz w ogóle dziedzictwa, któreby po kimkolwiek bądź jednej z nich w przyszłości przypaść miały, natenczas umowa była ważna,¹⁴⁾ podobnie jak każde inne *pactum spei*.¹⁵⁾

Pod względem wzajemnego stosunku pomienionych dwóch przyczyn dziedziczenia obowiązywała zasada: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*,¹⁶⁾ t. z. obok dziedziców testamentowych nie mogą dziedziczyć dziedzice beztestamentowi. Według tej kardynalnej zasady rzymskiego prawa spadkowego, nieznanego prawodawstwom nowszym, wykluczał więc testament ważny samym swoim bytem, bez względu na swą osnowę dziedziców beztestamentowych, t. j. tych dziedziców, których

i wyjątku później dopiero przez Leona Now. 19. wprowadzonego por. Schirmer §. 5. not. 7.

¹³⁾ L. 2. §. 3. D. de his quae ut indi. aufe. 34. 9, L. 29. §. 2, L. 30. D. de donation. 39. 5, L. ult. C. de pact. 2. 3, L. 2. C. Theo. fami. hercise 2. 24. — Kontrahent, który bez przyzwolenia tej trzeciej osoby rozporządził już naprzód jej dziedzictwem, utracił nadto to dziedzictwo jako *indignus*, gdy mu takowe później w samej rzeczy przypadło.

¹⁴⁾ L. 3. §§. 1. 2, L. 73. D. pro socio 17. 2, L. 10—12. D. de hered. v. act. vendi. 18. 4.

¹⁵⁾ Do kwestyi powyższej o umowach, dotyczących się dziedzictwa, por. mianowicie Schirmer §. 5. do not. 3 sq., Köppen §. 4. not. 47 i 49, Rosshirt Einleitung str. 27 sq., Vangerow II. §. 396.

¹⁶⁾ L. 7. D. de R. I. 50. 17: *Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.* §. 5. I. de hered. inst. 2. 14, Cicer. de invent. II. c. 21.

ustawa powoływała właśnie w przypadku, gdy spadkodawca zmarł intestatus. Reguła ta powstała, jak się zdaje, w skutek dosłownej interpretacji legis XII. tab., która powoływała dziedziców ab intestato w przypadku: „si intestato moritur“, kto zaś pozostawił testament ważny, ten nie był intestatus, chociażby nie rozporządził całym swoim mieniem.¹⁷⁾ Praktyczną doniosłość miała zaś ta zasada szczególnie wtedy, gdy spadkodawca rozporządził w testamencie tylko częścią spadku, w takim razie bowiem reszta spadku przypadała także dziedzicom, ustanowionym w testamencie, a nie dziedzicom beztestamentowym, chociażby nawet testator wyraźnie oświadczył, iż ustanowieni mają otrzymać tylko części dla nich wyznaczone.¹⁸⁾ Wyjątek od tej reguły stanowiły jednakże według prawa z czasów cesarstwa testamenta wojskowych. O dziedziczeniu po wojskowym rozstrzygała jedynie wola spadkodawcy, jeżeli więc wojskowy rozporządził w swym testamencie tylko częścią spadku, reszta przypadała dziedzicom ab intestato (miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus), chyba że było jego wolą, by i tę resztę otrzymali dziedzice testamentowi.¹⁹⁾ Natomiast nie było to wyjątkiem od rze-

¹⁷⁾ Por. Thibaut Civil. Abhandlungen N. V. str. 65—78, Ihering Geist. d. röm. Rechts (2 wyd.) II/2 str. 441, Brinz (1 wyd.) str. 771, Schmidt Das formel. Recht der Notherben str. 1. not. 3, Mommsen Entwurf eines deut. Reichsgesetzes über d. Erbrecht nebst Motiven str. 144. ad §. 17, Rivier §. 4. str. 24 sq. — Właściwa przyczyna pomienionej reguły jest nadzwyczaj sporna i pod tym względem pojawiły się rozmaite w nauce opinie. Por. Schirmer str. 52 sq. i autorów tamże w nocie 17 zacytowanych, prócz tego: Köppen str. 273 sq., Kuntze Curs. (2 wyd.) §. 833, Keller Pandek. §. 460, Sintenis III. §. 172. not. 9, Hölder Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechtes N. IX, Mainz III. str. 204 sq., M. Massol De la règle nemo pro parte testatus etc. str. 6 sq., Zielonacki Pand. §. 352.

¹⁸⁾ Przeciwno opinii Mühlenbrucha w Glück'a Com. T. 40. str. 165 i Sintenisa III. str. 395, iż w razie pomienionego wyraźnego zastrzeżenia testament w całości jest nieważny i następuje sukcesya ab intestato, przemawia analogia institutionis ex certa re. Por. Köppen §. 4. not. 18 i Vangerow II. §. 397. — Pon. §. 25. not. 8.

¹⁹⁾ §. 5. I. de hered. instit. 2. 14: . . . nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. L. 37. D. de

czonej reguły,²⁰⁾ iż obok dziedziców testamentowych dziedziczyli nieraz dziedzice przeciwtestamentowi,²¹⁾ ponieważ

testam. mil. 29. 1: . . . nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem. L. 6. D. eod., L. 19. §. 2. D. de castr. pecu. 49. 17, L. 1. 2. 3. C. de testa. mili. 6. 21. — O uprzywilejowaniu stanowisku wojskowych w prawie spadkowym w ogóle por. Kuntze *Cursus* (2 wyd.) §. 927 sq., Mühlenbruch w Glück'a *Com.* T. 42. str. 19 sq., Rosshirt *Testam. Erbr.* I. str. 477 sq., Keller *Pand.* §. 499, Donellus *Comm. de iur. civ. lib.* VI. cap. 28. — Dwa głównie względy powodowały Imperatorów do udzielania militibus mnogich przywilejów. Najpierw potęga Imperatorów opierała się głównie na wierności wojska, naturalnym więc było, że za pomocą rozmaitych ustępstw starali się przywiązać wojsko do siebie. Powtóre w czasach Imperatorów powstały wojska stałe, u wojskowych więc, których jedynym zatrudnieniem było wojowanie, a nie spokojna obywatelska czynność, którzy nadto rekrutowali się przeważnie z warstw niższych, nieoświeconych, nie można było przypuszczać tego doświadczenia w stosunkach prawnych, jakie posiadali milites republikańscy, którzy byli przedewszystkiem obywatelami, a tylko czasowo pełnili służbę wojskową. Imperitia, simplicitas militum była więc drugim powodem zwolnienia ich od powszechnie obowiązujących przepisów. — W prawie przedjustyniańskim służyły przywileje w zakresie prawa spadkowego wojskowym jako takim, jako osobnemu stanowi. Justynian zaś ograniczył je do tego przypadku, gdy miles sporządzał testament in expeditione. L. 17. C. de test. mil. 6. 21. (pon. §. 18. not. 10 sq.). To ograniczenie tyczy się nietylko przywilejów co do formy, ale także co do osnowy testamentu. Por. Mühlenbruch l. c. str. 45 sq., Keller l. c. do not. 3, Kuntze l. c. §. 964. do not. 3. Cf. §. 932. po nocie 7. — W tem też znaczeniu, ścięśnionem co do swej doniosłości, należy brać w prawie Justyniańskim wszelkie te przywileje wojskowych, o których w toku wykładu będzie mowa.

²⁰⁾ Toż samo nie było to wyjątkiem (jak sądzą Teweš I. str. 53, Fitting *Das peculium castrense* str. 212. not. 17), że spadkodawca filius familias obok dziedziców testamentowych co do peculium castrense resp. quasi castrense mógł mieć dziedziców beztestamentowych co do bona adventitia, nie było wyjątkiem z powodu, iż to były dwa odrębne majątki, które podlegały osobnym prawidłom, mianowicie filius familias nie mógł sporządzić testamentu co do bona adventitia. (§. 12. not. 21 i 24). O testatorze nie można tu było powiedzieć, iż zmarł tylko pro parte testatus, gdyż o ile wolno mu było sporządzić testament, o tyle rozporządził całem swem mieniem. Por. Köppen §. 4. do not. 26, Schirmer §. 5. not. 24 in fin.

²¹⁾ O tem będzie mowa na właściwem miejscu.

reguła ta nie wykluczała w ogóle dziedziców, powołanych przez postanowienie prawa, od dziedziczenia obok dziedziców testamentowych, lecz wykluczała jedynie konkurencyą dziedziców testamentowych i dziedziców, powołanych przez prawo własnie pod warunkiem braku ważnego testamentu. To tylko uważano za nie dające się loicznie ze sobą pogodzić (earumque rerum naturaliter inter se pugna est), by ktoś był równocześnie testatus et intestatus.²²⁾

Powołanym do spadku, t. j. uprawnionym do dziedziczenia na mocy testamentu lub przepisu prawa nie można być wcześniej, jak dopiero w chwili śmierci spadkodawcy (§. 5); z reguły następuje też zaraz w tej chwili powołanie do spadku. Śmierć spadkodawcy otwiera spadek i w tejże samej chwili przypada dziedzictwo osobie wskazanej przez testament lub przepis prawa, ona jest do spadku powołana — hereditas defertur. Otwarcie spadku i przypadnięcie dziedzictwa czyli powołanie do spadku schodzą się zatem w jednej chwili i wszystkie te wyrazy mają to samo znaczenie.²³⁾ Śmierć spadkodawcy jest jednak tylko z reguły chwilą powołania dziedzica, w niektórych przypadkach następuje to powołanie dopiero w chwili późniejszej.

²²⁾ *Zielonacki* Pand. II. str. 636 in fin. — Niektórzy wysnuwają z L. 19. §. 2. D. de cast. pecul. 49. 17. wniosek, iż reguła w mowie będąca brzmiała właściwie: nemo ab initio pro parte etc. i tem tłumaczą dopuszczalność konkurencyi dziedziców testamentowych i przeciwtestamentowych, por. jednak *Köppen* §. 4. not. 27, *Schirmer* §. 5. not. 25, *Vangerow* §. 397. — Inaczej znowu tłumaczy to *Beckhaus* §. 5. not. 5.

²³⁾ O chwili przypadnięcia spadku, t. j. powstania prawa do dziedzictwa, wyrażają się źródła technicznie: hereditas defertur, z czego utworzono w nauce wyraz: delatio hereditatis. To samo pojęcie oddajemy wyrazami: otwarcie spadku, przypadnięcie spadku lub powołanie do spadku. (Por. *Zielonacki* II. §. 352, *Maciejowski* II. §. 195, *Louis* str. 21 sq.). Wyraz: „powołać“ do spadku odpowiada źródłowemu „vocare“ ad hereditatem. Por. n. p. *Gai.* I. 165. 169, II. 35. 167, III. 10. 17. 36, *Ulp.* XXVI. 1, §. 6. I. de hered. quae ab int. 3. 1, L. 6. D. de suis et leg. hered. 38. 16, (testator vocat) L. 65. (63) §. 7. ad Sctum. *Trebel.* 36. 1, L. 88. §. 6. D. de leg. II. i inne. Niemcy używają także, z wyjątkiem kilku autorów (*Puchta* Vorl. §. 448—450, *Köppen* §. 4) wyrazu: powołanie (*Berufung*) w znaczeniu delatio hereditatis.

Mianowicie: 1) Dziedzic testamentowy, ustanowiony pod warunkiem zawieszającym lub jako substytut, jest powołany dopiero w chwili, gdy warunek się ziścił, a względnie gdy odpadł dziedzic przed nim powołany.²⁴⁾ 2) Powołanie dziedzica beztestamentowego następuje w czasie późniejszym, jeżeli spadkodawca pozostawił testament, który dopiero później utracił moc prawną,²⁵⁾ lub jeżeli chodzi o dalszych krewnych spadkodawcy, którzy są powołani dopiero w chwili, gdy bliżsi krewni, do spadku powołani, odpadli.²⁶⁾ 3) W przypadku, gdy spadkodawca w testamencie pominął postumum suum, pozostawało powołanie dziedziców w ogóle w zawieszeniu aż do chwili i wyniku porodu, ponieważ do tego czasu było niepewnem, czy do spadku będą powołani dziedzice na mocy testamentu lub na mocy przepisów prawa.²⁷⁾ — Mylnem jest natomiast zdanie,

²⁴⁾ Arg. L. 50. (49) §. 1, L. 60. (59) D. de hered. instit. 28. 5, §. 4. I. de hered. qual. et diff. 2. 19. Cf. L. 3. §. 1. D. de her. instit. 28. 5. Por. Mühlénbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 128 sq., Köppen §. 5. not. 56.

²⁵⁾ L. 9. §. 2. D. de lib. et postu. 28. 2: ... erit (nepos) legitimus heres, quoniam haec verba „si intestato moritur“ ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur. L. 7. pr. D. si tab. test. nul. 38. 6, L. 1. §. 8. D. de suis et leg. 38. 16, L. 6. pr. D. de iniu. rup. 28. 3, §. 7. I. de here. quae ab int. 3. 1, Paul. R. S. IV. 8. §. 11. — Por. Kriég Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt str. 4 sq., Tewes w Zeit. f. d. Priv. u. öffen. Recht T. IX. str. 139 sq.

²⁶⁾ Jeżeli tym bliższym, który w przytoczonych przypadkach (jako institutus lub proximus ab intestato) powodował odroczenie powołania następnych dziedziców, był nasciturus (L. 3. D. si pars hered. pet. 5. 4, L. 30. §. 1. D. de A. v. O. H. 29. 2, L. 1. §. 8. D. unde cogn. 38. 8, L. 3. §. 9. D. de suis et leg. 38. 16), a później matka porodziła dziecko nieżywe lub abortum, to i w takim razie, jakkolwiek ex post okazało się, iż nie było żadnego bliższego dziedzica, chwilą powołania dla innych dziedziców była chwila porodu, t. j. chwila, w której ów nasciturus jako nieżywy lub abortus odpadł, a nie chwila śmierci spadkodawcy. Por. o tem Kriég l. c. mianowicie str. 29 sq., Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. II. str. 203. not. 23.

²⁷⁾ L. 84. D. de A. v. O. H. 29. 2: Ventre praeterito quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. Por. jednak pon. §. 9. not. 42. lit. a.

że w skutek postanowienia legis Iuliae et Papiae Poppaeae (z czasów Augusta) dziedzic voluntarius, ustanowiony w testamencie do części spadku (ex parte), był powołany dopiero post apertas tabulas,²⁸⁾ gdyż z owej lex wynikało jedynie, iż tego rodzaju dziedzic nie mógł przyjąć dziedzictwa przed otwarciem testamentu, czas powołania podlegał zaś i w tym przypadku zwykłym regułom.

Powołaną do dziedzictwa może być tylko osoba, która istniała w chwili śmierci spadkodawcy, a jeżeli powołanie

²⁸⁾ Tego zdania są ze względu na L. un. C. de cad. toll. 6. 51, L. 3. C. de iure delib. 6. 30, Ulp. XVII. 1, XXIV. 31, Paul. R. S. III. cap. 6. §. 7, mianowicie: Müller §. 179. not. 35. c, Vering Geschi. u. Pan. §. 266. I, tudzież Erbrecht str. 282, Mayer str. 322, Huschke Zeit. f. Civ. u. Process. now. pocz. T. IX. str. 113 sq., Rivier §. 5. l. 3, Machelard Dissertation sur l'acroissement str. 56. 207 sq. — Por. jednak Vangerow Archiv f. civ. Pra. T. 25. str. 445 sq., Brinz (1 wyd.) str. 820 sq. — Przeciwno tej opinii przemawia najsilniej ta okoliczność, iż według Ulpiana (XVII. 1) dziedzic testamentowy, utracający ante apertas tabulas zdolność dziedziczenia, utracą tem samem prawo do schedy, taki zaś skutek ma utrata zdolności tylko wtedy, gdy zajdzie w czasie po powołaniu do spadku, gdy przeciwnie brak zdolności w czasie między sporządzeniem testamentu a chwilą delacyi nie szkodzi dziedzicowi (pon. not. 30). Przytoczone powyżej źródła mówią też wyraźnie o odroczeniu aditionis, nie delationis hereditatis, a jeśli według nich dies legati cedit dopiero post apertas tabulas, to postanowienie to ma swoją przyczynę we właściwym, od delacyi hereditatis odmiennem znaczeniu dnia, quo legatum cedit i nie może być stosowane do dziedzictwa. Zapisobierca nabywa w dniu, quo legatum cedit, tak stanowiące prawo do zapisu, iż w razie śmierci po tym dniu, zapis przechodzi na jego dziedziców, jeśli więc według lex I. et P. P. ze względów fiskalnych nabycie pozostawionego nie miało być dopuszczone przed otwarciem testamentu, to cel ten mógł być przy zapisach osiągnięty tylko przez odroczenie dnia, quo legatum cedit, do czasu otwarcia testamentu, gdy przeciwnie co do dziedzictwa wystarczało odroczyć tylko aditionem hereditatis, gdyż dziedzic w skutek samego powołania nie wchodził w stanowiący związek z dziedzictwem, owszem skutki powołania gasły z chwilą jego śmierci, zaszłej przed przyjęciem dziedzictwa. Przepis powyższy, wynikający z lex I. et P. P. miał zatem to tylko znaczenie, iż dziedzic powołany nie mógł swego prawa do dziedzictwa, nabytego w skutek powołania, wykonać przez przyjęcie spadku przed otwarciem testamentu.

następuje dopiero później, potrzebny jest byt osoby także w tej późniejszej chwili. Nie jest tedy powołanym do spadku: *a)* kto w chwili śmierci spadkodawcy jeszcze nie istniał przynajmniej w początku (§. 3. III), *b)* kto zmarł przed spadkodawcą, lub wprawdzie przeżył spadkodawcę, ale nie dożył czasu, w którym miało nastąpić powołanie.²⁹⁾

Powołanym może być dalej tylko ten, kto ma zdolność dziedziczenia (§§. 3 i 14). Zdolność tę winien mieć dziedzic w chwili powołania, a dziedzic testamentowy nadto w chwili sporządzenia testamentu. Kto w rzeczonych chwilach nie ma zdolności dziedziczenia, ten nie jest wcale powołany do spadku, chociażby był ustanowiony w testamencie, lub należał do tych osób, które według postanowienia prawa mają mieć prawo do dziedzictwa. Natomiast utrata zdolności w czasie między sporządzeniem testamentu a chwilą powołania nie szkodzi dziedzicowi testamentowemu (*media tempora non nocent*), jeśli ją tylko zyskał napowrót i miał w chwili nastąpić mającego powołania.³⁰⁾

§. 7.

3. Przyjęcie dziedzictwa.

Powołanie do spadku nie czyni z reguły powołanego dziedzicem, lecz tylko uprawnia go do nabycia dziedzictwa, nadaje mu prawo do dziedzictwa. Powołanie ma to znaczenie, iż w skutek niego otwiera się dla powołanego możliwość prawna nabycia dziedzictwa, ale jej urzeczywistnienie zależy z reguły od woli powołanego (*heres „voluntarius“*).

²⁹⁾ L. un. C. de cad. tol. 6. 51, L. 59. §. 6. D. de hered. instit. 28. 5, L. 45. §. 1. D. de vul. et pup. subst. 28. 6, L. 9. D. de suis et legi. 38. 16.

³⁰⁾ L. 50. (49) §. 1. D. de hered. instit. 28. 5: *In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio . . . et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat . . . medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet.* L. 6. §. 2, L. 60. (59) §. 4. D. eod. . . . *idem et in legatis et in bonorum possessionibus, §. 4. I. de hered. qual. et diff. 2. 19. — Por. jednak §. 23. not. 28.*

„Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi“ (L. 151. D. de V. S. 50. 16).¹⁾ Do istotnego nabycia dziedzictwa potrzeba więc jeszcze oświadczenia woli przyjęcia spadku ze strony powołanego. Dopiero to oświadczenie czyni go dziedzicem, nadaje mu prawo dziedzictwa; delatio przechodzi w *acquisitio hereditatis*. Przyjąć dziedzictwo może tylko ten powołany, który w chwili oświadczenia swej woli ma zdolność dziedziczenia. Zdolność ta jest więc potrzebną w chwili powołania i od-tąd nieprzerwanie aż do chwili przyjęcia (objęcia) spadku, a dziedzic testamentowy winien mieć tę zdolność, jak się to już powiedziało, także w chwili sporządzenia testamentu.²⁾

Od reguły, iż powołanie nadaje tylko prawo do nabycia dziedzictwa, są jednak wyjątki. Niektóre osoby, t. zw. *necessarii heredes*³⁾ stają się dziedzicami już przez to samo, iż są powołane, nabywają dziedzictwo zaraz w chwili powołania *ipso iure*, t. j. bez oświadczenia swej woli, a na-

¹⁾ Nadając tylko możność nabycia majątku (*facultatem adquirendi*), ale nie sam majątek, ma wprawdzie prawo do dziedzictwa pewien charakter majątkowy, ale nie należy do praw majątkowych. Por. Köppen str. 257 sq., Brinz I. (2 wyd.) str. 450. do not. 27, Kuntze *Cursus*. (2 wyd.) §. 845. do not. 4, Mayer §. 1. not. 1. — Innego zdania są Schirmer str. 1. not. 1a., Czyhlarz *Zeitsch. f. Privat. u. öff. Recht* VI. str. 622, *Źródłowski* II. str. 185.

²⁾ L. 50. (49) §. 1. D. de hered. inst. 28. 5: . . . Hoc amplius et quum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. L. 1. §. 4. D. ad SC. Tertullia. 38. 17. — Por. §. 6. not. 30.

³⁾ Gai. II. 157, §. 2. I. de hered. qual. 2. 19: *Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt.* — Nazwę *necessarii heredes* stosują źródła jedynie do dziedziców, nabywających spadek *ipso iure*, nie należy jej zatem łączyć z nazwą dziedzic konieczny, używaną szczególnie przez Niemców (*Notherbe*) do oznaczenia dziedziców, których spadkodawca winien uwzględnić w swym testamencie. Por. §. 6. str. 70.

wet mimo swej woli. Co do nich więc powołanie i nabycie dziedzictwa łączą się w tym samym czasie.⁴⁾

O nabyciu dziedzictwa wyrażają się źródła: Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.⁵⁾ Reguła ta nie ma znaczenia fikcyi prawnej, stanowiącej, że nabycie dziedzictwa działa wstecz, t. z. że późniejsze nabycie dziedzictwa ma być tak uważane, jak gdyby nastąpiło natychmiast w chwili śmierci spadkodawcy, jak gdyby już w tej chwili dziedzic był podmiotem majątku pozostałego,⁶⁾ reguła ta wyraża to jedynie,

⁴⁾ Z powodu, że heredes necessarii nabywają dziedzictwo natychmiast ipso iure, twierdzi Köppen str. 253, że co do nich nie może być wcale mowy o powołaniu (delatio) do spadku. Podobnie Quaritsch §. 298, a z innego punktu wyjścia (por. §. 6. not 10) także Brinz II. (1 wyd.) §. 192. — Zdanie to nie jest trafne. Wprawdzie heredes necessarii stają się dziedzicami zaraz w chwili powołania, tak że owa możność prawna nabycia dziedzictwa, wynikająca z powołania, co do nich w tej samej chwili przechodzi w rzeczywiste nabycie, nie jest w przestrzeni czasu momentem samoistnym, ale zawsze to nabycie jest skutkiem owej, przez powołanie powstałej i w samym nabyciu uwidoczniającej się możliwości nabycia. (Zielonacki Pand. §. 352). Stosowaniu pojęcia delationis do heredes necessarios nie sprzeciwia się też wcale zacytowana w tekście L. 151. D. de de V. S. 50. 16, bo ta ma widocznie regułę na względzie (por. Donellus Com. lib. VI. cap. 3. §. 3, Windscheid III. §. 594. not. 1), czego dowodzą ustępy źródeł, mówiące wyraźnie o delacyi hereditatis ze względu nasuos (necessarios). Por. L. 3. pr. D. de suis et legitimi. 38. 16, L. 8. C. de iure delib. 6. 30, Paul. R. S. IV. cap. 8. §. 3, Coll. XVI. cap. 3. §. 3, cap. 5.

O heredes necessarii będzie szczegółowo mowa na właściwym miejscu.

⁵⁾ L. 54. D de adq. v. omit. her. 29. 2, L. 138. pr., 193. D. de R. J. 50. 17, L. 28. §. 4. D. de stipul. serv. 45. 3.

⁶⁾ Taką fikcyą prawną przyjmują Savigny Syst. II. str. 363, Ihering Abhandlun. aus dem röm. Recht III. str. 167 sq., tudzież Jahrb. f. Dog. T. 10. str. 409 sq., Scheurl Beiträge I. str. 49 sq., Rivier §. 7. I, Zielonacki §. 347, Maciejowski II. §. 195, Louis str. 40. Lecz ściśle przeprowadzenie tego rodzaju fikcyi (uznają to Ihering str. 177 sq., Scheurl, str. 53 sq.) prowadziłoby do tej konsekwencyi, iż pewne faktae które podczas bezdziedziczności spadku (hereditas iacens) ze względu na dziedzictwo zrodziły pewien skutek prawny, lub nie

iż dziedzic wstępuje w miejsce spadkodawcy wprost i bezpośrednio, jest jego bezpośrednim następcą, że zatem władztwo dziedzica wśród odziedziczonego majątku, chociaż co do czasu pocznie się później, co do rzeczy samej łączy się tak wprost z władztwem spadkodawcy, jak gdyby dziedzic nabył spadek zaraz w chwili jego zgonu.⁷⁾ Teoretyczne to sformułowanie bezpośredniości następstwa było niezawodnie wywołane względami praktycznymi, i w samej rzeczy prawnicy rzymscy posiłkowali się pomienioną regułą w celu uzasadnienia ważności umów, zawartych przez niewolnika spadkowego wprost dla przyszłego dziedzica,⁸⁾ chociaż nie wszyscy podzielali to zapatrywanie (*quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit*). W *digestach* Justyniańskich znalazły miejsce obydwie zapatrywania, można je jednak pogodzić w ten sposób, iż w prawie Justyniańskiem umowa była ważną, jeżeli ją niewolnik zawarł dla przyszłego dziedzica w ogóle, nieważną, jeśli ją zawarł w imieniu pewnego przyszłego dziedzica.⁹⁾

Przymiot dziedzica, zyskany przez nabycie dziedzictwa,

mogły go zrodzić, musiałyby być wstecz uznane za bezskuteczne lub odwrotnie za skuteczne, gdyby miały takie znaczenie, przypuściwszy nabycie dziedzictwa w chwili śmierci spadkodawcy. Tej konsekwencji źródła nie uznają, owszem przeczą jej stanowczo. Por. Schirmer str. 69 sq., Arndts §. 521. not. 1, Köppen *Die Erbschaft* str. 123 sq. i w *Jahrb. f. D. T.* 5. str. 181 sq. Köppen zmienił wprawdzie swoje zdanie (*Jahrb. f. Dog. T.* 11. str. 205 sq.), ale dawniejsze jego krytyczne uwagi uważamy za trafniejsze. — O innem jeszcze pojmowaniu znaczenia pomienionej reguły por. Puchta *Vorlesungen* §. 450 w końcu, Windscheid *krit. Ueberschau* I. str. 198 sq., Vering *Erbr.* str. 85. not. 2.

⁷⁾ Por. Schirmer str. 67 sq., Unger §. 6. not. 4, Mommsen *Entwurf* str. 138.

⁸⁾ Innych przypadków zastosowania tej reguły nie podają źródła. Inaczej sądzi wprawdzie Ihering l. c. str. 168 sq. i częścią Scheurl l. c. str. 56 sq., ale por. Köppen *Erbschaft* str. 134 sq., Schirmer §. 6. not. 11, Pernice *Labeo* I. str. 369 sq.

⁹⁾ L. 28. §. 4, L. 35. D. de stipul. serv. 45. 3. — L. 16, 18. §. 2. D. eod., L. 27. §. 10. D. de pact. 2. 14. — Por. pow. §. 4. not. 29.

pozostaje dziedzicowi na zawsze: Semel heres, semper heres,¹⁰⁾ co się tem tłómaczy, iż fakt wstąpienia w miejsce spadkodawcy jako podmiot ogółu pozostałości odstać się nie może. Dziedzictwo nabyte może dziedzic utracić, ale tego nie można już odmienić, że on stał się dziedzicem, to jest dla siebie w chwili nabycia dziedzictwa faktem skończonym. Z tej prostej prawdy wysnuło prawo rzymskie doniosłe konsekwencye, wyjmując jednak z pod nich testamenta wojskowych.¹¹⁾

§. 8.

Usucapio pro herede.*)

Obok zasady, przyznającej prawo do dziedzictwa tym jedynie osobom, które były powołane przez testament lub

¹⁰⁾ L. 89. (88) D. de hered. insti. 28. 5.

¹¹⁾ Przedstawiony ogólny pogląd na warunki dziedziczenia wskazuje oraz porządek dalszego wykładu. Najpierw będzie mowa o powołaniu do spadku w szczególności, potem o nabyciu dziedzictwa, a wreszcie o skutkach prawnych nabycia.

*) Gaius II. 52—58, III. 201. Tit. D. 41. 5. Pro herede vel pro possessore. Tit. C. 7. 29. De usucapione pro herede. Tit. D. 47. 19. Expilatae hereditatis. Tit. C. 9. 32. De crimine expilatae hereditatis. — Z licznych rozpraw o tym przedmiocie wymieniamy tylko ważniejsze z czasów po znalezieniu Instytucyi Gaia: Peucerus De usucapionis pro herede natura. Rosshirt w Archiv f. civ. Praxis T. IX. N. 1. Fitting tamże T. 52. N. 9. Huschke Zeit. f. gesch. Rechtswis. T. 14. str. 146 sq. Scheurl Beiträge zur Bear. d. röm. R. N. 2 i 15. Unterholzner (ed. Schirmer) Ausführliche Erläuterung d. ges. Verjährungslehre T. I. §§. 106 i 107. Arndts Gesam. civil. Schriften T. 1. N. 12, T. 2. N. 47. str. 358 sq. Schirmer Die Grundidee der Usucapion im röm. Recht str. 53 sq. Leist w Glück'a Comm. Ser. 37 et 38. T. I. str. 164 sq. Heimbach w Weiske'go Rechtslexicon T. XII. str. 442 sq. Levy w Zeit. f. Civ. u. Pro. T. 19. str. 347 sq. Hölder Beiträge zur Bearbeitung des römi. Erbrechtes N. VII. i VIII. Célice De l'usucapion et de la prescription en matiere d'herédité en droit romain. Wies Thèse pour le doctorat str. 99 sq. Zielonacki *Drei Abhandlungen aus dem röm. Rechte* str. 1—44. *Nauka o posiadaniu i zasiedzeniu własności* str. 193 sq. i *Czasopismo poświęcone prawu i umiejętnościom politycznym z r. 1863*

przez ustawę (§. 6), obowiązywała w starożytnym prawie inna jeszcze zasada, według której i ten mógł stać się dziedziecem, kto do spadku wcale nie był powołany.¹⁾ Po śmierci spadkodawcy, jak długo dziedzic powołany nie wszedł jeszcze w posiadanie rzeczy spadkowych, wolno było każdemu, chociaż niepowołanemu do spadku, brać rzeczy spadkowe w posiadanie w celu dziedziczenia po zmarłym,²⁾ a jeśli je posiadał nieprzerwanie przez rok cały, nabywał przez to nietylko własność na tych rzeczach, ale stawał się oraz dziedzicem spadkodawcy,³⁾ był więc także obowiązany do

str. 711 sq. Dziembowski De bona fide in usucapione str. 20 sq. — Z dzieł obejmujących wykład całego prawa rzymskiego wymieniamy szczególnie: Keller Institutionen §. 274. Brinz (2 wyd.) I. str. 620 sq. Maynz I. str. 743 sq., III. str. 509 sq.

¹⁾ Usucapio pro herede w swem starożytnym znaczeniu, jako osobny rodzaj dziedziczenia bez powołania do spadku, znaną jest nam dopiero od czasów znalezienia Instytucyi Gaia (1816). Już w czasach Gaia była ta usucapio instytucją przestarzałą („olim“), a początki jej sięgają, jak się zdaje, w czasy przed nadaniem ustawy XII. tablic, tak że przepis tej ustawy: fundi biennium ceterarum rerum annus usus auctoritas esto, służył tylko za podstawę do stałego oznaczenia czasu trwania tego rodzaju posiadania. Por. Huschke l. c. str. 47, tudzież w krit. Jahrbü. f. deut. Rechtswissenschaft (Richter et Schneider) T. V. (1839) str. 11, Esmarch str. 153. — Leist sądzi przeciwnie (str. 167), że usucapio pro herede powstała dopiero w czasach po nadaniu ust. XII. tab., a Rudorff (w dodatku do Savigny'ego Besitz 7. wyd. str. 596) uważa ją za późniejszy wytwór prawników.

²⁾ Huschke (str. 149. 166), Scheurl (N. 2. str. 95, N. 15. str. 47), Leist (str. 202. 217. 240), Müller (str. 838) utrzymują słusznie, że zajmujący rzeczy spadkowe winien być mieć wolę wstąpienia w miejsce spadkodawcy jako dziedzic, a przeto poddania się także ujemnym skutkom dziedziczenia. Sama nazwa possessio „pro herede“ (not. 4) wskazuje na to, że tu chodziło o posiadanie w przymocie dziedzica, a więc cum animo pro herede se gerendi. Zielonacki nie podziela tego³⁾ zapatrywania w przytoczonej rozprawie w języku niemieckim (str. 14. 41), później jednak, zdaje się, przychylił się do niego, gdyż mówi o zajęciu rzeczy spadkowych w posiadanie w tym celu, by po upływie jednego roku stać się dziedzicem. Ob. Nauka o posiadaniu etc. str. 194, Czasopismo str. 712.

³⁾ Gai. II. 54: . . . olim rerum hereditariarum possessione

ofiar na cześć bogów domowych (*sacra*), i do spłacenia długów spadkodawcy. Ten rodzaj posiadania i zasiedzenia dziedzictwa zwano: *possessio et usucapio pro herede*.⁴⁾ Nie stanowiło różnicy, czy zasiadający miał w posiadaniu cały spadek, lub większą jego część, lub tylko pojedyncze rzeczy spadkowe. Wprawdzie możemy to przyjąć za normalny stan rzeczy, iż w czasach starożytnych, kiedy to całe mienie obywatela rzymskiego kupiło się jeszcze na jednym miejscu, chcący dziedziczyć miał zazwyczaj sposobność do zajęcia całego spadku w posiadanie, ale mimo to jest pewnem, że i posiadanie pojedynczych rzeczy spadkowych wystarczało do zasiedzenia dziedzictwa.⁵⁾ Zasiadający, który obok siebie miał innych jeszcze posiadaczy rzeczy spadkowych, bądź to osoby powołane do dziedzictwa, bądź też osoby, które również jak on samowładnie zajęły rzeczy spadkowe, stawał się dziedzicem tylko stosunkowej części spadku. Część ta stała prawdopodobnie w takim stosunku do całości dziedzictwa, w jakim stosunku wartość rzeczy spadkowych przez niego posiadanych, pozostawała do wartości całego spadku; w tym też stosunku ciążyły na zasia-

velut ipsae hereditates usucapi credebantur seq.—Z tem wyraźnem świadectwem Gaia (ob. także pon. not. 12) nie da się pogodzić opinia Levy'ego (str. 351 sq.) i Höldera (l. c.), że *usucapione pro herede* i w pierwszych czasach tej instytucji nie nabywało się prawa dziedzictwa, lecz tylko dziedzictwo w znaczeniu materialnem (*pecunia*), że więc *usucapio pro herede* co do swej istoty w każdym czasie swego rozwoju była tylko nabyciem własności rzeczy spadkowych.

⁴⁾ Gai. II. 52: . . . quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

⁵⁾ Gaius mówi wyraźnie, że prawo dziedzictwa nabywało się „rerum hereditariarum“ possessione (§. 54), a w swem opowiadaniu wychodzi z założenia, iż ktoś posiadał pojedynczą rzecz spadkową (§. 52). Mylnie przeto sądzą Scheurl (N. 15. str. 48) i Esmarch (str. 152), że zasiedzenie dziedzictwa zależało od posiadania większej części spadku. Z Cicerona, do którego wymienieni autorowie się odwołują, wynika to jedynie, iż później obowiązki sakralne ciążyły na tym tylko zasiadającym, który zajął maiorem partem pecuniae. Por. pon. do not. 7.

dającym wymienione poprzednio obowiązki.⁶⁾ Później jednakże, na początku szóstego wieku (a. u. c.), postanowił Tiberius Coruncanius, pierwszy plebejski pontifex maximus, że obowiązki sakralne mają ciążyć na tym jedynie zasiadającym dziedzictwo, qui maiorem partem pecuniae capiat.⁷⁾

Usucapio pro herede miała pewne odrębne cechy, któremi różniła się od zasiedzenia zwyczajnego. Najpierw nie wymagała usucapio pro herede tego usprawiedliwienia pod względem przedmiotowym (iustus titulus) i podmiotowym (bona fides), które było niezbędnym warunkiem zasiedzenia zwyczajnego.⁸⁾ Na mocy prawa wolno było każdemu rzeczy spadkowe, których dziedzic jeszcze nie posiadał, brać w posiadanie w celu dziedziczenia, i z tego powodu nie poczytywano też zaboru rzeczy spadkowych za kradzież („furtum hereditati non fit“).⁹⁾ Nabyć dziedzictwo przez zasiedzenie

⁶⁾ Por. Leist l. c. str. 172 sq., tudzież Die Bonorum possessio I. str. 27, Köppen Erbschaft str. 118. — Inni są tego zdania, że zasiadający, ilebądź posiadał, nabywał zawsze obok innych dziedziców równą część dziedzictwa (partem virilem). Por. Huschke str. 153, Keller str. 149, Kuntze Excuse (2 wyd.) str. 617. — Skąpe wiadomości z Gaia nie dają pod tym względem stanowczego wyjaśnienia; zdanie w tekście wypowiedziane uważam jednak za więcej prawdopodobne.

⁷⁾ Cicero de leg. II. 20. §. 49. — Por. Leist l. c. str. 173 sq., Danz II. str. 168. Inaczej rzecz pojmuje Hölder Beiträge N. VIII. — Tiberius Coruncanius był pontifex maximus na początku 6 wieku a. u. c. (r. 501. Puntschart Die Entwi. d. grundgesetzlichen Civilrechts der Römer str. 96). — Jak zmyślnem było to postanowienie pod względem łatwego odkrycia zasiadających pro herede, o tem porównaj ciekawe uwagi Iheringa Plaudereien eines Romanisten w Juristische Blätter z r. 1880 Nr. 15.

⁸⁾ Wychodzimy tu z założenia, które jest dotąd panującą opinią, że usucapio już w pierwszych początkach tej instytucji zależała zawsze z reguły od bona fides i iustus titulus. Przeciwnego zdania jest Stintzing Das Wesen von bona fides u. titulus in der röm. Usucapionslehre str. 8 sq., za którym idą Pernice Labeo II. str. 152 sq., Krüger w nocie ii) do §. 239 Puchty Instit. — Por. atoli Scheurl N. 15, Dziembowski str. 1 sq.

⁹⁾ Gai. III. 201. L. 2. §. 1, L. 6. D. expila. heredi. 47. 19, L. 14. §. 14, L. 69. (68) D. de furt. 47. 2, L. 33. §. 1. D. de adq. rer. domi. 41. 1, L. 40. D. de nox. act. 9. 4.

mógł zatem tak ten, kto wiedział o tem, że nie jest powołany do dziedzictwa, lub co więcej wiedział, że ktoś inny ma prawo do dziedzictwa, a nawet już je nabył, chociaż jeszcze nie wszedł w posiadanie (*malae fidei possessor*),¹⁰⁾ jak niemniej i tem bardziej ten, kto z powodu pewnej zachodzącej przyczyny (*iusta causa*) uważał się za dziedzica

Reguła: *furtum hereditati non fit*, stoi w związku z *usucapio pro herede*, (por. *Arndts Schriften* I. str. 130. not. 10, *Unterholzner* I. str. 208—212, *Leist* str. 220, *Unger* §. 7. not. 15, *Windscheid* II. §. 454. not. 16, *Pernice Labeo* I. str. 362, *Zródlowski* *Untersuchungen* aus d. öst. Civil. str. 71), jest jej następstwem. (Odwrotnie sądzi *Stintzing* l. c. str. 24 sq., że reguła ta jest *prius*, a *usucapio pro herede* jej konsekwencyą). Skoro bowiem prawo dozwalało każdemu zabierać rzeczy spadkowe, których dziedzic nie wziął jeszcze w posiadanie, to tem samem działającemu w myśl tego przepisu nie można było zarzucić *animus furandi*, a jego czynu poczytać za *contrectatio fraudulosa*. (L. 1. §. 3. D. de furt. 47. 2). Por. *Zielonacki* *Abhan.* §. 4, *Nauka o posiadaniu* str. 202 sq., *Czasopismo* str. 720 sq. — Raz uświęconej reguły trzymano się i później, tem bardziej, że *Marek Aureliusz*, uznając zajęcie rzeczy spadkowych w złej wierze za czyn zbrodniczy, poczytał to za osobny rodzaj występku (*crimen expilatae hereditatis*), który wykluczał zastosowanie pojęcia *furti*. Zajęcie rzeczy spadkowych mogło być jednak kradzieżą, jeśli przez to interes trzecich osób były naruszone. (Por. poniżej tekst do not. 19). Co się dotyczy usiłowanego w L. 1. §. 15. D. si is qui test. 47. 4. wytłomaczenia w mowie będącej reguły z samej istoty *furti*, niezależnie od *usucapio pro herede*, słusznem jest zdanie tych, którzy je uważają za nieudane. Por. szczegól. *Unterholzner* i *Zielonacki* (l. c.). Przeciwnego zdania są jednak *Huschke* str. 188 sq., *Schirmer* *Erbrecht* str. 20—21, *Dziembowski* str. 21 sq.

¹⁰⁾ *Gai.* II. 52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui se it alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit.* II. 56: . . . *nam sciens quisquae rem alienam luci facit.* III. 201. — *Possessor malae fidei* w tem znaczeniu, jakie ma *malae fides* w przeciwstawieniu do *bonae fides* przy zasiedzeniu zwyczajnem. Za takiego uważa go także *Gaius*. Cf. II. 43: . . . *si modo eas res bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet, dominum esse,* — z przytocz. §. 52. O rozmaitem znaczeniu wyrazu *bonae fides* por. szczególnie *Pernice Labeo* II. str. 74 sq., 143 sq., 207 sq.

powołanego (*bonae fidei possessor*),¹¹⁾ n. p. nie wiedział, że testament, w którym był ustanowiony, później przez sporządzenie nowego testamentu został uchylony. — Powtóre czas trwania posiadania wynosił przy tem zasiedzeniu tylko jeden rok bez względu na to, czy zasiadający posiadał ruchomości lub nieruchomości. Okoliczność ta tem się tłumaczy, że przez posiadanie rzeczy spadkowych nabywało się prawo dziedzictwa, to zaś według reguły ustawy XII. tablic: „*fundi biennium, ceterarum rerum annus usus auctoritas esto*“, mogło być zaliczone tylko w poczet *ceterarum rerum*, „*quia soli non est*“.¹²⁾ Że zaś przy *usucapio*

¹¹⁾ Punktem wyjścia w opowiadaniu Gaia jest wprawdzie jedynie przypadek posiadania w złej wierze, ale to tem się tłumaczy, iż zadaniem jego było uwydatnić wyjątki od poprzednio opisanej reguły, wymagającej od zasiedzenia *bonam fidem*, nie ma zaś tego znaczenia, iżby *bona fides* wykluczała zastosowanie osobnego rodzaju *usucapionis pro herede*. Wątek opowiadania Gaia nie pozostawia owszem wątpliwości, że osobna *species possessionis et usucapionis pro herede* na tem właśnie polegała, iż wiara posiadacza była obojętną, że zatem zajęcie rzeczy spadkowych prowadziło pod temi samemi warunkami do tego samego celu, czy zajmujący działał *malae*, lub *bonae fidei*. Do posiadania *bonae fidei* odnosi się nadto ustęp z Juliana L. 33. §. 1. D. de *usurpat.* 41. 3: . . . *hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit*. — Obok wyjątkowego zasiedzenia *pro herede*, obejmującego przypadki posiadania tak *malae* jak *bonae fidei*, nie było więc miejsca dla zwyczajnego zasiedzenia *pro herede* ze stanowiska *bonae fidei*. Mylnem jest zatem przeciwnie zdanie Rosshirta (l. c. str. 13 sq.). Por. Arndts *Schriften* I. str. 126 sq.

¹²⁾ Gai. II. 54: *Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII. tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno, ergo hereditas in ceteris rebus videatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est*. — Niektórzy, mianowicie Huschke str. 151 sq., Pernice *Labeo* I. str. 325. not. 6, nie godzą się na to uzasadnienie Gaia, por. jednakże *Zielonacki* (*Abh.* str. 1 sq., *Nauka o posiad.* str. 193 sq.), którego argumentacją uważam za trafną, chociaż podzielam zdanie Pernice'go, iż w tak starożytnych czasach, do jakich należy *usucapio pro herede*, pojęcie prawa dziedzictwa jako rzeczy ruchomej, nie mogło się jeszcze

pro herede przez posiadanie rzeczy spadkowych nabywało się nietylko te rzeczy, które się posiadało, jak przy innych rodzajach zasiedzenia, ale oraz stanowisko dziedzica, to znowu, sądzę, ztąd pochodzi, że starożytni Rzymianie nie wzniesli się jeszcze do pojmowania dziedzictwa z jego strony wewnętrznej. Sukcesya uniwersalna istniała wprawdzie w swych zewnętrznych objawach, ale z nich nie wysnuto jeszcze pojęcia, odsłaniającego wewnętrzną istotę rzeczy. Dziedziczenie przedstawiało się jako nabycie majątku, do którego liczono ogół rzeczy zmysłowych, po zmarłym pozostałych, a obciążenie dziedzica obowiązkami jako wynik praktycznego względu, iż słuszną było rzeczą, by ten ponosił ciężary, kto ze spadku korzystał (§. 2). Ten pierwiastkowy, rzecz można zmysłowy pogląd na rzecz prowadził samo przez się do odwrotnego wniosku, że w nabyciu majątku po zmarłym tkwi samo dziedziczenie (w zewnętrznym wewnętrznym), a przeto w posiadaniu rzeczy spadkowych poczęcie samego prawa dziedzictwa.¹³⁾

Inne warunki, od których zasiedzenie pro herede zależało, były następujące :

1) Zasiadający winien był mieć zdolność prawną, potrzebną do dziedziczenia (*testamenti factio*).¹⁴⁾

2) Rzecz wzięta w posiadanie winna była należeć do

wytworzyć. Nie dlatego wystarczał czas jednego roku, że prawo dziedzictwa uważano za rzecz ruchomą, lecz z tego powodu, iż to co nabywano przez posiadanie rzeczy spadkowych: stanowisko dziedzica (prawo dziedzictwa) nie mogło być zaliczone w poczet nieruchomości. — Że ustęp z Pliniusza lib. V. epist. 1: *iam biennium transiisse omniaque me usucepisse* — nie sprzeciwia się podaniu Gaia o potrzebie tylko jednorocznego posiadania, to jest powszechnie uznane. Por. Huschke str. 152. not. 9, Arndts Schriften I. str. 127. not. 6. i pon. not. 25.

¹³⁾ Do tych starożytnych czasów można snadno zastosować słowa Seneki (*de benef.* 6. 5), które za jego czasów były już anachronizmem: *Iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quae in hereditate sunt: tamquam quid aliud sit hereditas, quam res quae in hereditate sunt.*

¹⁴⁾ L. 4. D. pro here. v. pro poss. 41. 5: *Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.* L. 4. §. 4. D. de usurpa. 41. 3. — Por. Fitting str. 265. i *Zie-*

spadku;¹⁵⁾ zasiedzeniu pro herede nie ulegały przeto rzeczy, należące do osoby żyjącej, chociażby ją mylnie za zmarłą uważano,¹⁶⁾ ani też rzeczy, znachodzące się wprawdzie w spadku, ale w rzeczywistości do niego nie należące, chociażby je zaborca błędnie za takie uważał.¹⁷⁾

3) Rzeczy, które były w ogóle wyjęte z pod zasiedzenia, nie ulegały także zasiedzeniu pro herede.¹⁸⁾ Z tego powodu nie ulegały w szczególności temu zasiedzeniu rzeczy spadkowe, zabrane komuś trzeciemu, który je posiadał lub dzierżył jeszcze z czasu życia spadkodawcy, n. p. jako commodatarius, użytkowca, lub zastawnik. W takim przypadku bowiem zaborca rzeczy dopuszczał się kradzieży w obec tego, kto rzecz miał w swojej władzy. Ostatniemu, jako interesowanemu w tem, by mu rzeczy nie zabrano (*cuius interfuit non rubripi*, L. 10. D. de furt. 47. 2), służyła przeciwko zaborcy *actio furti*, a taż sama skarga służyła dziedzicowi, skoro spadek nabył. Rzecz zabrana była tu przeto *res furtiva*, a jako taka według ogólnej reguły nie mogła ulegać zasiedzeniu.¹⁹⁾

lonacki Abh. str. 24 sq. Nauka o posiad. str. 207 sq. — Interpretacya przytoczonej ustawy, którą podaje *Huschke* (str. 179), za nim *Heimbach* (str. 450), a która wychodzi na zupełne jej negowanie, jak równie interpretacya *Leista* (str. 232 sq.), ograniczająca jej zastosowanie tylko do *proba* (*bona fide*) *pro herede usucapio*, nie mają żadnej podstawy. — O znaczeniu wraza *testamenti factio* por. §. 11.

Incapacitas, która tyczyła się tylko rozporządzeń ostatniej woli nie wykluczała od zasiedzenia pro herede. Por. *Huschke* str. 174 sq. Przeciwnego zdania jest *Ubbelohde Zeit. f. Rechtsgeschichte* T. 11. str. 254 sq.

¹⁵⁾ *Gai.* II. 52: *si rem hereditariam . . . aliquis possederit.* — 54: *. . . rerum hereditariarum possessione.* III. 201: *. . . occupare et usucapere concessum est . . . res hereditarias.* — *Cicero de leg.* II. 19. §. 48.

¹⁶⁾ L. 3. C. de usucap. pro her. 7. 29.

¹⁷⁾ L. 1. D. pro her. v. p. poss. 41. 5. — Por. *Fitting* str. 263. not. 168.

¹⁸⁾ *Gai.* II. 52, L. 4. §. 24. D. de usurp. et usuc. 41. 3.

¹⁹⁾ L. 69—71. (68—70) D. de furt. 47. 2: *. . . his enim casibus putabat hereditariarum rerum fieri furtum et usucapionem impediri idcircoque heredi quoque actionem furti competere posse.* Por. *Arndts Schriften* I. str. 126. not. 4.

Toż samo wykluczone było zasiedzenie pro herede, jeżeli zajmujący rzeczy spadkowe zabrał je z posiadania trzeciej osoby, która je po śmierci spadkodawcy posiadała pro herede.²⁰⁾

4) Zasiedzeniu pro herede nie ulegały rzeczy spadkowe, które dziedzic powołany do spadku objął już w posiadanie. Samo nabycie dziedzictwa nie było jeszcze przeszkodą do zajęcia rzeczy pro herede, lecz dopiero objęcie takowych w posiadanie przez dziedzica, przezco rzecz, należąca już prawnie do dziedzica w skutek przyjęcia spadku, także faktycznie przestawała być rzeczą spadkową.²¹⁾

5) Kto w chwili śmierci spadkodawcy rzeczy spadkowe z jakiegobądź przyczyny już dzierżył lub posiadał, ten nie mógł ich zasiedzieć pro herede przez to samo, iż ze względu na śmierć spadkodawcy powziął wolę posiadania tych rzeczy pro herede. Przepis ten był wynikiem zastosowania do zasiedzenia pro herede, zdaje się jeszcze w czasach Rzeczypospolitej,²²⁾ dawnej reguły prawnej: „Nemo sibi causam possessionis mutare potest“,²³⁾ t. z. sama wola posiadania z pewnej przyczyny nie wystarcza do zmiany rzeczywistej causae

²⁰⁾ To postanawia L. 4. §. 24. D. de usurp. et usucap. 41. 3. na wypadek zabrania rzeczy vi (res vi possessa), ale to samo stosuje się do innych przypadków. Por. Huschke str. 191 sq. — O nabyciu posiadania pro herede na rzeczach spadkowych, które przedtem ktoś inny posiadał, przez bonorum possessorum, por. §. 9. not. 10.

²¹⁾ Gai. II. 52: . . . rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est. III. 201, L. 29. D. de usurpat. 41. 3. — Co do przypadku, gdy dziedzic był suus et necessarius, lub necessarius heres, por. pon. not. 33.

²²⁾ Maynz III. str. 511. do not. 36.

²³⁾ L. 2. §. 1. 2. D. pro herede v. p. pos. 41. 5, L. 33. §. 1. D. de usurpat. et usucap. 41. 3. — L. 19. §. 1. D. de adq. v. amit. pos. 41. 2: „apud veteres“. — Przytoczona reguła, która w nauce jest przedmiotem wielu sporów, nie ograniczała się jedynie do usucapio pro herede (jak sądzą szczególnie: Savigny Das Recht des Besitzes 7 wyd. str. 82 sq., Rudorff tamże w dodatku str. 595 sq., Unterholzner I. §. 100, Huschke str. 196 sq., Baron Jahrbü. f. Dogm. T. VII. str. 158. not. 192, zaliczając tu jeszcze tylko poniekąd usureptionem fiducia causa, a Huschke także hereditatis petitionem), owszem miała znaczenie ogólniejsze, i w takim znaczeniu była brana przez

na inną. Ale reguła ta stosowała się do zasiedzenia pro herede tylko w tym przypadku, gdy prócz woli posiadacza nie było w samej rzeczy innych okoliczności, któreby uzasadniały zmianę dawniejszej przyczyny posiadania na tytuł pro herede. Nie miała zatem zastosowania w tym przypadku, gdy istniała pewna przyczyna prawna (causa), dla której dzierżyciel lub posiadacz uważał się bona fide za dziedzica powołanego do spadku.²⁴⁾

Starożytne ius civile kierowało się tedy pod względem dziedziczenia dwiema wprost przeciwnymi zasadami. Według jednej mogły dziedziczyć tylko pewne osoby, które były powołane do spadku, według drugiej każdy, kto miał wolę i sposobność po temu. Według pierwszej opierało się dziedziczenie na prawie (podmiotowym), które płynęło z powołania do spadku, według drugiej na samowoli zaborcy rzeczy spadkowych. Jakkolwiek oparta na samowoli, przynosiła

prawników rzymskich. (Por. szczególnie: G a n s Scholien zum Gaius str. 263 sq., S c h i r m e r Zeit. f. Civil. u. Proc. T. XI. str. 435 sq., L e v y tamże T. XIX. str. 354, P e r n i c e Labeo II. str. 191 sq., P u c h t a Vorles. I. §. 124, A r n d t s Pand. §. 136. not. 1, *Zielonacki* Der Besitz str. 79 sq., Nauka o posiadaniu str. 49). Ale zawsze doniosłość tej reguły objawiała się głównie tam, gdzie przyczyną posiadania była jedynie samowola posiadacza, jak to właśnie zachodziło przy usucapio pro herede. Jeśli bowiem w razie zajęcia rzeczy spadkowych już po śmierci spadkodawcy przez osobę wcale niepowołaną do spadku, przyczyną posiadania pro herede była li samowola posiadacza, nie inny fakt poza tą wolą istniejący, to tak samo musiałaby była wola posiadacza, powzięta w ciągu posiadania, być wystarczającą causa do zasiedzenia pro herede. Temu właśnie zapobieżono, w interesie dziedzica, przez zastosowanie w mowie będącej reguły do zasiedzenia pro herede. Ze względu na usucapio pro herede polegało tedy zastosowanie tej reguły na przepisie prawa nadanego, gdy przeciwnie w innych przypadkach, gdzie causa possessionis zależała od pewnego zdarzenia, nie li od woli posiadacza, rozumiało się to samo przez się, że sama wola posiadacza nie starczy do podsunięcia posiadaniu innej causae possessionis.

Zdanie Barona (l. c.), że w mowie będąca reguła stosuje się tylko do posiadaczy, nie zaś do dzierżycieli, sprzeciwia się wyraźnej osnowie L. 2. §. 1. D. pro herede 41. 5, której w ten sposób, jak to czyni Baron, uważając ten ustęp za interpolację, usunąć nie można.

²⁴⁾ Por. pow. do not. 11.

jednak *usucapio pro herede* znaczne korzyści. Najpierw była ona środkiem zmagającym dziedzica powołanego do ryczłego objęcia spadku, by przez zwleknięcie nie cierpiały *sacra* (*quorum illis temporibus summa observatio fuit*) i wierzyciele spadkowi, powtóre zapobiegała, niepożądaną ze względu na pomienione interesa, bezdziedziczności spadku w razie, gdy powołani nie chcieli przyjąć dziedzictwa, lub gdy wcale nie było osób powołanych, co w obec nierozwiniętego jeszcze starożytnego prawa łatwo zdarzyć się mogło. W takim przypadku była tedy *usucapio pro herede* uzupełnieniem niedostatecznych jeszcze prawideł sukcesyjnych. A nawet dla samego dziedzica z mocy powołania przynosiła *usucapio pro herede* tę korzyść, iż w razie wystąpienia po upływie jednego roku posiadania nowych pretendentów do spadku, dziedzic, nie wchodząc w przyczynę swego uprawnienia, mógł po prostu zasłonić się zasiedzeniem.²⁵⁾ Z drugiej znowu strony było to w mocy dziedzica powołanego, zapobiec zasiedzeniu dziedzictwa przez osoby niepowołane, albowiem nabywszy dziedzictwo mógł *hereditatis petitione* uzyskać zwrotu rzeczy spadkowych od ich posiadaczy, dla których rok posiadania jeszcze nie minął.

Powodem ustanowienia *usucapionis pro herede* miały być według *Gaia*²⁶⁾ właśnie te korzyści, które ta instytucja przynosiła, przyspieszając dziedziczenie. I nie da się zaprzeczyć, że te względy użyteczne przyczyniły się do uświęcenia tej instytucji, ale niezawodnie nie były właściwem jej źródłem. Nie z samych względów użytecznych wyrosła *usucapio pro herede*, lecz z tej ścisłej zasady, iż majątek po zmarłym pozostały jest w rzeczywistości *sine domino* — *nullius in bonis*, że zatem z tego po-

²⁵⁾ O takim odwołaniu się do upływu czasu, który w omówionym przypadku wynosił w rzeczywistości już dwa lata (*biennium*), opowiada *Pliniusz* (*pon. not. 12*).

²⁶⁾ *Gai. II. 55*: *Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerent veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.*

wodu wolno każdemu zabierać rzeczy spadkowe.²⁷⁾ To jedynie, że temu naturalistycznemu zapatrywaniu hołdowano jeszcze w czasach, gdy uświęconą była zasada, iż spadek należy się pewnym tylko osobom i dla tych ma być zachowywany, to jedynie ma swoją przyczynę w owych względach na korzyści, z zasiedzenia pro herede płynące, które tem były większe, im mniej rozwinięte były prawidła o dziedziczeniu.

²⁷⁾ Niemal za pewne można nawet to przyjąć, że w pierwszych czasach, gdy nie było jeszcze stałych norm, stanowiących o losach spadku, gdy zatem, z wyjątkiem może dzieci zmarłego, nikt nie miał pierwszeństwa do zaboru rzeczy spadkowych, że w tych czasach przytoczona zasada miała pełną swą doniosłość, a mianowicie, że zabierający rzeczy spadkowe, przez samo nabycie posiadania stawał się oraz ich właścicielem: heres, tak samo, jak przez zajęcie innej rzeczy niczyjej. Dopiero później, gdy już uświęcono normy, przyznające prawo do spadku pewnym tylko osobom, nie popuszczono się wprawdzie ścisłego zapatrywania, że spadek w rzeczywistości jest sine domino, — nullius, ale nie zapomniano też tego, iż według prawa spadek jest przeznaczony dla pewnych osób, że zatem prawo tychże byłoby zupełnie iluzoryczne, gdyby samo zajęcie rzeczy spadkowych przez kogobądź rodziło stanowcze prawo. Ze względu tedy na interes osób powołanych do spadku wymagano do stanowczego nabycia rzeczy spadkowych, zajętych przez niepowołanego, upływu pewnego czasu: w miejsce zawłaszczenia wstąpiło zasiedzenie. Prócz tego uporządkowano także stanowisko tych zasiadających w obec obowiązków sakralnych i wierzycieli zmarłego. — Zdania co do przyczyn, które dały początek instytucji zasiedzenia pro herede, są bardzo rozmaite. Jedni trzymają się tego, co Gaius powiada (por. Köppen Erbschaft str. 115 sq., 120 sq., Keller Insti. str. 249, nieco odmiennie Pand. §. 457, Unterholzner I. str. 359, Kuntze Exc. (2 wyd.) str. 617, Leist str. 339 sq., Célíce str. 8 sq.), inni uważając motywa, przywiedzione przez Gaia za niewystarczające, szukają za innymi przyczynami i po największej części, chociaż z rozmaitego założenia, dopatrują się źródła tej instytucji w tem, iż rzeczy spadkowe w rzeczywistości są nullius. (Por. Stintzing str. 24 sq., Vering Erbrecht str. 17 sq., Scheurl N. 15. str. 47, Pernice II str. 194, Huschke str. 204 sq., Levy str. 354 sq., Schirmer str. 65 sq., Wies str. 2. 99 sq., Maynz I. str. 743, III. str. 509 sq., Ihering Plaudereien eines Romanisten N. II. Die Mausefalle des alten Erbrechtes, w Juristische Blätter z r. 1880 N. 12 sq., Zielonacki Abhan. str. 2 sq. Nauka o posiadaniu str. 194 sq., Pandekta §. 354, Maciejowski I. str. 3, II. str. 426).

Prawda, że w celu zasiedzenia można było zajmować rzeczy spadkowe i wtedy jeszcze, gdy już dziedzic powołany przyjął dziedzictwo, gdy już spadek prawnie nie był sine domino, ale punktem wyjścia tej instytucji był niezawodnie stan spadku przed objęciem dziedzictwa (*voluerunt veteres maturius hereditates „a diri“*), spadek sine domino, a jako taki przedstawiał się on faktycznie aż do chwili wzięcia rzeczy spadkowych w posiadanie przez dziedzica, bo dopiero wtedy dla każdego było jawnem, iż rzeczy spadkowe przestały być *res nullius*.

Mimo znaczne korzyści, które *usucapio pro herede* z sobą przynosiła, nie da się zaprzeczyć, iż snując prawo z samowoli, była ona w swem założeniu instytucją nader surową. W starożytnych czasach ten jej charakter samowolny nie był wprawdzie faktycznie tak uderzający, gdyż to możemy snadno przyjąć za pewne, iż w czasach pierwsiastkowych, w ciasne brzegi ujętych stosunków, rzadko kiedy ktoś obcy dociskał się do spadku. Jeżeli mianowicie spadkodawca pozostawił *suos*, to ci za życia jego przemieszkiwali z nim razem wśród całego mienia, a w chwili jego śmierci, pozostając na miejscu, byli zaraz w posiadaniu spadku, — w braku zaś *suorum* mieli znowu zazwyczaj krewni spadkodawcy (*agnaci* lub *kognaci*) najbliższą sposobność do objęcia spadku. Ale z czasem musiało to uleść zmianie. Z rozwojem stosunków gospodarczych i w ogóle społecznych coraz częściej mogło to się zdarzać, iż do pewnych części spadku, więcej odległych, łatwiejszy miał przystęp ktoś obcy, niżeli dzieci, lub krewni spadkodawcy. Samowolne nabywanie dziedzictwa musiało tedy coraz więcej razić uczucie słuszności, to też poczęto zasiedzenie *pro herede* nazywać: *improba*, *lucrativa usucapio*, oznaczając tem mianem obiektywnie niesprawiedliwy charakter instytucji, która dawała sposobność nabycia dziedzictwa temu nawet, kto zabrał rzeczy spadkowe mimo wiedzy, że ktoś inny ma prawo do dziedzictwa.²⁸⁾ Pomieniona zmiana sto-

²⁸⁾ Gai. II. 55. 56.— Co do znaczenia wyrazów: *improba*, *lucrativa*, które przyjęliśmy w tekście, por. szczególnie trafne uwagi Arndts'a *Schriften* II. str. 360 sq., toż samo *Unter-*

sunków sprowadziła także w praktyce rażąco niedogodności, umozębniała mianowicie cząstkowe rozszarpanie dziedzictwa, zwłaszcza jeśli spadek był porozrzucany na rozmaitych miejscach, co znowu sprowadzało wielkie trudności pod względem pociągania dziedziców stosunkowo do obowiązków sakralnych i do spłacenia długów. Pod pierwszym względem zaradzili złemu pontifices w przytoczony już sposób,²⁹⁾ a to ich zarządzenie przyczyniło się zapewne do wyłonienia się zapatrywania, że i pod drugim względem niesprawiedliwą jest rzeczą, odsyłać wierzycieli spadkowych po zaspokojenie ich wierzytelności do kilku, nieraz wielu posiadaczy rzeczy spadkowych. W ten sposób wytworzyła się około początku siódmego wieku (a. u. c.) zasada, że usucapione pro herede nie nabywa się dziedzictwa, lecz tylko samą własność na rzeczach spadkowych, w posiadanie wziętych.³⁰⁾ Wyłonienie się tej

holzner str. 358. n. 369 a.) i str. 366, Leist str. 221 sq., *Maciejowski* II. str. 4. — Inni nadają tym wyrazom znaczenie więcej podmiotowe, odnosząc je do tych jedynie przypadków, gdzie zasiadający wiedział, iż nie jest powołany do spadku. Ob. Huschke str. 204 sq., Keller Inst. str. 253. l. 3, Brinz (2 wyd.) I. str. 621., Böcking Pand. §. 146. not. 63. — Kwestya ta jest zresztą podrzędna.

²⁹⁾ Pow. not. 7.

³⁰⁾ Gai. II. 54: . . . quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse. — W którym czasie prawne znaczenie usucapionis pro herede uległo zmianie, na to nie ma wprawdzie zgody, ale argumenta przytoczone przez Leista (str. 177—185, 198 sq.) dowodzą, zdaniem mojem, niewątpliwie, że w czasie wydania edyktu pontyfikalnego przez Scaevolę (P. Mucius), który w r. 631 (a. u. c.) był pontifex maximus, usucapio pro herede miała już swe drugie znaczenie, t. j. prowadziła jedynie do nabycia własności na rzeczach spadkowych, nie zaś samego prawa dziedzictwa. Por. także Huschke str. 154 sq., Keller Inst. str. 250, Scheurl N. 15. str. 50, Heimbach str. 443, *Zielonacki* Abh. str. 16. — Inni odnoszą tę zmianę, głównie na podstawie kilku ustępów z Cicerona (ad Atti. I. 5, pro Flacco 34. 85), do pierwszych czasów Cesarstwa, w każdym razie do czasu przed Hadryanem. Porów. Puchta Institut II. §. 315, Brinz (2 wyd.) I. str. 622, Pernice Labo I. str. 328. n. 18, Walter Gesch. d. röm. Rechts II. §. 670. do n. 50, Kuntze Excur. (2 wyd.) str. 618, Célice str. 29.

zasady wspierała zapewne i ta okoliczność, iż z biegiem czasu urabiało się powoli wspomniane poprzednio pojęcie dziedziczenia, odsłaniające wewnętrzną jego istotę, w przeciwstawieniu do nabycia poszczególnych rzeczy.

W tem nowem swem znaczeniu była *usucapio pro herede* w wyższem jeszcze stopniu jak dawniej *improba et lucrativa*, dozwalała bowiem bogacić się ze spadku bez obowiązku zaspokojenia wierzycieli spadkowych. Niemniej spełniała ona swe pierwotne zadanie tylko częściowo, była wprawdzie zawsze środkiem, zmagającym osoby powołane do rychłego objęcia dziedzictwa, ale w razie zupełnego braku dziedziców lub takich, którzyby spadek przyjąć chcieli, pozostawiała wierzycieli spadkowych bez dłużnika, gdyż nie czyniła zasiadającego dziedzicem. Zadanie, któremu służyła dawniej *usucapio pro herede*, przeszło obecnie na inną instytucyą, nowo powstałą i lepiej ukształconą, na instytucyą *bonorum possessionis* (§ 9), a co do obowiązków sakralnych wydał nowe przepisy *pontifex P. Mucius Scaevola*.³¹⁾

Z powodu tej zmiany znaczenia prawnego *usucapionis pro herede*, utraciła takowa swój dotychczasowy charakter, stawiający ją w rzędzie sposobów dziedziczenia. Odtąd była ona jedynie sposobem nabycia własności na pojedynczych rzeczach spadkowych przez zasiedzenie, weszła tedy co do swej istoty w zakres instytucji zasiedzenia własności w ogóle,³²⁾ a różniła się od ogólnych tej ostatniej prawideł tylko co do wymaganych warunków. Warunki zasiedzenia *pro herede*, w nowem jej znaczeniu, pozostały dawniejsze, w szczególności wymagano nadal i co do nieruchomości tylko jednorocznego posiadania. (*Gai. II. 54*). O tyle jedynie zaszła zmiana, iż w czasach klasycznej *jurysprudencji* w każdym razie już w czasach *Gaia*, zgodzono się na to, co przedtem przez pewien czas było sporne, że zasiedzenie *pro*

³¹⁾ O szczegółach tych przepisów por. *Leist* str. 182 sq., *Savigny Verm. Schriften* I. N. VIII., *Danz* II. str. 168.

³²⁾ Odtąd też rzecz o zasiedzeniu *pro herede* należy właściwie do nauki o nabyciu własności przez zasiedzenie z tytułu *pro herede*, ale i w zakresie prawa spadkowego ma jeszcze swe znaczenie, mianowicie z powodu stanowiska, jakie to zasiedzenie zajęło w stosunku do skargi dziedzica.

herede bezwzględnie nie ma zastosowania w tym przypadku, gdy spadkodawca pozostawił suos et necessarios, lub necessarios heredes. Ci, nabywając spadek ipso iure, wykluczali usucapionem pro herede, chociażby jeszcze nie weszli w posiadanie spadku.³³⁾

³³⁾ Gai. II. 58: Necessario tamen herede extante „nihil“ ipso iure pro herede usucapi potest. Gai. III. 201: . . . occupare et usucapare concessum est. . . veluti res hereditarias quarum heredes non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet, nam necessario herede extante placuit „nihil“ pro herede usucapi posse. — L. 2. C. de usucap. pro herede 7. 29: Nihil pro herede posse usucapi suis existentibus heredibus obtinuit. — Wątpliwości, które przytoczone ustępy aż do najnowszych czasów nasuwały w nauce z tego powodu, iż w rękopiśmie Instytucji Gaia nie dojrzano słowa „nihil,“ odpadły samo przez się z wydaniem apografu tego manuskryptu przez Studemunda (1874), który istnienie słowa „nihil“ niewątpliwie stwierdza (ob. str. 68. v. 1, 180. v. 20, tudzież Gaius edit. Krüger et Studemund). Nieuzasadnionem jest przeto, jeżeli Huschke w swem nowem wydaniu Gaia (editio separata tertia 1878), z powołaniem się na dawniejszą swą opinią (Zeit. f. gesch. RW. T. XIV. str. 167 sq.), w ustępie II. 58. wsuwa na początku słowo „suo“ („suo“ et necessario rel.), gdyż obecna lectio nie pozostawia wątpliwości, iż według Gaia usucapio pro herede była wykluczona w obec necessarios heredes w ogóle, czy ci byli sui et necessarii heredes, z czem się zgadza przytoczony ustęp z kodeksu, czy też tylko necessarii (servi). Przyczyną zaś tego wyjątku na rzecz heredes necessarios były, zdaniem mojem, jedynie względy utylitarne. Przede wszystkim sądzę, że ów spór pomiędzy prawnikami rzymskimi, na który wskazują wyrazy: „placuit,“ „obtinuit,“ nie miał na względzie czasów dawniejszych, lecz powstał dopiero z uwagi na stosunki współczesne. W dawniejszych czasach składały się wprawdzie stosunki na to, iż w obec necessarios heredes usucapio pro herede faktycznie z reguły była niemożliwą (pow. str. 98), ale zasadniczo nie była ona wykluczona, jak długo necessarii nie weszli w posiadanie spadku. Przyjmując przeciwne zapatrywanie, które wypowiadają mianowicie Pernice Labeo II. str. 199, Quaritsch str. 121, Schirmer w Zeit. d. Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte T. II. str. 169, Maciejowski II. str. 5, Zielonacki Abh. str. 26 sq., musielibyśmy przypuścić, iż prawnicy spierali się o rozszerzenie zasiedzenia pro herede do przypadku, który z pod tej instytucji przedtem prawnie był wyjęty, a przecież bliższem jest przypuszczenie, iż w czasach, gdy już instytucja usucapionis pro herede spotykała się z niechęcią, spierano się

Jako osobny sposób nabycia własności na rzeczach spadkowych, uległa *usucapio pro herede* w biegu czasu pod względem swej doniosłości rozmaitym ograniczeniom. Pierwszego ograniczenia doznała ona w skutek powstania instytucji *bonorum possessionis*, ponieważ *bonorum possessor* mógł *interdicto quorum bonorum* dochodzić zwrotu rzeczy spadkowych nawet przeciwko temu posiadaczowi, który je już nabył na własność *usucapione pro herede*.³⁴⁾ Tę samą moc uzyskała później, na mocy *Senatusconsultum* z czasów Hadryana, skarga *hereditatis petitio*, służąca dziedzicowi *ex iure civili*.³⁵⁾ Miała zaś tę moc przeciw każdemu posiadaczowi, który nabył własność *usucapione pro herede*, bez różnicy, czy tenże zajmując rzeczy spadkowe w posiadanie działał w złej lub w dobrej wierze.³⁶⁾ Postanowienia te nie

raczej o ścieśnienie jej zastosowania. Powodem zaś do tego sporu był zmieniony charakter zasiedzenia *pro herede*, a nie jak Schirmer (l. c. str. 176) twierdzi, zmiana przyczyny dziedziczenia *suorum*. Gdy ta instytucja pod względem swego znaczenia przeszła już w drugie stadyum i w praktyce tę jedynie korzyść przynosiła, iż znagła dziedziców powołanych do rychłego objęcia spadku, wtedy to powstały między prawnikami rzymskimi spory o to, czy *usucapio pro herede* ma mieć nadal zastosowanie w obec *heredes suos et necessarios resp. necessarios*, skoro w obec nich, jako nabywających spadek *ipso iure*, nawet tej szczipłej korzyści nie przynosi. Jedni trzymali się dawniejszego prawa, które wymagało nietylko nabycia dziedzictwa, ale także wzięcia rzeczy spadkowych w posiadanie, inni wskazywali może na niesprawiedliwość, wyrządzaną *suis et necessariis resp. necessariis hereditibus* bez wszelkiej praktycznej korzyści. Ostatnich zdanie przeważyło („*placuit*,” „*obtinnit*“), tem więcej, iż w ogóle nastąpiła już reakcja przeciwko całej tej instytucji.

³⁴⁾ Por. §. 9. not. 14.

³⁵⁾ Gai. II. 57: *Sed hoc tempore iam non est lucrativa, nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Wymienione przez Gaię Senatusconsultum jest niezawodnie pokrewne, a może nawet, jak wielu sądzi identyczne z t. zw. SCtum Iuventianum (L. 20. §. 6. D de heredi. pet. 5. 3), które także było wydane za Hadryana.*

³⁶⁾ To jest w nauce panującą i uzasadnioną opinią. Por. szczegól. Arndts Schrif. II. str. 359 sq., Huschke str. 216 sq.,

uchyliły wcale usucapionem pro herede, lecz uczyniły ją tylko w obec skargi dziedzica (heredis vel bonorum possessoris) bezskuteczną, jak gdyby zasiedzenie wcale nie było zaszło (atque si usucapta non esset). Natomiast w stosunku do osób trzecich miała ona zawsze jeszcze pełne swe znaczenie jako nabycie własności na rzeczy spadkowej.³⁷⁾ Ale w skutek tych reform zerwał się ostatni związek usucapionis pro herede z dziedziczeniem, przestała ona być nawet środkiem, przynaglającym dziedzica do spiesznego objęcia dziedzictwa. Więcej jeszcze ograniczył usucapionem pro herede cesarz Marek Aureliusz postanowieniem (oratio divi Marci), że zagrabienie rzeczy spadkowych przez kogoś, kto wiedział o tem, iż nie ma prawa do spadku, ma być poczytane wprawdzie nie za kradzież, ale za osobny rodzaj występku: crimen expilatae hereditatis.³⁸⁾ Postanowienie to zadało ostatni cios zasiedzeniu pro herede na podstawie posiadania w złej wierze (lucri faciendi causa), bo jakkolwiek nie uchyliło wprost tej instytucji w rzeczonych granicach,³⁹⁾ to jednak uzasadnionem jest przypuszczenie, iż w obec uznania zaboru rzeczy spadkowych mala fide za występki karom podlegający, prawo, przywiązujące przedtem do takiego posiadania skutek zasiedzenia własności, musiało wyjść z użycia.⁴⁰⁾ Jakikolwiek byłoby zresztą

toż samo Unterholzner str. 366, Windscheid I. §. 179. not. 3, Vangerow I. §. 320. Uwa. l. 2. b., Brinz (2 wyd.) I. §. 159. n. 47, Wies str. 101, Célíce str. 32 sq., *Zielonacki* Abh. str. 18, *Maciejowski* II. str. 4. — Przeciwnego zdania jest szczególnie Savigny (Vermi. Schrif. II. str. 238 n. 2), który przepis pomienionej uchwały Senatu stosuje tylko do zasiadających mala fide, chociaż przyznaje, że słowa Gaia przemawiają za ogólnem tegoż zastosowaniem. Por. także Gans Scholien zum Gaius str. 259 sq.

³⁷⁾ Por. Huschke str. 221 sq., *Zielonacki* Abh. str. 19.

³⁸⁾ Por. not. *) Tytuły „expilatae hereditatis.“

³⁹⁾ Jak mniemają *Zielonacki* Abhan. str. 20, Tewes I. str. 3, Rivier §. 8, Quaritsch §. 121, którzy postanowieniu Marka Aureliusza przypisują nawet uchylenie instytucji usucap. pro herede w ogóle. Por. przeciw Huschke str. 222.

⁴⁰⁾ Arndts Schri. II. str. 376, Unterholzner str. 371, Walter II. §. 670. not. 60, Maynz III. str. 511. do not. 40.—

mniemanie w tej sprawie, — stanowczego orzeczenia o niej wydać nie podobna, — to pewna, że instytucja usucapionis pro herede, na podstawie posiadania w złej wierze nabytego, nie przeszła wcale do prawodawstwa Justyniańskiego.⁴¹⁾ W prawie Justyniańskim pozostała jedynie usucapio pro herede na rzecz posiadacza w dobrej wierze; niepowołany do dziedzictwa mógł nabyć własność na rzeczach spadkowych usucapione pro herede, według ogólnej reguły o zasiedzeniu, tylko pod warunkiem, jeśli je posiadał bona fide.⁴²⁾ Toż samo podlegała usucapio pro herede w prawie Justyniańskim co do czasu trwania posiadania zwykłym regułem,⁴³⁾ czas do zasiedzenia potrzebny wynosił zatem trzy lata co do ruchomości, a lat dziesięć (inter praesentes) lub dwadzieścia (inter absentes) co do nieruchomości. Inne warunki, od których dawnie zasiedzenie pro herede zależało, przeszły także do prawa Justyniańskiego.⁴⁴⁾ Podobnie pozostało prawem obowiązującym, że zasiedzenie pro herede jest bez skutku w obec skargi dziedzica.⁴⁵⁾

Fitting (str. 270) i Huschke (str. 222) sądzą, że to prawo przetrwało aż do Justyniana.

⁴¹⁾ Na to godzą się prawie wszyscy. Co do powodów tej opinii Fitting str. 267 sq. i Huschke str. 222 sq.

⁴²⁾ Por. powyżej tekst do not. 11. i L. 33. §. 1. D. de usurpa. 41. 3. — Że L. 1. C. de usucap. pro here. 7. 29. („Cum pro herede usucapio locum non habeat, intelligis neque matrem tuam, cui heres extitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse“), która zdaje się przeczyć istnieniu usucapionis pro herede w ogóle w prawie Justyniańskim, ze względu na inne ustępy źródeł tak nie może być rozumiana, na to jest powszechna zgoda, chociaż z drugiej strony interpretacja tego ustępu jest sporna. Por. Arndts Schrif II. str. 374. not. 175, Unterholzner str. 369. not. 375 d), Huschke str. 184, Fitting str. 258 sq.

⁴³⁾ W źródłach prawa Justyniańskiego nie ma bowiem ani śladu wyjątku pod tym względem od reguły ogólnej na rzecz zasiedzenia pro herede.

⁴⁴⁾ Fitting str. 272 sq.

⁴⁵⁾ O tem będzie jeszcze później mowa. Tymczasowo por. szczególnie: Arndts Schriften I. str. 131 sq., II. str. 358 sq., Vangerow I. §. 320. Uwa. 1. ust. 2, Brinz (2 wyd.) I. §. 159. str. 622 sq.

Prócz zasiedzenia pro herede, płynącego na rzecz posiadacza rzeczy spadkowych, który wcale nie był powołany do dziedzictwa, o czem dotąd była mowa, znany był tak w prawie przedjustyniańskim jak Justyniańskim inny jeszcze rodzaj usucapionis pro herede, na tem polegający, iż dziedzic rzeczywisty t. j. powołany do spadku, nabywał przez zasiedzenie własność na rzeczach, w rzeczywistości nie należących do spadku, które jednak wziął w posiadanie w tem uzasadnionem mniemaniu, że należą do dziedzictwa przez się nabytego.⁴⁶⁾ Ten rodzaj zasiedzenia nie ma prócz nazwy nie wspólnego z dawniejszą usucapio pro herede, która prowadziła do nabycia prawa dziedzictwa, był owszem od początku jedynie sposobem nabycia własności na poszczególnych rzeczach, jako taki podlegał tak przed Justynianem, jak w prawie Justyniańskim zwykłym regułom o zasiedzeniu, a przeto nie należy wcale do zakresu prawa spadkowego.

§. 9.

II. Hereditas a Bonorum possessio.*)

Prawo spadkowe rzymskie, o ile tyczyło się sukcesji uniwersalnej, rozwijało się, podobnie jak inne instytucje

⁴⁶⁾ L. 3. D. pro herede v. pro pos. 41. 5, L. 4. C. de usucap. pro herede 7. 29, L. 4. C. de praescriptione 7. 33. — O tem zasiedzeniu „pro herede“ por. zamiast innych Fitting str. 250 sq., 274 sq. i Brinz (2 wyd.) I. §. 159. str. 620 sq.

*) Cicero in Verrem II. 1. §§. 114 — 118, Orat. part. §. 98. Gaius II. §§. 119. 135 — 137. 147 — 151, III. §§. 25 — 38, IV. §. 34. Ulpianus XXVIII. de possessionibus dandis. Tit. Inst. 3. 9. Dig. 37. 1. de bonorum possessionibus. — Literatura o tym przedmiocie jest bardzo bogata. Każde dzieło traktujące o prawie rzymskiem, lub prawie spadkowym rzymskiem w ogóle, poświęca tej kwetyi mniej lub więcej obszerny rozdział. Wymieniamy szczególnie: Donellus Commentarii lib. VII. cap. 14. Danz II. §§. 176 — 178. Puchta Insti. II. §§. 316 i 320. Müller §. 180. Keller Pand. § 458. Vangerow II. §§. 398 — 403 Puntschart Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer (1872) str. 358 sq. Schirmer §. 7. Vering Erbrecht str. 577 sq. Beckhaus §§. 6 — 10. Maynz III. §§. 359 i 374. Zielonacki II.

z zakresu prawa majątkowego, na podwójnej podstawie: *iuris civilis* z jednej, a *iuris honorarii* z drugiej strony. Oprócz dziedziczenia podług *ius civile* można było wstąpić w ogół spadku także na zasadzie prawa pretorskiego, a następstwo to zwano: *bonorum possessio*, następcę: *bonorum possessor*, w przeciwstawieniu do *hereditas* i *heres* według *ius civile*. Pierwotnie był jeden tylko system dziedziczenia, sukcesya według *ius civile*. W którym czasie obok tego systemu instytucya *bonorum possessionis* weszła w życie, nie da się ściśle oznaczyć, to jednak jest pewnem, że na długo przed mową Cicerona in *Verrem* (684 a. u. c.) edykt pretorski zawierał już pewne ustalone prawidła względem tej instytucyi¹.)

Bonorum possessio ma nadzwyczaj doniosłe znaczenie; w żadnej dziedzinie prawa czynność pretorów nie zajmowała tak szeroko reformującego stanowiska w stosunku do *ius civile*, jak właśnie w zakresie prawa spadkowego. Tu

§§. 349. 350 i 360. *Fr. Maciejowski II. str. 10 sq., 60. 64 sq.* — Z innych licznych pism podajemy ważniejsze: Hugo *De bonorum possessionibus* (1788). Dernburg *Beiträge zur Gesch. d. röm. Testamente* (1821) str. 191 sq. Löhr w *Magazin f. Rechtsw. u. Gesetzg.* II. str. 437 — 459, III. str. 216 — 353, IV. str. 149 sq., 403 — 471. Glück *Intestaterbfolge* (1822) §§. 86 — 107. Francke *Das Recht der Notherben* (1831) str. 96 sq. Fabricius *Ursprung und Entwicklung der bon. posse.* (1837). Huschke w *Krit. Jahrbücher f. deut. Rechtswi.* (Richter et Schneider) V. (1839) str. 1 sq. i *Zeitsch. f. gesch. Rechtswissenschaft* XIV. str. 157 sq. i 204 sq. Heimbach w *Weiske'go Rechtslexikon* II. str. 306 sq. Leist *Die bonorum possessio* (1844 — 1848) I — II. Tenze w *Glück'a Commentar* (1870 — 1875) Ser. 37 et 38. T. I. — IV. (także w osobnych odbitkach). Hartmann *Kritische Vierteljahresschrift* T. XIII. (1871) str. 531 sq. Hingst *Commentatio de bono. poss.* (1858). Janssonius *De origine bon. posses.* (1859). Alibrandi *De bonorum possessionibus* (1869). Savigny *Ver-mischte Schriften* II. str. 230 sq. Jacques Flach *La bonorum possessio sous les empereurs romains* (1870). Zielonacki *Controversiae iuris romani de successionibus contra testamenta et bonorum possessione secundum tabulas* (1845).

¹) Cicero in *Verrem* II. 1. §. 114: „sed in re tam usitata satis est ostendere, omnes antea *ius* ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse.“

też dualizm między *ius civile* a *ius honorarium* uwydatnił się w sposób nadzwyczaj wybitny.

W historii rozwoju *bonorum possessionis* można odróżnić trzy okresy: pierwszy sięga od czasu wejścia w życie tej instytucji do czasów Dyoklecjana, drugi odtąd do czasów Justyniana, a trzeci obejmuje prawodawstwo Justyniańskie.²⁾

I. W pierwszym okresie, a więc od pierwszych początków³⁾ tej instytucji i przez cały czas klasycznej jursprudencej, była istota prawna *bonorum possessionis* zawsze jedna i ta sama.⁴⁾ Przedmiotem posiadania przy *bonorum possessio* nie były *li corpora hereditaria*, lecz sama *hereditas* w znaczeniu podmiotowym, t.j. *ipsum ius hereditatis*, *ipsum ius successionis*, prawo dziedzictwa. Wyraz *bona* w zestawieniu *bonorum possessio* oznaczał: *universitatis successionem, ius successionis*.⁵⁾ *Bonorum posses-*

²⁾ Por. *Leist Bonorum posse. II. 2. str. 5.*

³⁾ Najdawniejszym źródłem, z którego czerpiemy wiadomości o *bon. pos.*, są jedynie ustępy z mów Ciceronskich, szczególnie: in *Verrem II. 1. §. 114 — 118*, tudzież *Orat. part. §. 98*. Według tych ustępów była osnowa edyktu pretorskiego w czasach Cicerona, podług zestawienia *Leista* (*Glück Comm. I. str. 76*), następująca:

Si de hereditate ambigitur.

Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo.

Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo.

Cum hereditatis sine testamento aut sine lege petetur possessio, si qua mihi iusta causa videbitur esse, possessionem dabo.

Edicta provincialia zawierały podobne postanowienia o *bon. possessi.* —

⁴⁾ *Ob. not. 16.*

⁵⁾ *L. 3. pr. D. h. t.: Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. L. 208. D. de*

sor był więc posiadaczem, faktycznym wykonawcą prawa dziedzictwa, — *bonorum possessio* posiadaniem prawa dziedzictwa, *iuris possessio*,⁶⁾ a zatem faktycznie następstwem we wszelkie prawa i obowiązki spadkodawcy — *successio in locum defuncti*, na mocy *imperium pretorskiego*.⁷⁾ Między *hereditas* a *bonorum possessio* zachodziła tedy ta istotna różnica, iż pierwsza nadawała prawo dziedzictwa, druga zaś była jedynie posiadaniem, faktycznym wykonywaniem tego prawa. *Bonorum possessor* nie był ze stanowiska prawnego dziedzicem, *heres*, — nam *praetor heredes facere non potest*, ale *praetor* z mocy swego *imperium* upoważniał go do wykonywania wszelkich, w prawie dziedzictwa mieszczących się uprawnień, udzielając mu w razie potrzeby stosownych środków prawnych, nadawał mu zatem faktycznie takie stanowisko, jak gdyby w samej rzeczy był dziedzicem — *velut heres, vice heredis, heredis loco*.⁸⁾ W szczególności wszelkie skargi *in rem et in personam*, które służyły *heredi* dla dochodzenia

V. S. 50. 16: *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac ius successionis, et non singulas res demonstrat.* — Por. §. 2. not. 26.

⁶⁾ L. 3. §. 1. D. h. t.: *Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio; denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.* — L. 119. D. de V. S. 50. 16.

⁷⁾ Gai. II. 97. 98, IV. 34, L. 1, L. 3. D. de iuris. 2. 1. Leist (Glück'a Comm.) I. str. 93 sq., 293 sq., Danz II. §. 176. I.

⁸⁾ Gai. III. 32, IV. 111, Ulp. XXVIII. 12, §. 2. I. h. t., L. 2. D. h. t., L. 1. D. de pos. her. pet. 5. 5, L. 13. pr. D. de bon. pos. c. t. 37. 4, L. 117. de R. I. 50. 17. — Ulpianus L. 1. D. h. t.: *Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt coniuncta.* — Idem L. 3. §. 2. D. h. t.: *Bonorum igitur possessionem ita recte definimus ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit.* — Między *hereditas* a *bon. poss.* zachodził tedy analogiczny stosunek, jak między własnością *kwirytarską* i *bonitarską*.

poszczególnych praw odziedziczonych, a względnie przeciwko dziedzicowi, mógł także bonorum possessor wynosić, a względnie mogły być przeciwko niemu wyniesione jako *actiones fictitiae*,⁹⁾ — na rzeczach spadkowych miał bonorum possessor własność bonitarską, która po upływie roku *usucapione pro herede* stawała się własnością kwirytarską,¹⁰⁾ — wreszcie wprowadził pretor dla obrony bonorum possessionis osobny interdykt *adipiscendae possessionis*: *interdictum quorum bonorum*.¹¹⁾ Interdykt ten był podobnie jak *hereditatis petitio*, która służyła dziedzicowi *ex iure civili*, skargą ogólną, służącą do uzyskania ogółu rzeczy spadkowych, zostających w cudzem posiadaniu, ale odmiennie od *hereditatis petitio* miał za przedmiot jedynie rzeczy zmysłowe — *corpora hereditaria*.¹²⁾ Interdyktem tym można było działać przeciwko każdemu, kto *corpora hereditaria* posiadał, bądź *pro herede*, nawet jeśli w samej rzeczy był *heres*,¹³⁾

⁹⁾ Gai. III. 81, IV. 34, Ulp. XXVIII. 12. — Czyli bonorum possessor zaraz w początkach tej instytucji mógł wynosić skargi, służące dziedzicowi, za pomocą fikcji, jak Leist (Glück'a Com.) I. str. 109 sq. utrzymuje, lub też z początku mógł działać jedynie za pomocą *sponsionis praeiudicialis*, jak znowu Puntchart (str. 379) twierdzi, to zależy od tego, czy w czasie wejścia w życie bonorum possessionis istniało już lub nie postępowanie *per formulas*, co jednak w obec niepewności, w którym czasie obydwie te instytucje swój początek wzięły, nie da się stanowczo rozstrzygnąć.

¹⁰⁾ Gai. III. 80. Por. Puchta Insti. §§. 236 i 316, Salkowski §§. 68. II. i 147. III. Bonorum possessor posiadał rzeczy spadkowe *pro herede* (L. 11. pr. D. de hered. pet. 5. 3: ... et bonorum possessor pro herede videtur possidere), azatem korzystał z *zasiedzenia pro herede*, a to nawet względem tych rzeczy, które przed nim ktoś trzeci posiadał i wydał mu je dobrowolnie lub na skutek skargi. (Por. Huschke Zeit. f. gesch. RW. XIV. str. 193, Arndts Schrif. II. str. 360. n. 142. i pow. §. 8. n. 19 i 20) Reguła: *Nemo ipse causam possessionis mutare potest*, nie stosowała się do bonorum possessor. (Por. §. 8. not. 23. i L. 33. §. 1. D. de usurpat. 41. 3).

¹¹⁾ Gai. III. 34, IV. 144, §. 3. I. de inter. 4. 15. Tit. Dig. 43. 2. Tit. C. VIII. 2. quorum bonorum.

¹²⁾ L. 1. §. 1, L. 2. D. quor. bon. 43. 2.

¹³⁾ Gai. IV. 144: ... *pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est*.

байдз pro possessore, a tem znowu wyrózniał się ten interdikt korzystnie od hereditatis petycyi, iż był skuteczny i przeciwko temu, kto na rzeczach spadkowych nabył już własność usucapione pro herede,¹⁴⁾ gdy przeciwnie hereditatio uzyskała tę moc dopiero później za czasów Hadryana.¹⁵⁾ Natomiast bonorum possessor nie miał hereditatis petitionem; ta służyła wyłącznie dziedzicowi ex iure civili.¹⁶⁾

¹⁴⁾ L. 1. pr. D. quo. bon. 43. 2. Że interdikt quorum bonorum już w pierwszych czasach, gdy pretorowie wprowadzili ten środek prawny, miał skutek także przeciwko temu posiadaczowi rzeczy spadkowych, który je już nabył na własność usucapione pro herede, że zatem odnośny ustęp interdaktu: „possideresve, si nihil usucapitum esset“ mieścił się w nim od początku, tego nie można wprawdzie stwierdzić świadectwami źródeł, ale za tem przemawia usilnie natura bon. possessionis, jak to wymownie wykazał Leist (Bon. posse. I. str. 101 sq. i w Glück'a Comme. Ser. 37 et 38. T. I. str. 378 sq). Zdanie to podziela ją pomiędzy innymi: Keller Instit. str. 252, Puchta Instit. §. 316. not. c., Kuntze Cursus (2 wyd.) §. 873, Müller §. 180. VII, a i Savigny, który bronił przeciwnego zdania, uznał później (Verm. Schrif. II. str. 239) ważność argumentów Leista. Inni sądzą, że pomieniona skuteczność interdaktu przeciwko nabywcy rzeczy spadkowych usucapione pro herede datuje się, podobnie jak względem hereditatis petycyi, dopiero od Senatusconsultu z czasów Hadryana (not. 15). Por. Huschke Zeit. f. ges. RW. T. XIV. str. 215, Arndts Schrif. II. str. 368, Brinz (2 wyd.) I. §. 159. do not. 44, Rivier §. 8, Flach str. 124 sq., Machelard Théorie generale des interdits en droit romain str. 51, Zielonacki Drei Abhandlungen str. 17.— Szczegółowo o Inter. quorum bonorum będzie mowa na właściwem miejscu.

¹⁵⁾ Por. §. 8. n. 35.

¹⁶⁾ Jaką była istota prawna bon. possessionis zaraz w początkach tej instytucyi, to jest nadzwyczaj sporne, z powodu bardzo niedostatecznych źródeł z czasów dawniejszych. Najwięcej uzasadnionem jest jednak, według naszego przekonania, zdanie Leista, że natura prawna bon. possessionis była od początku taka sama, jaką była w czasach klasycznej jurysprudencji według wyjaśnionych powyżej źródeł z tego czasu, że zatem bon. possessio od początku była faktycznie dziedziczeniem, sukcesją uniwersalną z mocy ustanowień pretorskich, i że nie co innego było właściwem jej zadaniem, jak tylko właśnie rychłe ustanowienie reprezentanta dla spadku, z uwagi na interesa rozmaitych interesentów, bez naruszenia zresztą praw dziedziców ex iure civili.— Argumenta Leista (Glück'a Com. I. szczególnie str. 93 sq, 435 sq.) są w krótkości następujące:

Pierwotnie udzielał pretor bonorum possessionem jedynie tym osobom, które według ius civile miały prawo do

a) Ze względu na napis i wstępne słowa edyktu pretorskiego, jak go nam Cicero podaje (pow. not. 3), należy przed słowami: possessionem dabo, w myśli dopełnić słowo: hereditatis. „Si de hereditate ambigitur... hereditatis possessionem dabo.“ Gdy zaś wyraz hereditas we wstępnych słowach edyktu jest z pewnością użyty w znaczeniu podmiotowym, nie zaś przedmiotowym (§. 2. not. 26), ponieważ nie to może być wątpliwem, gdzie się spadek podział, lecz komu dziedzictwo się należy, przeto postanowienie edyktu: hereditatis possessionem dabo, może jedynie znaczyć: udzielię posiadanie prawa dziedzictwa, t. j. nadam faktycznie stanowisko dziedzica. — (Co do znaczenia wyrazu ambigitur por. Cicero de Orat. II. §§. 104. 110. 111. 137. III. §. 111, Top. §. 38, de Invent. II. §. 122. Lex Rubria c. 21. lin. 18. 19, L. 12. C. de iure delib. 6. 30).

b) Za taką interpretacją edyktu przemawia stanowczo ta okoliczność, że Labeo określa wyraźnie bon. possessionem jako iuris possessio (powy. not. 6), a niepodobna przypuścić, iżby w tak krótkiej przestrzeni czasu między Ciceronem a Labeonem istota prawna bon. possessionis uległa zmianie. (Cic. † 43. a. Ch. n. — Labeo * 50. a. Ch. n. † 15 — 20 p. Ch. n. Ob. Pernice Marcus Antistius Labeo I. str. 7 sq).

c) To znaczenie prawne, które bon. possessio miała w czasach Cicerona, stanowiło i przedtem od początku tej instytucji jej istotę, ponieważ Cicero, w ustępach powyżej w noc. 3. za cytowanych, wyraźnie i po kilkakroć oświadcza: Posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure uti sumus... Iste edictum, quod antea istum (Verrem) et postea omnes habuerunt... Hoc translaticium est... Omnes antea ius ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse.

d) Tem się tłómaczy, a oraz jest dalszym dowodem na powyższe twierdzenie ta okoliczność, że pierwotnie dla oznaczenia tej instytucji, w ślad za osnową edyktu, używano przeważnie nazwy: hereditatis possessio. Tak mianowicie Cicero używa tego wyrazu na rozmaitych miejscach swoich mów razem 10 razy, zaś wyrazu bonorum possessio tylko 4 razy. (Leist, Glück'a Comm. I. str. 48 sq). A gdy później w czasach klasycznej jurisprudeney, znowu w ślad za początkowemi słowami interdylktu („Quorum bonorum“), weszła przeważnie w użycie nazwa: bonorum possessio, to zawsze prawnicy tej epoki uważają obydwie nazwy hereditatis i bonorum possessio za jednoznaczące. (L. 3. §. 1. D. h. t.: hereditatis bonorum ve possessio. L. 26. §. 11. D. de cond. ind. 12. 6.: hereditatis vel bonorum possessori).

dziedzictwa, bądź z testamentu, bądź ab intestato.¹⁷⁾ Z czasem jednak poczęli pretorowie, *iuris civilis emendandi*¹⁸⁾ *gratia*, udzielać *bonorum possessionem* i takim osobom, które według *ius civile* nie były powołane do spadku, szczególnie krewnym kognacyjnym spadkodawcy, tudzież w kilku przypadkach¹⁹⁾ dziedzicom, ustanowionym w te-

Tego samego zdania jak Leist, co do prawnego znaczenia *bon. pos.* w pierwszych początkach tej instytucji, są w zupełności szczególnie Danz II. § 176. str. 148 sq., Hartmann str. 535, Sintenis *Prac. Civilrecht* III. §. 193. not. 1, Keller *Pand.* §. 458, Flach str. 13 sq., Rivier §. 9. l. 2, w części także Ad. Schmidt *Das formelle Recht der Notherben* str. 65. Dokładny przegląd innych opinii wraz z krótką krytyką podają szczególnie: Danz II. §. 176. str. 143 sq., Vangerow II. §. 398 str. 15 sq., Kuntze *Excuse* (2 wyd.) str. 605 sq., Hingst str. 1—116, i Janssonius str. 1—81. Por. nadto *Zielonacki Controversiae* str. 4 sq., *Maciejowski* II. str. 65 sq.

¹⁷⁾ Kwestya, w jakim porządku co do czasu poszczególne części systemu *bon. pos.* do edyktu pretorskiego weszły, jest także bardzo sporna, jednakże ustępy z Cicerona (por. not. 3), według trafnej interpretacji Leista (por. Glück *Com.* I. str. 50 sq.), przemawiają usilnie za porządkiem, w tekście przedstawionym. Tego samego zdania są pomiędzy innymi także: Löhr *Mag.* III. str. 254 sq., Fabricius str. 33 sq., Francke *Comm. über den Pandectentitel de hereditatis petitione* str. 28, Schröder *Das Notherbenrecht* str. 110 sq., Flach str. 3 sq., Danz §. 176. I. II, Esmarch §. 86, Vangerow II. §. 398. str. 12 sq., Sintenis IV. §. 193 n. 1, Salkowski §. 147. IV, Tewes I. str. 23, Rivier §. 9. Reckhaus §. 6, *Zielonacki Controversiae* str. 6. Inni znowu utrzymują, że *bon. possessio* miała od początku zadanie, uzupełniać resp. zmieniać *ius civile*, że zatem klasy supletoryjne, a nawet, jak niektórzy sądzą, korekcyjne mieściły się już w pierwotnym edyktie pretorskim. Por. mianowicie Schirmer str. 94. not. 36, Puntchart *Die Entw. des grundgesetz. Civilrechts d. Römser* str. 360 sq., tudzież Huschke *Krit. Jahrbü.* str. 15 sq., Schmidt *Das form. R. d. Notherben* str. 65 sq., Windscheid III. §. 532. not. 4.

¹⁸⁾ Wyraz „*emendare*“ ma rozmaite znaczenia. W najobszerniejszem, tutaj użytym znaczeniu, stosuje się on do wszelkich postanowień pretorskich, które zawierają jaką reformę w stosunku do *ius civile*, a więc nie należą do postanowień, wydanych *confirmandi gratia*. Gai. III. 25.

¹⁹⁾ Por. poniż. §. 12. not. 50 i 51, §. 16. not. 71, §. 32. not. 17 i 22, §. 33. l. 1 i 2.

stamencie *iure civili* nieważnym. W ten sposób rozszerzyły się ramy tej instytucji; do pierwotnych przepisów edyktu, wydanych *ius. civ. confirmandi gratia*, przybyły nowe postanowienia, jużto *ius. civ. supplendi*, jużto *corrigendi gratia*.

Czas, w którym te poszczególne klasy *bonorum possessionis* weszły do edyktu, nie da się ściśle oznaczyć, jednak w czasach klasycznej jurysprudencji, i to prawdopodobnie od czasów Augusta,²⁰⁾ system *bonorum possessionis* był już zupełnie wykończony i obejmował tak samo, jak *ius civile* (§. 6.), dwie przyczyny dziedziczenia: powołanie przez testament i powołanie przez postanowienie prawa.²¹⁾ Przyczyny te dziedziczenia były według wzajemnego ich stosunku wyszczególnione w edyktie w następującym porządku: najpierw *bon. pos. contra tabulas*, za nią *bon. pos. secundum tabulas*, a w końcu *bon. pos. intestati*, podzielona na klas kilka.²²⁾ W tym porządku były pomieszczone na odpowiednich miejscach (*confirmandi gratia*) także osoby, powołane do spadku według *ius civile*. Dla nich uzyskanie *bonorum possessionis* nie było wprawdzie koniecznym, albowiem i bez tego należał im się spadek *iure civili*, ale zawsze korzystnym (*bon. pos. utilis*) z tego powodu, iż uzyskawszy *bon. pos.*, prócz pełnych praw dziedzica podług *ius civile*,²³⁾ mieli także korzyści płynące z edyktu, jak mianowicie *interdictum quorum bonorum* (Gai. III. 34). Inni, opierający swe prawo do spadku jedynie na przepisach pretorskich, nie mogli inaczej przyjąć do spadku, jak tylko

²⁰⁾ Leist (Glück'a Com.) II. str. 10 sq., Vangerow II. §. 398. str. 14.

²¹⁾ Por. Ulp. XXVIII. 1, L. 6. §. 1. D. h. t. O powołaniu do spadku (*delatio*) ze względu na *bon. pos.* mówią liczne ustępy w źródłach. Ob. Leist (Glück'a Com.) I. str. 303, Schirmer §. 7. not. 12.

²²⁾ §. 3. I. h. t, L. 2. pr. D. de *bon. pos. sec. tab.* 37. 11. L. 1. pr. §. 2, L. 2. D. si *tab. test. null.* 38. 6, L. 1. D. *quis ordo.* 38. 15.

²³⁾ Domaganie się *bon. possessionis* zawierało w sobie równocześnie niewątpliwe oświadczenie woli, potrzebne do objęcia spadku podług *ius civile*. L. 12. C. de *iur. del.* 6. 30.

przez uzyskanie bonorum possessionis; dla nich więc ta droga była konieczną (bon. pos. necessaria).²⁴⁾

Poszczególne klasy były powołane do bon. possessyi w tym samym porządku, w jakim były umieszczone w edykcji, a powołanie to postępowało od klasy do klasy w ten sposób, iż w razie, gdy powołani w klasie pierwszej nie uzyskali bon. possessionem, powoływano klasę drugą, potem następną, dopóki kto z powołanych bon. possessionem nie uzyskał. Każda klasa następna była więc powołana do bon. pos. nietylko wtedy, gdy nie było nikogo, komu w klasach ją wyprzedzających spadek mógłby być przypaść, ale i wtedy, gdy osoby, należące do klas poprzednich, w oznaczonym czasie nie domagały się bon. possessionis, albo z innej przyczyny (n. p. w skutek śmierci, zrzczenia się) odpadły. Klasa następna była w drugim przypadku tak powołana, jak gdyby w klasie poprzedniej w samej rzeczy nikogo nie było.²⁵⁾ Na odwrót, dla klasy z rzędu następnej tak długo nie otwierał się spadek, jak długo osoby, powołane w klasie poprzedniej, w czasie oznaczonym mogły jeszcze uzyskać bon. pos. Taka sama successio zachodziła przy bon. pos. intestati w części także w obrębie tej samej klasy, postępując tu od krewnych spadkodawcy bliższego stopnia do tych stopnia dalszego. Czas, w przeciągu którego powołany, pod utratą prawa do bon. possessyi, winien był domagać się takowej, wynosił z reguły 100 dni, liczonych utiliter, dla krewnych zstępnych i wstępnych spadkodawcy zaś rok jeden (annus utilis).²⁶⁾ — To następowanie po sobie (successio) jednej klasy za drugą, a w części w tej samej klasie jednego stopnia pokrewieństwa za drugim, stanowiło charakterystyczną cechę instytucji bon. possessionis, odró-

²⁴⁾ Wyrazy: bon. pos. utilis i necessaria są w tem znaczeniu z dawien dawna używane w nauce i nie są wcale nieodpowiednie, chociaż nie mogą być uzasadnione źródłowo. Per. Leist (Glück'a Com) II. str. 267 sq.

²⁵⁾ Ulp. XXVIII. 11: „perinde atque si superiores non essent“. Gai. III. 36, §. 10. I. h. t., L. 2. pr. D. de bon. lib. 38. 2, L. 1. §. 10. D. de succe. edic. 38. 9.

²⁶⁾ Ulp. XXVIII. 10, §§. 9 i 11. I. h. t., L. 1. §§. 8. 9. 12. D. de succes. edi. 38. 9, L. 2. pr. §. 1, L. 4. §. 1. D. quis ordo. 38. 15. i inne.

zniało ją wybitnie od systemu dziedziczenia na mocy *ius civile*, względem którego obowiązywała wprost przeciwna zasada: „*in legitimis hereditatibus successio non est*“.²⁷⁾ Reguły, płynące z tej zasady pretorskiej, mieściły się w osobnej części edyktu, zwanej specjalnie *successorium edictum*.²⁸⁾ W obszerniejszem znaczeniu odnosiła się ta sama nazwa (*successorium edictum*) do całego edyktu, ty- czącego się prawa spadkowego (Ulp. XXVIII. 12).

Między *hereditas* a *bonorum possessio* zachodziła także formalna różnica co do sposobu nabycia spadku.

²⁷⁾ Ulp. XXVI. 1. 2. 5, Gai. III. 12. 22, Paulus R. S. IV. 8. §. 23. Por. Merkel Die Lehre von der *successio graduum* unter Intestaterben §. 3.

²⁸⁾ Tit. Dig. 38. 9. De *successorio edicto*. Tit. Dig. 38. 15. *Quis ordo in possessionibus servetur*. Tit. Cod. 6. 16. De *edicto successorio*. §§. 9—11. I. de *bon. pos.* 3. 9. — L. 1. C. h. t. : *ex edicto, quo prioribus non petentibus sequentibus permittitur*. L. 2. pr. D. de *bon. liber.* 38. 2. — Zasada sukcesyi jednej klasy za drugą, rozwinięta w całej pełni w czasach prawników klasycznych, była zawarta w edyktie pretorskim już od początku, t j. zaraz w chwili wprowadzenia instytucyi *bonorum possessionis* (Leist Glück'a Comment. I. str. 100 sq., 324 sq., Hartmann str. 535 i 538). Mianowicie dziedzic ab *intestato* był powołany do *bon. pos.* już według pierwotnego edyktu (pow. not. 3) nietylko wtedy, gdy spadkodawca nie pozostawił ważnego testamentu, ale także w tym razie, gdy dziedzic testamentowi nie żądali *bon. pos.* w ogóle w przypadku, gdy pretorowi nie przedłożono testamentu („*si tabulae testamenti non proferentur*“). O tyle zatem zawierał edykt pretorski już od początku *emendationem iuris civilis*, gdyż według *ius civile* testament ważny tak długo wykluczał dziedzica ab *intestato* od powołania, jak długo dziedzic w testamencie ustanowiony, a żadnym terminem nie związany, mógł spadek objąć (L. 39 D. de *adq. v. omit. her.* 29 2, L. 1. pr. D. de *suis et leg.* 38. 16, L. 8. C. com. de *succes.* 6. 59). — Czyli zaś już w pierwotnym edyktie był także pewien czas oznaczony, w przeciągu którego powołany winien był domagać się *bon. pos.*, tego na pewne twierdzić nie można. Prawdopodobnie zależało pierwotnie oznaczenie czasu w każdym przypadku od ocenienia pretora. Że zaś pewien termin, chociażby arbitralny, musiał być już od początku w użyciu, na to wskazuje z koniecznością ta okoliczność, że upływ pewnego czasu był niezbędnym warunkiem stwierdzenia, iż nikt testamentu pretorowi nie przedłożył. (Leist Glück'a Com. I. str. 104 sq., str. 328 sq.).

Bon. pos. opierała się na udzieleniu takowej — *datio* — ze strony właściwej magistratury, mającej *imperium*, (pretora, a względnie namiestnika prowincyi); jej udzielenie uważają prawnicy rzymscy za szczególne beneficium pretorskie.²⁹⁾ Z tego powodu najpierw nikt nie mógł nabyć bon. possessionem mimo swej woli („*Invito autem nemini bon. pos. acquiritur.*“ L. 3. §. 3. D. h. t.),³⁰⁾ gdy przeciwnie według *ius civile* niektórzy powołani (*necessarii*) nabywali spadek *ipso iure* (§. 7). Powtóre, dziedzice według *ius civile*, o ile nie należeli do *heredes necessarios* (t. zw. *heredes voluntarii*), nabywali spadek przez samo oświadczenie woli przyjęcia spadku (*aditio hereditatis*), bądź uroczyste (*cretio*), bądź nieuroczyste (*pro herede gestio*), kto zaś chciał uzyskać bon. possess., winien był w terminie oznaczonym prosić pretora o jej udzielenie (*petere, postulare, agnoscere, admittere bon. pos.*).

Postępowanie pretora przy udzieleniu bonorum possessionis było głównie dwojakie, według tego, czy bonorum possessio była *edictalis* lub *decretalis*.³¹⁾

Bon. pos. *edictalis* (s. *ordinaria*).³²⁾ Edykt pretorski zawierał pewne stałe postanowienia co do wymogów,

²⁹⁾ Gai. III. 35, IV. 144: „*quorum possessio data est*“, §. 2. I. h. t., L. 3. §. 5, L. 15. D. h. t., L. 1. pr. D. quor. bon. 43. 2, Val. Probus: „(Bonorum) *possessio data est.*“ (Por. Huschke *Iurispr. antei.* edit. tert. str. 141. i Krüger *Collectio librorum iuris anteiustiniani*. II. str. 147. l. 33). — Gai. III. 34, Ulp. XXVIII. 12, *Collatio XVI. cap. V. 1, L. 6. §. 1. D. h. t., L. 8. pr. D. de stipul. praet. 46. 5. i inne.*

³⁰⁾ Por. także L. 5. C. unde legit. 6. 15.

³¹⁾ Nazwy te są źródłowe, nie zaś, jak Heimbach (str. 313) sądzi, wynalezione przez nowszych prawników. Por.: „*Edictalis*“ L. 1. §. 4. D. si tab. test. nul. 38. 6, L. 30. §. 1. D. de adq. v. om. her. 29. 2. — „*Decretalis*“ L. 1. §. 7. D. de succ. edi. 38. 9.

³²⁾ Wyraz: „*b. p. ordinaria*“ pochodzi w źródłach dla oznaczenia bonorum possessionis, należnej wprost na mocy postanowień edyktu pretorskiego i podług stałego klas porządku. Okazuje to się ztąd, że Ulpian używa tego wyrazu, na przemian z nazwą *b. p. edictalis*, w przeciwstawieniu do *b. p. Carboniana* (L. 5. §. 3. D. de leg. praest. 37. 5, L. 3. §§. 14—16. D. de Carb. edi. 37. 10, L. 1. §. 4. D. si tab. test. nul. 38. 6), a znowu na innem miejscu (§§. 7 i 8. I. h. t.) *b. p. ordinaria*

od których zależało uzyskanie bon. pos., tak że każdy, względem kogo in concreto te wymogi zaistniały, był już tem samem powołany do bon. possessyi. Żądanie i udzielenie bonorum possessionis opierały się tu wprost i bezpośrednio na postanowieniach edyktu, a ztąd nazwa: bon. pos. edictalis. Powołany przytaczał w prośbie swej pisemnej ³³⁾ te fakty-

jest przeciwstawiona b. p. quibus ex legibus (pon. not. 60). Od czasu Glossatorów (por. Leist Bon. pos. II. 2. str. 374 sq., 399. 411) utworzono w nauce, w przeciwstawieniu do nazwy b. p. ordinaria, osobną nazwę: b. p. extraordinaria, obejmując nią wszelkie inne bon. possessiones, a mianowicie bon. pos. quibus ex legibus, decretalem i litis ordinandae gratia. I po dziś dzień bywa ta nazwa (extraordinaria) używana dla oznaczenia bądź wszystkich tych bon. possessiones, które nie należą do pewnej stałej klasy porządku edyktalnego (p. Schirmer §. 7. n. 28, Heimbach str. 315, Lôhr Magaz. III. str. 231 sq.), bądź b. p. quibus ex legibus i decretalis (p. Müller § 180. IV), bądź też tylko b. p. quibus ex legibus (p. Puchta Inst. § 316. ad not. cc, *Jan Win. Bandtkie Lineamenta iuris romani* (1816) str. 177), albo wreszcie tylko bo. pos. decretalis (p. Tewes I. §. 3. str. 34. 35, Vering Erbrecht str. 588. do n. 6). Atoli używanie nazwy bon. pos. extraordinaria nie jest ani uzasadnione, ani stosowne. Najpierw nazwa ta nigdzie w źródłach nie przychodzi, a i w §. 8. I h. t. nie jest bon. pos. quibus ex legibus nazwaną extraordinaria, lecz tylko podaną quasi ultimum et extraordinarium auxilium (p. Böcking Institu. §. 25. n. 7, Vering Erbrecht str. 588. n. 6, ale znowu Gesch. u. Pand §. 249. IV. 3). Potwóre, nazwa ta prowadzić może do tego błędnego wniosku, że wszelkie bo. possessiones, w przeciwstawieniu do bo. pos. ordinaria, polegają na pewnej wspólnej zasadzie prawnej, skoro je można objąć wspólną nazwą (p. Leist Bon. pos. II. 2. str. 10 sq. i w Glück'a Com. II. str. 269 sq).

³³⁾ Prośba winna była być wniesiona w pewnej formie, co się okazuje z L. 1 C. commu. de succes. 6. 59: „si sollemniter petierint bonorum possessionem“. L. 2. C. eod. Por. także Teophilus ad §. ult. I. de bon. pos. 3. 9. — Jaka była ta forma, to nam nie wiadomo, gdyż kompilatorowie zbiorów Justiniańskich, ze względu na zaszłą później w tej mierze zmianę, nie umieścili w nich żadnego jej opisu. Najmniej uzasadnionem jest przypuszczenie (p. Donellus lib. VII. c. XIV. §. 19, Flach str. 61), że o udzielenie bon. pos. trzeba było prosić w wyrazach uroczystych, owszem uwzględniając sposób postępowania przy innych aktach imperium pretorskiego (por. L. 9. §. 1.

czne stosunki, na których stosownie do edyktu żądanie swe opierał, a skoro takowe odpowiadały wymogom, w edyktie wskazanym, udzielał pretor bonorum possessionem, nie dochodząc poprzednio prawdziwości przytoczonych faktów (de plano). Stwierdzić te fakta miał bonorum possessor dopiero w następnym możliwym procesie, gdy z tytułu uzyskanej bon. possessyi działał interdicto quorum bonorum lub actione fictitia, albo gdy był pozwany przez kogoś trzeciego. Wtedy to miał on nietylko wykazać, że uzyskał bonorum possessionem, ale także, w razie zaprzeczenia udowodnić, że udzielenie jej było w samej rzeczy uzasadnione w postanowieniach edyktu („ex edicto data est“³⁴), t. z. że faktyczne stosunki odpowiadały w rzeczywistości tym wymogom, od których według edyktu zależało uzyskanie bon. possessionis.³⁵) Gdyby tego nie udowodnił, rzecz była tak uważana, jak gdyby bonorum possessio nie była udzielona, („data non intelligitur“ L. 42. §. 2.

D. de offi. procon. 1. 16, L. 71. de R. I. 56. 17), można przyjąć za prawdopodobne, że ta forma na tem polegała, iż prośbę o udzielenie bon. pos. należało wnieść na piśmie (libellus), i prawdopodobnie wypisywał pretor na tej samej prośbie swą odpowiedź (subscriptio). Takie jest też panujące zdanie. Por Danz II. § 176. III. 1, Müller §. 180. IV, Vangerow II § 400. Uwa. I, Vering Erbrecht str. 588. n. 5, Alibrandi str. 60 §. 84, Löhr Magaz. III. str. 285 sq. i Arch. f. c Pr. XII. str. 106 sq.

³⁴) L. 1. pr. D. quor. bon. 43. 2, L. 1. §. 10. D. de insp. vent 25. 4, L. 25. § 1. D. de leg praest. 37. 5, L 51. D. de bon. lib 38 2, L. 1. 2. C. de edic. succes. 6. 16, L. 2. C. quor. bon. 8. 2, Gai. III. 41, IV. 34, Ulp. XXVIII. 4.

³⁵) Uzyskawszy n. p. bon. pos. contra tabulas, winien był udowodnić, iż w samej rzeczy był dzieckiem spadkodawcy, powołanem do tej sukcesyi. — L. 1. C. quo. bon. 8. 2: Hereditatem eius, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus iudicibus qui super ea re cognituri erunt de fide intentionis adlega. Quamvis enim bonorum possessionem ut praerertus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris. L. 16. §. 1. D. de inof. test. 5. 2.

D. de boni. lib. 38. 2),³⁶⁾ gdyż pretor, udzielając bon. pos. de plano, udzielał ją w przypuszczeniu prawdziwości przytoczonych w prośbie faktów.³⁷⁾ Niekiedy jednak zachodziła przy bon. pos. edictalis potrzeba sprawdzenia pewnych niezwykłych okoliczności — *causae cognitio*, — co się odbywało pro tribunali, ale sine decreto, tak n. p. w razie udzielenia bonorum possessionis dziedzicowi, ustanowionemu pod warunkiem zawieszającym, przed ziszczeniem się tego warunku, badano okoliczności, dotyczące się złożenia kaucyi, — podobnie była *cognitio* potrzebną w przypadku, gdy o bon. pos. prosił procurator lub negotiorum gestor powołanego.³⁸⁾

³⁶⁾ L. 5. pr. D. de dot. col. 37. 7: „frustra petita est“. Co do innych wyrażań źródłowych, tu należących, por. Leist (Glück'a Com.) I. str. 459. n. 80, II str. 255. not. 90, Schirmer str. 75. n. 5.

³⁷⁾ Przeważna część prawników nowoczesnych godzi się na to, że pretor przy udzieleniu bon. pos. edictalis postępował w sposób, w tekście opisany. Por. szczególnie Donellus lib. VII. cap. XIV. § 19, Löhr Magaz. II. str. 451 sq., III. str. 285 sq. i Arch. f. c. Pr. XII. str. 106 sq., Fabricius str. 156 sq., Leist (Glück'a Com.) I. str. 399 sq. 451. 479, II. str. 254 sq., Schirmer str. 75. 81 i 84. not. 24, Vering Erbr. str. 588. not. 5, Gesch. u. Pand. §. 249. IV. 2, Tewes I. str. 34 sq., Danz II. §. 176. III. 1, Müller §. 180. IV, Puchta Insti. II. §. 316. do not. q. sq., Vangerow § 400. Uw. I, §. 509. Uw. 2. III. Niektórzy jednak utrzymują przeciwnie, że pretor już przed udzieleniem bon. pos. edictalis sprawdzał fakta, przytoczone przez proszącego (*causae cognitio*), przynajmniej o tyle, aby się przekonać o ich prawdopodobieństwie, chyba że prawdziwość tych faktów była widoczna. P. Mayer §. 134. not. 2, Flach str. 152—172, a dawniej także Leist (Bon. pos. I. str. 174 sq., 302. 321. 386 sq.).

³⁸⁾ Poniżej §. 27. not. 56 sq. i w rozdziale o nabyciu dziedzictwa. — Fabricius (str. 164 sq.) zalicza te dwa przypadki do bon. pos. decretalis, dopatrując się takowej wszędzie tam, gdzie *causae cognitio* była potrzebną. Por. także Brinz (1 wyd.) § 204. 2. c. Zdanie to jest jednak mylne, gdyż w przypadkach tego rodzaju powołanie do bon. pos. opierało się wprost na postanowieniach edyktu, a potrzeba *cognitionis* pewnych okoliczności, nie mogła zmienić tej istoty rzeczy. Źródła przeciwstawiają też wyraźnie bon. pos. *causa cognita datam*, *bonorum possessioni per decretum datae*. L. 3. § 8. D. h. t., L. 2. §. 1. D. quis ordo. 38. 15. — Por.

B. p. decretalis.³⁹⁾ W niektórych przypadkach udzielał pretor bonorum possessionem tylko *causa cognita* i *per decretum* (pro tribunali), a mianowicie:

a) Jeżeli uznał za stosowne udzielić komu bono. possessionem w przypadku, nieprzewidzianym naprzód w edyktcie, szczególnie gdy rozchodziło się o osobę, którą wypadalo uważać za powołaną do bon. pos., chociaż nie według brzmienia, to zawsze w duchu postanowień edyktu.⁴⁰⁾ Ta bon. pos. decretalis miała jedynie na celu zastąpić braki edyktu, a ztąd wynika samo przez się, iż jej zastosowanie, jakkolwiek w początkach mogło być częste, musiało z czasem stawać się coraz mniej potrzebnem, gdy pretorowie, zbierając doświadczenia właśnie w tego rodzaju pojedynczych przypadkach, wypełniali coraz więcej braki edyktu nowemi postanowieniami.⁴¹⁾

Huschke str. 27, Leist Bon. pos. II. 1. str. 309 sq., tudzież w Glück'a Com. T. II. str. 210. not. 29. 267, III. str. 47, Alibrandi str. 60, Mayer str. 407, Schirmer str. 84. not. 24, Vangerow II. § 400. Uwa. II. 1, Mainz III. str. 278, Rein str. 843.

³⁹⁾ Z powodu bardzo niedostatecznych w tej mierze źródeł bywa różnica pomiędzy bon. pos. edictalis a decretalis rozmaicie pojmowana, a jeszcze więcej granice zastosowania tej ostatniej. Por. mianowicie Donellus lib. VII. cap. XIV. §§. 21—29, Löhr Magaz. II. str. 437 sq., IV. str. 420 sq., Fabricius str. 156 sq, Huschke str. 27 sq., Heimbach str. 313 sq., Leist (Glück'a Com.) II. str. 264 sq., Flach str. 153 sq., Schirmer str. 82. not. 23, Vering Erbr. str. 588 sq., Mayer str. 407 sq., Danz II. §. 176. III, Puchta Inst. II. §. 316. do not. x sq., Müller §. 180. IV, Vangerow II. §. 400, Keller Pand. §§. 531. 532. 549—551, Zielonacki II. §§. 350. 360.

⁴⁰⁾ Przypadki zastosowania b. p. decretalis, tu należące, są według źródeł następujące: a) L. 4. D. de coniung. eman. lib. 37. 8, b) L. 14. §. 1. D. de b. p. cont. tab. 37. 4. (primus casus), c) L. 14. §. 1. D. de b. p. cont. tab. 37. 4. (secundus casus). — Por. szczegółowo Löhr Magaz. II. str. 441 sq.

⁴¹⁾ Ztąd też inni prawnicy rzymscy, mówiąc o tych samych przypadkach, które w nocie 40 są przytoczone, nie wspominają wcale o dekrecie. Por. ad a) L. 5. §. 1, L. 6. D. si tab. test. nul. 38. 6, — ad b) L. 6. §. 4. D. de bon. pos. con. tab. 37. 4, — ad c) L. 3. §. 9, L. 17. D. eodem.

b) W razie, gdy pewna osoba nie mogła uzyskać bon. pos. edictalem dla pewnych prawnych przeszkód, udzielał pretor bon. pos. per decretum, aby w ten sposób umożliwić przejście spadku na jej dziedziców,⁴²⁾ — wreszcie udzielał pretor w pewnych oznaczonych przypadkach, jakoto: B. p. ex Carboniano edicto, furiosi et captivi nomine,⁴³⁾ per decretum prowizorycznie bonorum pos.

Zielonacki (II. §§. 350 i 360) ogranicza w definicyi swej bonorum posse. decretalem wyłącznie do przypadków rozciągłego tłumaczenia edyktu, chociaż z drugiej strony, wyliczając te przypadki, wymienia także i takie (§. 360. l. 3. 4. 5), które niewątpliwie należą do innej kategorii bon. pos. decretalis. (Ob. poniż. not. 42). To samo stosuje się także do Kellera (§§. 531 i 532). Keller mówi wprawdzie na innym miejscu (§§. 549—551) jeszcze o (decretalis) Bon. pos. ex Carboniano edicto i furiosi nomine, ale w rzeczy nie uznaje ich za istotne bonorum possessiones.

⁴²⁾ Należące tu prawne przeszkody agnitionis b. p. edictalis były następujące: a) Pominięcie postumi w testamentie. W tym wypadku dziedzice testamentowi nie mogli agnoscere bon. pos., jak długo losy testamentu, z powodu spodziewania się postumi, pozostawały w zawieszeniu, (por. pon. w oddziale o dziedziczeniu przeciwtestamentowem), pretor zatem udzielał im, (jednak tylko dzieciom spadkodawcy), decreto bon. pos.: „ut et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat“ (L. 4. §. 3. D. de b. p. co. ta. 37. 4, L. 84. D. de adq. v. omit. her. 29. 2), a jeśli przed tym czasem zmarli ich dziedzicom (L. 5. D. de b. p. c. t. 37. 4). — b) Wątpliwy status zmarłego, („utrū mater familias sit, an filia familias“), w skutek czego pozostawało w zawieszeniu, czy w ogóle nastąpi dziedziczenie. (Por. pon. w oddziale o dziedziczeniu ab intestato). Podczas tego („dum status pendet“) udzielał pretor dziedzicom zmarłego bon. pos. decretalem: „ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant“ (L. 1. §. 1. ad SCtum Tertul. 38. 17), wreszcie c) L. 12. D. de Carb. edi. 37. 10. P. Leist (Glück'a Com.) II. str. 228—234. Panująca opinia zalicza wszystkie lub niektóre z przytoczonych tu przypadków do transmisji ex capite in integrum restitutionis. Przeciwno temu zdaniu por. Leist (Glück'a Com.) II str. 195—247, Göring w Jahrbücher f. Dog. XV. str. 150 sq., Mayer §. 113. not. 23, ale w jego obronie wystąpił znowu Schröder w Jahrb. f. D. XV. str. 417 sq. — Por. pon. rzecz o trasmisji.

⁴³⁾ Czyli te przypadki, a mianowicie ex Carboniano edicto i furiosi nomine należą do rzędu bon. pos. decretalis, lub do

z powodu, że stanowcze nabycie spadku musiało do czasu pozostawać w zawieszeniu. We wszystkich tu (b) wymienionych przypadkach spełniała bonorum possessio decretalis w zakresie prawa spadkowego samoistne i właściwe sobie zadanie, czem się różniła tak od bon. pos. edictalis, jak również od bon. pos. decretalis, udzielanej li w celu zastąpienia braków edyktu.

Oprócz różnicy formalnej pod względem postępowania przy udzielaniu, różniła się każda b. p. decretalis od b. p. edictalis tem istotnie, iż powołanie do b. p. decretalis nie opierało się wprost i bezpośrednio na postanowieniach edyktu lecz na osobno wydanym dekrete, t. j. dopiero dekret pretorski, udzielając pewnej osobie bon. possessionem, przyznawał jej eo ipso uprawnienie do tego. Ztąd też przy bon. pos. decretalis, jako w tej samej chwili nabytej (adquisita), w której została uznana za należną (delata), nie mogło być mowy o zrzeczeniu się takowej.⁴⁴⁾ Zresztą zaś b. p. decretalis co do swej istoty miała takie znaczenie prawne, jak poprzednio wyłożyliśmy, i pod tym względem nie różniła się od bon. pos. edictalis.⁴⁵⁾ Termina do uzyskania bon. pos. decretalis były także te same, chociaż faktycznie wynosiły dłuższy okres czasu z powodu, że do tempus utile nie wliczano tych dni, w których nie odbywały się posiedzenia pro tribunali.⁴⁶⁾

missiones in possessionem, jak to wielu w ślad za zdaniem Löhra (Magaz. II. str. 456 sq.) utrzymuje, to jest nadzwyczaj sporne O tem będzie mowa na właściwem miejscu.

⁴⁴⁾ L. 1. §. 7. D. de succe. edi. 38. 9: repudiari eam non posse verius est, quia nondum delata est, nisi cum fuerit decreta; rursum posteaquam decreta est, sera repudiatio est, quia quod adquisitum est repudiari non potest.

⁴⁵⁾ Por. jednak powy. not. 43. — Fabricius sądzi (str. 173 i 174), że każda b. pos. decretalis miała jedynie moc missionis in possessionem, że zatem bon. possessor nie mógł, a względnie nie potrzebował działać interdicto quorum bonorum. Ob. jednak Huschke str. 28, Leist (Glück'a Com.) II. str. 265, Maynz III. str. 279.

⁴⁶⁾ L. 1. §. 7. D. de suc. edic. 38. 9: „diebus finiri potest.“ L. 3. §. 14. D. de carb. edi. 37. 10, L. 2 §§. 1. 2. D. quis ordo. 38. 15. — Z tego samego powodu były i przy bon. pos. edictalis causa cognita (pro tribunali) data termina faktycznie dłuższe

W obec dwóch systemów dziedziczenia: hereditatis z jednej, a bonorum possessionis z drugiej strony, które równocześnie obok siebie istniały, możliwym był taki stan rzeczy, że spadek po tej samej osobie jeden nabył na mocy ius civile (heres), inny zaś uzyskał bonorum possessionem. W razie takiej kolizji wynik ostateczny mógł być dwojaki: przy spadku utrzymywał się (hereditatem obtinebat, retinebat) albo bonorum possessor, a wtedy bonorum possessionem zwano „cum re“ (id est cum effectu), albo heres, a wtedy znowu bonorum possessio zwała się „sine re.“⁴⁷⁾ Zależało to od stanowiska, jakie prawo pretorskie zajęło w stosunku do postanowień iuris civilis w tej części porządku sukcesyjnego, o który właśnie chodziło.⁴⁸⁾ W praktyce jednak wynikał ztąd taki rezultat, iż z reguły rozstrzygał w tej mierze porządek sukcesyjny pretorski, którym, jak już powiedziano, byli także objęci dziedzice ex iure civile.⁴⁹⁾ Aza-

⁴⁷⁾ Ulp. XXVIII. 13: Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re rel. Ulp. XXIII. 6, XXVI. 8, Gai. II. 148, III. 35—37, L. 25. C. de inof. test. 3. 28. — Na wzór tych nazw powstały nazwy: hereditas cum re aut sine re. Por. Gai. II. 125, III. 36.

⁴⁸⁾ Stosunek prawa pretorskiego do ius civile w zakresie prawa spadkowego w razie kolizji bywa ze stanowiska zasady rozmaicie pojmowany. Por. szczególnie: Hugo l. c., Löhr Mag. III. str. 304 sq., IV. str. 441 sq., Fabricius str. 208 sq., Alibrandi str. 49 sq., Schirmer str. 75 sq., Vangerow II. §. 399, Müller §. 180. VIII, Kuntze (2 wyd.) I. §. 869, Leist (Glück'a Com.) I. str. 311 sq., 342 sq., 465 sq., II. str. 93 sq., Maynz III. §. 373, Zielonacki II. §. 349.

⁴⁹⁾ Powtarzamy, że tylko ze względu na rezultat, jaki przy rozstrzygnięciu kolizji między hereditas a bon possessio w praktyce ostatecznie się okazywał, można przyjąć za regułę, iż porządek pretorski był rozstrzygający. Natomiast mylnem jest zdanie, że porządek pretorski z zasady był rozstrzygający w razie kolizji (Hugo, Löhr, Kuntze, Maynz, Tewes I. str. 33), jak również zdanie przeciwne, że z zasady dziedzic ex iure civili miał pierwszeństwo przed bon. possessorem (Fabricius, Vangerow), gdyż zasadnicza przyczyna bon. pos. cum re lub sine re była, jak już powiedziano, różną według stanowiska, jakie prawo pretorskie zajęło w obec ius civ. w odnośnej części porządku sukcesyjnego. (Por. Leist l. c. II. str. 93 sq., Danz II. §. 177. l. 3, Vering Erbr. str. 593 sq., Gesch. u. Pand. §. 249. IV. 5). Mianowicie: a) W zakresie klas, wprowadzo-

tem, jeżeli dziedzic, powołany na mocy *ius civile*, zadowalniając się tem swoim stanowiskiem (— *contentus eo quod iure civile heres sit* — Gai. III. 36, nie domagał się *bon.*

ných *confirmandi gratia*, utrzymywał się przy spadku *heres*, który powołany *iure civili* przyjął spadek, a *bono. pos.* była *sine re*, dla tej wewnętrznej przyczyny, że w tym zakresie o powołaniu do *bon. pos.* rozstrzygało powołanie do spadku na mocy *ius civile*, a zaszła kolizya wykazywała właśnie, że *bon. pos.* w rzeczywistości nie przypadła temu, kogo *i. civ.* powoływało. Gdy zaś edykt w tym obrębie klas powoływał *heredes* w tym samym porządku do spadku, jak *ius civile*, więc praktyczny rezultat był ten, iż *heres*, pierwaj powołany w porządku pretorskim, usuwał *bon. possesso.*, za nim powołanego. N. p. dziedzic ustanowiony w testamencie, *iure civile* ważnym, nie domagał się *bon. pos.*, i ta została udzielona dziedzicom *ab intestato*, — albo w braku testamentu *suus* spadkodawcy nie postarał się o udzielenie mu *bon. pos.*, i tę uzyskali *dajmy* na to *proximi agnati*. W obydwóch przypadkach *heres* mógł *evincere hereditatem*. Gai. III. 36 i 37, Ulp. XXVIII. 13, L. 2. D. *si tabulae test. nul.* 38. 6. — Z tego okazuje się oraz, co zresztą w nauce jest zdaniem panującym, jakkolwiek z rozmaitych powodów, że pierwotnie w razie kolizyi *heres* zasadniczo miał zawsze pierwszeństwo przed *bon. possessorem*, gdyż w początkach edyktu pretorski zawierał wyłącznie tylko klasy konfirmatoryjne (Ob. powyż. tekst do not 17). Że zaś przeciwstawienie *bon. pos. cum re et sine re*, co do swej istoty zaraz w początkach tej instytucji było już znane, o tem poucza nas niewątpliwie *casus*, tyczący się *gentis Minuciae*, opowiedziany przez Cicerona in *Ver.* II. 1. §. 115. (Por. Leist Glück'a Com. I str. 50 sq., 311 sq., 342 sq.) — *b*) W zakresie klas, *corrigendi gratia* wprowadzonych, miał znowu *bon. pos.* w razie kolizyi pierwszeństwo przed dziedzicem *ex iure civili*, który w porządku pretorskim za nim był powołany, ponieważ prawo pretorskie to właśnie miało na celu, wprowadzając tego rodzaju klasy. *Bon. possessor* (n. p. *contra tabulas*) mógł więc nie tylko działać skutecznie *interdicto quorum bonorum* przeciwko dziedzicowi (*heres*), po nim następującemu (n. p. *heredem ex testamento*), — L. 13. pr., L. 20. pr. D. de *b. p. c. t.* 37. 4, — ale także, jeśli sam był w posiadaniu spadku, mógł się bronić *exceptione* przeciwko *hereditatis* petycji *heredis*. L. 15. D. de *b. p. c. t.* 37. 4. Por. Leist (Glück'a Com.) II. str. 23 sq. — *c*) Że wreszcie *bon. pos.* z klas supletoryjnych ustępował miejsca dziedzicowi *ex iure civili*, przed nim powołanemu, to znowu wynikało samo przez się z tego stanowiska li uzupełniającego, jakie tu pretor w obec *ius civile* zajął. Gai. III. 37.

pos. i ta komu innemu udzieloną została, o utrzymaniu się przy spadku rozstrzygała ta okoliczność, który z nich, czy heres czy bonorum possessor, był pierwiej powołany według pretorskiego porządku sukcesyjnego. Jeżeli według edyktu heres był pierwiej powołany, mógł prawa swe wywalczyć (evin-cere hereditatem) hereditatis petitione (resp. exceptione),⁵⁰⁾ a wtedy bono. possessio była sine re, a hereditas cum re, na odwrót bonorum possessor utrzymywał się przy spadku (interdicto quorum bonorum resp. exceptione), — bon. possessio była cum re, a hereditas sine re, — jeżeli w porządku pretorskim przychodził przed dziedzicem ex iure civili, albo jeżeli ten ostatni nie dochodził swych praw. Jeżeli wreszcie heres i bonorum possessor według porządku pretorskiego byli razem obok siebie powołani, każdy z nich utrzymywał się w części przy spadku (bon. possessio była wtedy, — według nazwy używanej w nauce, — partim cum re, partim sine re).⁵¹⁾ Od tej reguły stanowiła jednak, aż do czasów Hadryana, wyjątek bon. pos. secundum tabulas, gdyż w razie jej udzielenia na podstawie testamentu, iure civili nieważnego, utrzymywał się przy spadku heres ab intestato, dochodzący swych praw, a bon. pos. była sine re, jakkolwiek heres ab intestato w porządku pretorskim zajmował miejsce za bon. possessorem secundum tabulas.⁵²⁾ Dopiero od czasów Hadryana zmieniło się to po części na mocy konstytucyi cesarskich, które w pewnych przypadkach, mimo nieważności testamentu iure civili, przyznały bon. possessioni secundum tabulas skuteczność („cum re“) w obec heredes ab intestato,⁵³⁾ — tak że w tych przypadkach znowu porządek pretorski był rozstrzygający.

Bon. pos. sine re nie stała na równi z bon. pos. non ex edicto data.⁵⁴⁾ Ostatnia była w zupełności nieważną, bon.

⁵⁰⁾ Pon. not. 55.

⁵¹⁾ Por. n. p. §. 9. I. de hered. quae ab int. 3. 1, L 14. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4.

⁵²⁾ Gai. II 119. 148. 149, Ulp. XXIII 6. — Pod względem stosunku do heredes z testamentu wcześniejszego por. §. 16. not. 77 i 78, §. 32. not. 11 i 12.

⁵³⁾ Por. poniżej not. 59.

⁵⁴⁾ Powyż. do not. 36. Por. Leist (Glück'a Com.) I. str.

possessor nie mógł skutecznie wynosić skarg, wpływających z bon. posses., a jeśli był w posiadaniu spadku, mógł przeciwko niemu wystąpić skutecznie nietylko heres, ale także uprawniony ex edicto bon. possessor. Przeciwnie bon. pos. sine re była sama w sobie ważnie udzielona i jedynie w obec skargi heredis bezskuteczna.⁵⁵⁾

Wyjaśniona powyżej istota prawna bon. pos. pozostała niezmieniona, jak już powiedziano, przez cały czas klasycznej jurysprudencji. Jednakże w tych czasach nastąpiło znaczne zbliżenie się obydwóch systemów dziedziczenia pod względem kierujących zasad, a to w skutek reform, wprowadzonych przez ius civile.⁵⁶⁾ Ustawodawstwo z tych czasów cesarstwa reformowało z jednej strony bon. possessionem podług zasad iuris civilis,⁵⁷⁾ uznając tem samem jej uprawnienie, z drugiej zaś strony, co ważniejsza, w nowych swych postanowieniach przejęło się zasadami prawa pretorskiego, jużto powołując do spadku krewnych kognacyjnych jako takich,⁵⁸⁾ jużto

457 sq., Schirmer str. 76, Flach str. 8. not. 1. — Przeciwnie Böcking (Inst. §. 25. h. i §. 28. b) i Vering (Erbrecht str. 592) nie znają różnicy między bon. pos. non ex edicto data, a bon. pos. sine re, owszem i pierwszą pojmują jako bon. pos. sine re.

⁵⁵⁾ Jak długo zatem heres hereditatis petitione nie uczynił bon. possessionem sine re, tak długo bon. pos. mógł w całej pełni wykonywać służące mu prawa. Nawet contra heredem mógł wystąpić interdicto quorum bonorum (powyż. not. 13), poczem jednak ulegał znowu w obec her. pet. heredis. Prawdopodobnie mógł jednak heres w takim razie, aby nie był zniewolony do wydania dziedzictwa i dochodzenia takowego w drugim procesie hereditatis petitione, już przeciwko int. quorum bonorum zasłonić się exceptione doli, z powołaniem się na swe pierwszeństwo do spadku. Por. Leist (Glück'a Com) I. str. 406. not. 10, II. str. 73 sq., str. 83 sq., Schirmer str. 76 sq., Maynz §. 373. not. 19. Zdaje mi się jednak, że powołana przez tych autorów L. 11. §. 2. D. de B. P. sec. tabu. 37. 11, tu nie należy. Por. pon. §. 33. not. 13.

⁵⁶⁾ O czem na właściwych miejscach szczegółowo będzie mowa. Por. tymczasowo Schirmer str. 97 sq.

⁵⁷⁾ O tego rodzaju reformie poucza nas Gaius II. 126.

⁵⁸⁾ Szczególnie SCtum Tertullianum i Orphitianum. Tit. I. 3. 3. De SCto Tertullia. Tit. I. 3. 4. De SCto Orph. Tit. D. 38. 17. Ad SCtum Tert. et Orph. Tit. C. 6. 56. Ad SCtum Tert.

nadając w niektórych przypadkach bon. possessioni secundum tabulas, mimo nieważności testamentu według ius civile, skuteczność (exceptione doli) w obec heredes ab intestato.⁵⁹⁾ W tych przypadkach przeto bon. pos. secundum tabulas, dawniej sine re, była odąd w skutek konstytucyi cesarskich cum re. A nawet zupełne zespolenie się obydwóch systemów dziedziczenia nastąpiło częściowo tym sposobem, iż w niektórych przypadkach samo ius civile (leges, senatus consulta et constitutiones) nadawało prawo do bon. possessyi. Bonorum pos. quibus ex legibus.⁶⁰⁾ Tu więc powołanie do bon. pos. opierało się wprost i bezpośrednio na ius civile, nie na edykcje pretorskim, ale forma uzyskania takowej (agnitio — datio) była pretorską.

Z przedstawionego dotąd rozwoju instytucyi bonorum possessionis okazuje się, że takowa powoli coraz więcej nabierała siły, wpłynęła nawet na reformę iuris civilis w myśl swych zasad, do czego przyczyniał się niemało dłuższy przeciąg czasu stosowania prawa pretorskiego w praktyce, przezco ogół coraz więcej przejmował się jego zasadami, ile że takowe odpowiadały pocutym potrzebom życia. W ten sposób w czasach klasycznej jurysprudencji stanęła bonorum possessio pod względem praktycznego rezultatu na równi z hereditas, gdyż w skutek wprowadzenia klas korekcyjnych, tudzież reform ustawodawstwa z czasów cesarstwa, właśnie co wspomnianych, bon. pos. cum re, t. j. wypadki ostatecznego utrzymania się bonorum possessoris przy spadku, stały się prawie regułą, a to tem

Tit. C. 6. 57. Ad SCtum Orphi. — O tych uchwałach Senatu i należących tu konstytucyach cesarskich będzie mowa na właściwym miejscu.

⁵⁹⁾ Mianowicie: testamentum non iure factum (§. 16. not. 79 sq.), testamentum ruptum agnatione postumi §. 33. licz. 2.

⁶⁰⁾ Tit D. 38. 14. Ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur. §. 8. (7) I. de bon. pos. 3. 9, L. 6. §. 1. D. de bon. pos. 37. 11. — Por. szczególnie: Löhr Mag. III. str. 237 sq., Leist Bon. pos. II. 2. str. 11 sq. Glück'a Com. II. str. 270 sq., Schirmer str. 95 sq., Heimbach str. 315 sq., Flach str. 52.

więcej, że heredes ex iure civili, z powodu korzyści interdecti quorum bonorum, zwykle nie zaniebdywali sami domagać się bon. possessyi. Prawo pretorskie miało tedy w pomienionych czasach w praktyce z reguły takie same znaczenie, jak przepisy iuris civilis, tworzyło wraz z niemi, uzupełniając się nawzajem, ogół prawa spadkowego, w pra-

Nazwa b. p. quibus ex legibus odnosi się jedynie do tych przypadków, w których samo ius civile powoływało kogoś wprost ad bon. possessionem: „Si lex specialiter deferat bonorum possessionem“ (L. un. §. 2. D. h. t.). Nie powołanie kogoś iure civili ad hereditatem, lecz wyraźne powołanie iure civili ad bon. possessionem było więc tu potrzebne. Powołani ad hereditatem mogli wprawdzie także uzyskać bon. pos. w klasie unde legitimi, lecz ich uprawnienie do tego opierało się tu jedynie na imperium pretorskiem, na takim postanowieniu, ogłoszonym w edykcje confirmandi i. c. gratia; bez takiego postanowienia mogliby oni uzyskać tylko hereditatem. Przeciwnie bon. possessor quibus ex legibus wywodził swe prawa ad bon. possessionem bezpośrednio z ius civile, a pretor udzielając mu ją, wykonywał jedynie wiążące go postanowienie iuris civilis: „Legum tuendarum causa dat bonorum possessionem“ (L. 6. §. 1. D. de bon. pos. 37. 11). Praetor ait: „uti me quaque lege senatus (ve) consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo“ (L. un. pr. D. h. t. — Por. §. 8. (7) I. h. t.). Ztąd też powołani iure civili ad bon. pos. mogli uzyskać jedynie bon. pos. quibus ex legibus, nie mogli zaś uzyskać ani hereditatem, ani tem samem bon. pos. w klasie unde legitimi, w której pretor powoływał jedynie heredes ab intestato, chyba że ius civ. powoływało ich równocześnie i ad bon. possessionem i ad hereditatem. L. un. §. 2. D. h. t., L. 2. §. 4, L. 3. D. unde legitimi 38. 7. — (Co do naszego zapatrywania, wyrażonego w zdaniu ostatniem por. Schirmer §. 10. not. 72, — przeciwnie zaś Leist Bon. pos. II. 2. str. 13. do not. 12) — B. p. quibus ex legibus nie tworzyła osobnej stałej klasy, owszem ius civile mogło ze względu na którąbądź klasę edyktu zarządzić udzielenie bon. possessionis, (§. 8. (7) I. h. t.), ztąd też bon. pos. ex alia parte edicti agnita nie wstrzymywała udzielenia bon. pos. quibus ex legibus (L. un. §. 1. D. h. t.). — Do rzędu bon. pos. quibus ex legibus należą szczególnie prawa spadkowe patronów, pochodzące z Lex Iulia et Papia Poppaea, (por. Leist Bon. pos. II. 2. str. 12 sq., Schirmer str. 95, Flach str. 53. not. 1), inne przypadki zastosowania tej bon. pos. nie dadzą się stanowczo wysledzić.

ktycy obowiązującego.⁶¹⁾ Tak pojmują stanowisko bon. possessionis prawnicy klasyczni, uwydatniając w swych opracowaniach iuris civilis i iuris honorarii umiejętnie łączność obydwóch systemów.⁶²⁾ Przytem trzymają się w ogóle zasady, że do bon. possessyi, o ile ona nie podlega odmiennym prawidłom, stosuje się wszystko to, co obowiązuje względem hereditas.⁶³⁾ Tak mianowicie zależała bon. pos. pod względem zdolności osobistej spadkodawcy i zdolności dziedziczenia po stronie dziedzica od tych samych warunków, jakich wymagało ius civile (§§. 3 i 5).⁶⁴⁾ Ale ze stanowiska ścisłego pojmowania jurydycznego uważają prawnicy klasyczni zawsze jeszcze hereditatem i bonorum possessionem za dwa oddzielne systemy,⁶⁵⁾ różniące się tak pod względem swej wewnętrznej, poprzednio opisanej istoty, jak niemniej pod względem sposobu powoływania do spadku (successio), i sposobu nabycia dziedzictwa.

⁶¹⁾ Por. Leist (Glück'a Com.) II. str. 92 sq., Bon. pos. II. 2. str. 163 sq., Danz II. str. 150.

⁶²⁾ Por. Kuntze Cursus (2 wyd.) §. 309 i 811. — To stanowisko łączności obydwóch systemów zajęliśmy w dalszym naszym wykładzie.

⁶³⁾ In omnibus vice heredum bonorum possessores habentur. L. 2. D. h. t. Por. Leist (Glück'a Commen) II. str. 107 sq., Danz II. §. 176. str. 150. — To samo wyrażają także tego rodzaju zdania, jak: Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. L. 138. D. de V. S. 50. 16. — Heredis appellatione omnes significari successores credendum est, etsi verbis non sint expressi. L. 170. eod. Por. Leist (Glück'a Com.) I. str. 297. not. 86, Arndts Ges. Schrif. II. 29. not. 13.

⁶⁴⁾ Por. Leist (Glück'a Com.) T. II. str. 136 sq., Mayer §. 5. not. 1. i §. 6. not. 1, tudzież źródła, zacytowane powyżej w notach do §§. 3 i 5, ale także pon. §. 11. not. 14.

⁶⁵⁾ Nie używają też, jak to później nastąpiło, jednej technicznej nazwy dla oznaczenia prawa dziedzictwa w ogóle, lecz zawsze jeszcze dwóch nazw: hereditas i bon. possessio. Por. ustępy źródeł zacytowane u Leist'a (Glück'a Com.) II. str. 97. not. 33. — Za daleko posuwa się Maynz (III. §. 372. str. 282 sq. i §. 374) twierdząc, że już w czasach klasycznej jurysprudencji nie było żadnej wewnętrznej różnicy między hereditas a bon. possessio, tak że obydwie różniły się jedynie co do nazwy. Temu sprzeciwiają się wprost źródła z tych czasów. Por. powyż. not. 8.

Pod względem pytania, jakie powody mogły skłonić pretorów do wytworzenia instytucji *bonorum possessionis*, najwięcej prawdopodobną jest opinia, że tym powodem był wzgląd na różnorodne interesa, powstające w razie śmierci pewnej osoby dla innych ze względu na spadek pozostały, którym dawniejsze *ius civile*, opierające się na ustaw. XII. tab., nie użyzczało dostatecznego poparcia.⁶⁶) Tak najpierw *ius civile* nie znało żadnych ustawniczych terminów, w ciągu których powołany byłby był obowiązany zgłosić się do spadku pod utratą prawa. *Heres voluntarius* mógł więc przyjęcie spadku zwlekać do czasu dowolnego, na przekor interesom wierzycieli, legataryuszów i pontyfów (*pontifices*), którym, — ostatnim z powodu obowiązku składania ofiar (*sacra* — „*quorum illis temporibus summa observatio fuit*“ Gai. II. 55), — zależało na wczesnem objęciu dziedzictwa. Toż samo w razie powołania dziedziców z mocy testamentu, było to w interesie następujących dziedziców ab intestato, aby czem prędzej, tem lepiej rozstrzygnęło się, czy pierwsi przyjmą lub zrzekną się dziedzictwa.— Ścisłe zasady *iuris civilis*, wyrosłe z ducha starożytnych Rzymian, prowadziły powtórę w praktyce do tego, z wielorakich względów niepożądanego wyniku, że spadek często nie miał dziedzica (*bonum vacans*). Uciążliwe formalności testamentu mianowicie mogły łatwo sprowadzić jego nieważność, a następujące za tem dziedziczenie ab intestato opierało się znowu jedynie na szczupłym związku agnacyjnym i ewentualnie rodowym

⁶⁶) Por. Leist (Glück'a Com.) I. str. 315 sq., Hartmann str. 541 sq., Fla ch str. 3 sq., Sintenis III. §. 193. not. 1, Keller Pan. str. 875 sq., Danz §. 176. I. 1, Salkowski §. 147. IV, Rivier §. 9. — Z powodu braku wszelkich bezpośrednich wskazówek w źródłach z czasów dawniejszych pod względem pytania w mowie będącego, są rozmaite zdania, które w tej mierze w nauce się pojawiły, jedynie przypuszczeniem, mniej lub więcej prawdopodobnem Za najwięcej uzasadnione uważamy jednak zdanie Leista, poparte w części tem, co pod tym względem podają prawnicy klasyczni. Na to zdanie godzą się także wymienieni autorowie. O motywach *bon. pos.* możemy tu zresztą mówić tylko w krótkości, aby nie wyprzedzać zbyt kwestyi, na tem miejscu jeszcze nie zrozumiałych.

(gens),⁶⁷⁾ przyczem obowiązywała wymieniona już zasada: „in legitimis hereditatibus successio non est“. Jeżeli tedy najbliższy agnat spadkodawcy, powołany w braku suorum, nie przyjął spadku lub zmarł przed oświadczeniem swej woli, ius civile nie powoływało już więcej ani dalszych agnatów, ani członków odnośnej gentis, a spadek w ten sposób stawał się bezdziedzicznym.

Te niedostatki iuris civilis („iniquitates iuris“ Gai. III. 25), nie występujące może zbyt na jaw w czasach dawniejszych, stały się później nie mało dotkliwymi w obec zmienionych stosunków państwowych i społecznych, tem więcej, że środki zaradcze, jakie samo ius civile podawało, nie były wystarczające. Tak mianowicie testator mógł wprowadzić dziedzicowi, w testamencie ustanowionemu, naznaczyć termin prekluzywny do objęcia spadku (cretio),⁶⁸⁾ ale to właśnie zależało od woli testatora, było więc przypadkowym, a zresztą odnosiło się jedynie do dziedziczenia testamentowego. Drugim środkiem zaradczym była usucapio pro herede. Ta instytucja, pomijając własne jej ujemne strony, zaradzała w pierwotnym swym znaczeniu w samej rzeczy niedostatkom iuris civilis w obydwóch pomienionych kierunkach, będąc tak bodźcem dla osób powołanych do rychłego objęcia dziedzictwa, jak niemniej zapobiegając bezdziedziczności spadku. Atoli ze zmianą swej natury prawnej, spełniała usucapio pro herede już tylko częściowo swe zadanie, służąc li za środek przynaglający osoby powołane do rychłego objęcia dziedzictwa, środek skuteczny zresztą tylko w obec tych, którzy w samej rzeczy mieli chęć przyjęcia spadku, a w braku takich nie zapobiegający bezdziedziczności spadku. Nadto usucapio pro herede w nowszym swym znaczeniu była instytucją wysoce niesłuszną, porządek prawny gwałcąca.

Ten stan rzeczy wymagał naprawy, do której poczuli się pretorowie za powołanych, z mocy swego stanowiska jako stróża porządku prawnego. Nie mając zaś władzy przekształcania formalnie postanowień iuris civilis, dążyli

⁶⁷⁾ Quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere. Gai. III. 18.

⁶⁸⁾ O cretio będzie mowa na właściwym miejscu.

do naprawy złego przez faktyczne porządkowanie stosunków dziedziczenia. Upoważniali więc osoby, o to proszące, do faktycznego wykonywania prawa dziedzictwa, azatem do wzięcia rzeczy spadkowych w posiadanie i ściągnięcia wierzytelności spadkodawcy, udzielając im, z mocy swej władzy sądowniczej, odpowiednio przystosowanych środków prawnych. W ten sposób ustanawiali pretorowie faktycznego reprezentanta dla spadku w interesie wierzycieli i legataryuszów,⁶⁹⁾ którym także udzielali odpowiednich skarg przeciwko bon. possessorowi. Pierwotnie trzymali się pretorowie ściśle granic *iuris civilis*, udzielając bon. pos. jedynie dziedzicom *ex iure civili*, ale równocześnie nadali swej instytucji taki ustrój, iż ta w samej rzeczy służyła do celów, które były powodem jej wskrzeszenia, to jest do celów: „*ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent*“ (*Ulp. L. 1. pr. de succ. edi. 38. 9*), tudzież „*ne quis sine successore moriatur*“. Najpierw bowiem korzyści, pochodzące z interdaktu *quorum bonorum*,⁷⁰⁾ były dostateczną zachętą dla dziedziców *ex iure civili* do rychłego żądania bon. pos., powtóre prawo żądania bon. pos. było przywiązane do pewnego terminu w ten sposób, iż po bezskutecznym tegoż upływie dla jednych dziedziców, pretor powoływał dalsze klasy do bon. possessyi.⁷¹⁾

Tym sposobem było pierwotnie zadaniem bon. possessionis, porządkowanie posiadania prawa dziedzictwa na podstawie klas, powołanych według *iuris civile*, w celach praktycznych, wyżej przytoczonych. Atoli bezdziedziczności spadku i za pomocą bon. pos. nie zawsze można było zapobiec, gdy się weźmie na uwagę ścisłe formy i szczupłe ramy *iuris civilis*, jak niemniej zaszło z czasem rozprzężenie związków rodowych (*gens*).⁷²⁾ Pretorowie zaczęli zatem z jednej strony reformować warunki dziedziczenia testa-

⁶⁹⁾ Co do uporządkowania obowiązków sakralnych edyktem pontificis Scaevolae por. Leist (Glück'a Com.) I. str. 266 sq.

⁷⁰⁾ Por. powyż. tekst po nocie 23 i do not. 14.

⁷¹⁾ Por. powyż. str. 114 sq.—§. 9. (8) I. h. t., L. 1. pr. §. 12. D. de succ. edi. 38. 9.

⁷²⁾ Por. Puntschart str. 365 sq., Puchta Inst. II. str. 462.

mentowego, a z drugiej strony powoływali ⁷³⁾ do bonorum possessyi także kognatów, czyniąc zadość duchowi czasu, który coraz usilniej pokrewieństwo kognacyjne wskazywał jako przyrodzoną podstawę uprawnienia do spadku. Z czasem wreszcie, gdy instytucya bonorum possessionis już przez sam dłuższy czas swego trwania nabrała więcej siły, użyli pretorowie takowej, stosując się do potrzeb rozwiniętych stosunków społecznych, do naprawy postanowień i. civilis na drodze faktycznej. W ten sposób instytucya bon. possessionis, wywołana pierwotnie względami praktycznymi, rozwinęła się z czasem w samoistny, wykończony system dziedziczenia, wywierający wpływ na dalszy rozwój prawa spadkowego.

II. W czasach Dyoklecjana zatarła się wewnętrzna różnica między hereditas a bonorum possessio.⁷⁴⁾ Ostatnią nie uważano więcej za posiadanie prawa dziedzictwa, lecz za prawo dziedzictwa tej samej wagi, jak hereditas, bon. possessorem za dziedzica, zajmującego takie same stanowisko prawne, jak heres. Dla oznaczenia prawa dziedzictwa w ogóle,⁷⁵⁾ tak na mocy ius civile, jak na mocy prawa pretorskiego, używano też wspólnej nazwy: successio, która od czasów Dyoklecjana w konstytucjach cesarskich stała się panującą. W tych czasach udzielono także bonorum possessori, obok interdictum quorum bonorum, zbywającą mu dotąd skargę uniwersalną, analogiczną z hereditatis petitio heredis, pod nazwą hereditatis petitio possessoria.⁷⁶⁾ To przeobraże-

⁷³⁾ „Ne quis sine successore moriatur.“ Gai. III. 33. Por. także: §. 3a. I de leg. adgnat succ. 3. 2, §. 2. I. h. t.

⁷⁴⁾ Por. Leist Bon. pos. II. 2. str. 64 sq., Glück'a Com. II. str. 274 sq., Danz II str. 150, Flach str. 25 sq., Sintenis III. § 193. not. 1.

⁷⁵⁾ Ob. liczne cytaty źródeł u Leista (Glück'a Com.) II. str. 277 sq., a por. powyż. not. 65. Konstytucye z czasów po Dyoklecjanie używają także nieraz wyrazów heres, hereditas w znaczeniu obszerniejszem, obejmującym także dziedziczenie iure honorario. Ob. tamże str. 285 sq.

⁷⁶⁾ Tit. D. 5. 5. De possessoria hereditatis petitione. — Co do czasu, kiedy bon. possessor uzyskał hereditatis petitionem, są zdania podzielone. Leist (Glück'a Com.) II. str. 288 sq. od-

nie pojęcia *bonorum possessionis* nie było jednak dziełem pozytywnego postanowienia Imperatorów, lecz wynikiem odmiennego pojmowania rzeczy, które musiało się samo z siebie wytworzyć wśród zmienionych stosunków i znalazło wyraz we współczesnem ustawodawstwie cesarskiem. Ścisłe jurydyczne odgraniczenie prawa dziedzictwa (*hereditas*) od posiadania prawa dziedzictwa (*bonorum possessio*) nie było przystępne dla prawników ówczesnych, owszem w obec powszechnego upadku jursprudencji było to zupełnie naturalnym objawem, jeżeli pojęcie *bon. pos.* tworzono sobie według jej zwykłego w życiu znaczenia, t. j. według *bon. pos. cum re.* Do tego przyczyniły się nadto inne, nadzwyczaj ważne okoliczności, które wyrównały różnicę między *hereditas* a *bon. possessio*, jak uchylenie przez Dyoklecyana dawnego postępowania sądowego (*ordo iudiciorum privatorum*),⁷¹⁾ przezco odpadła samo przez się formalna różnica między *actiones directae heredis*, a *actiones fictitiae bonorum possessoris*, — zatarcie się różnic między własnością

nosi udzielenie tej skargi *bon. possessorom* do czasów Dyoklecyana, popierając zdanie swe wymownemi argumentami, (por. także Hölder §. 81. V. 2, Danz II. §. 178. 3, Sintenis III. §. 193. not. 1), inni znowu, i to przeważnie, do czasów klasycznej jursprudencji w ogóle, lub specjalnie do czasów Marka Aureliusza (por. mianowicie Savigny Ver. Schrif. II. str. 235. not. 1, Huschke str. 19, Arndts Gesam. civ. Schrif. II. str. 343 sq., Vangerow §. 509. Uwa. III, Puchta Inst. II. §. 316. do not. h., Müller §. 180. not. 21, Flach str. 86—152, Machelard Théorie génér. des interdits str. 53, Maynz III. §. 372. not. 36, — a przeciwko tej opinii Leist *Bon. pos.* II. 2. str. 17 sq. i Glück'a Com. II. str. 288 sq.). — Fabricius (str. 200 sq.) uważa *hereditatis petitionem possessoriam* za wyznalzek Justyniana, podsunięty w zbiorach prawnikom, — a wreszcie niektórzy datują tę skargę od pierwszych czasów powstania instytucji *bon. possessionis*, mianowicie z nowszych Puntschart str. 183. 193 sq. i 378 sq. — Dowód niezachwiany nie da się tu przeprowadzić. Co się tyczy mianowicie zdania Puntscharta, to takowe opiera się głównie na błędnej, zdaniem naszym, interpretacji jednego ustępu z mowy Cicerona in Ver. II. 1. §. 115. Por. Bethmann-Hollweg *Civilprocess* II. str. §. 89. not. 7, Keller *Civilprocess* §. 25. not. 304, Leist (Glück'a Com.) I. str. 122 sq.

⁷¹⁾ L. 2. C. de pedan. iudi. 3. 3.

kwirytarską a bonitarską,⁷⁸⁾ a wreszcie upadek władzy pretorów.⁷⁹⁾

Pod względem sposobu nabycia bon. possessionis pozostało prawo dawniejsze w mocy. Ale już synowie Konstantyna uprościli dawniejszą formę agnitionis, stanowiąc,⁸⁰⁾ że do uzyskania bon. pos. (sc. edictalis⁸¹⁾) wystarcza jakiekolwiek oświadczenie woli objęcia spadku, przed którym bądź sędzią.⁸²⁾ Toż samo pozostały w mocy dawniejsze termina agnitionis, ale według tej samej konstytucyi była agnitio bon. possessionis i wtedy skuteczna, gdy nastąpiła intra alienam vicem, t. j. w czasie, zanim termin oznaczony dla odnośnej osoby biec zaczął, jeśli tylko za nadejściem tego terminu w samej rzeczy była powołana.⁸³⁾ — Potrzeba oświadczenia woli w obec sędziego, w terminie oznaczonym, wyróżniała tedy zawsze bon. possessionem od hereditas,⁸⁴⁾ rozdzielając je na dwa systemy.

⁷⁸⁾ Puchta Inst. II. str. 192.

⁷⁹⁾ Puchta Institu. I. §. 124, Bethmann-Hollweg Civilprocess III. §. 133, Walter I. §. 370. — Z upadkiem pretury utraciła bon. pos. swą wybitną charakterystyczną cechę jako instytucyi, opierającej się właśnie na imperium pretorskiem (datio). Agnitio bon. possessionis miała z tego powodu jedynie znaczenie oświadczenia w obec sędziego woli objęcia spadku. — W skutek zaszłych zmian co do bon. pos. zatraciła także bon. pos. sine re swe właściwe pierwotne znaczenie. Wyraz ten nie przychodzi też więcej w ówczesnych źródłach. — Por. Leist Bon. pos. II. 2. str. 52 i 71.

⁸⁰⁾ L. 9. C. qui admitt. 6. 9.

⁸¹⁾ Donellus lib. VII. cap. XIV. §. 24, Danz §. 176. III. 2.

⁸²⁾ Apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros L. 9. cit., — zamiast jak dawniej przed sędzią właściwym: „Competens iudex“ L. 7. C. qui admi. 6. 9. — Inaczej Mayer §. 119. not. 5, — por. jednak Schirmer §. 7. not. 47.

⁸³⁾ Według dawniejszego prawa można było agnoscere bon. pos. tylko we właściwym, dla odnośnej osoby płynącym terminie, inaczej bon. pos. była non ex edicto data. L. 9. D. h. t., L. 42. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. Por. powyż. po noc. 25 i tekst do noty 35. — Leist (Glück'a Com.) II. str. 131 sq., Löh'r Mag. III. str. 229.

⁸⁴⁾ Przeciw opinii Flacha (str. 69 sq., 82 sq.), że niedługo po wydaniu pomienionej konstytucyi synów Konstantyna

III. W zbiorach praw Justyniana złyły się obydwą systemy dziedziczenia zupełnie w jedną całość. Najpierw bowiem nabyły postanowienia pretorskie, w skutek ich włączenia do zbiorów Justyniańskich, tej samej mocy prawnej, jaką miało *ius civile*, stały się prawem ustawowem, częścią składową *iuris civilis* Justyniańskiego. Powołanie do spadku opierało się tedy w prawie Justyniańskiem względem wszystkich dziedziców, podobnie jak pierwotnie przed powstaniem instytucji *bonorum possessionis*, jedynie na postanowieniach *iuris civilis*. Nazwy *hereditas* z jednej, a *bonorum possessio* z drugiej strony, pozostały wprawdzie w źródłach Justyniańskich, ale przeciwstawienie tych nazw oznacza tu jedynie rozmaite pochodzenie odnośnych norm ustawodawstwa Justyniańskiego, jednych z dawniejszego *ius civile*, drugich z *ius honorarium*. Powtóre, co ważniejsza, według woli Justyniana *agnitio bonorum possessionis* w terminie oznaczonym nie była więcej niezbędną, owszem dziedzic powołany na mocy przepisów, pochodzących z *ius honorarium*, mógł według swego wyboru oświadczyć wolę objęcia spadku, podobnie jak *heres*, pozasądownie — *hereditatem adire*.⁸⁵⁾ *Agnitio bonorum possessionis*, w terminach *edicti successorii*, była nieodzownie potrzebną tylko w razie, gdy dziedzic chciał uzyskać *interdictum quorum bonorum*,⁸⁶⁾ tudzież w przypadkach prowizorycznej *bonorum possessy*.⁸⁷⁾

hereditas i *bon. possessio* wyrównały się i pod dwoma ostatniemi względami, por. Leist Glück'a Com.) II. str. 312 sq. i Schirmer §. 7. not. 48.

⁸⁵⁾ Oświadczenie woli w obec sędziego ułatwiało jednak przeprowadzenie dowodu, że dziedzic spadek przyjął.

⁸⁶⁾ §. 3. I. de interd. 4. 15: *interdictum accomodatur... ei, cui bonorum possessio data est.*

⁸⁷⁾ Por. powyż. do not. 43. — Względem *bon. pos. furiosi* nomine podnosi Justynian wyraźnie potrzebę *agnitionis*. I. 7. §. 3. C. de curat. fur. 5. 70.— Czy według prawa Justyniańskiego do uzyskania *bonorum possessionis* sądowa *agnitio* w terminie oznaczonym była potrzebna lub nie, czy zatem w zbiorach Justyniańskich, t. j. przed wydaniem Nowel 115 i 118 *hereditas* i *bonorum possessio* zawsze jeszcze tworzyły dwa oddzielne systemy, lub złyły się w jedną całość, — kwestya ta jest nadzwyczaj wątpliwa, (por. także *Źródłowski* I. str. 36. not. 7),

W skutek reform, dokonanych przez Justyniana Nowelami 115 i 118, została wreszcie przeważna część posta-

a według stanu źródeł nie da się żadną miarą stanowczo rozstrzygnąć. — Przeważna część prawników rozwiązuje tę kwestyą w myśl pierwszej alternatywy. (Por. między innymi: Löhrl Mag. III. str. 346. not. in fl., Heimbach str. 335, Puchta Inst. §. 320. i Pand. §. 451. in fl., Rein str. 842, Schirmer §. 7. not. 50, Vering Erbrecht str. 632, Windscheid §. 532. do not. 9, §. 596. not. 8). Zdanie to, po dziś dzień jeszcze panujące, opiera się na tej okoliczności, że nie mamy żadnej konstytucyi Justyniana, reformującej dawniejsze prawo w pomienionym kierunku, owszem jest to rzeczą niewątpliwą, że Justynian do swych zbiorów przyjął jako prawo obowiązujące z jednej strony reguły, dotyczące hereditatis aditionem (por. Tit. Dig. 29. 2. De acquir. v. omit. her. Tit. Co. 6. 60. De iure delib. §. 5 sq. I. 2. 19. De her. qual. et diff.), a z drugiej strony znowu osobno reguły, tyżące się agnicyi bon. possessionis (por. Tit. Dig. 38. 9. De succe. edi., 38. 15. Quis ordo. Tit. Co. 6. 9. Qui admitti ad bon. pos., §. 9. (8) sq. I. de bon. pos. 3. 9).

Zdanie przeciwne, które w tekście przyjęliśmy, pochodzi od Leista (Bon. pos. II. 2. str. 221—290, Glück'a Comm. II. str. 314—342), dzielając je Danz II. §. 176. III. 2, Tewes I. str. 36, Sintenis III. §. 193. not. 1, Hölder §. 85. I. i Flach str. 83, a za prawdopodobne uważając Arndts §. 508. Uwa. 1, Köppen str. 284. do not. 43 i Müller §. 180. not. 3. — Zdanie to opiera się znowu na tej okoliczności, iż Justynian w swych Instytucyach nie wykląda osobno przepisów iuris civilis, a osobno iuris honorarii, lecz owszem w każdym tytule podaje całe odnośne prawo spadkowe, jako jedną całość, pochodzącą z trzech źródeł — ius tripartitum: dawnego ius civile, prawa pretorskiego i nowszych konstytucyi, a w żadnym z tych tytułów nie ma śladu o potrzebie agnitionis dla dziedziców z prawa pretorskiego. (Por. Tit. Insti. II. 10. 13. 17, — III. 1—5). Instytucye Justyniana, w ten sposób ułożone, a mające w każdym razie znaczenie osobnej konstytucyi, zdają się tedy wskazywać na to, że według woli Justyniana wszystkie części składowe prawa spadkowego miały stać ze sobą na równi, podlegać tym samym prawidłom, że zatem i dla dziedziców ex iure honorario wystarczała do nabycia spadku hereditatis aditio, t. j. że agnitio bon. pos. w terminie oznaczonym nie była dla niego niezbędną. To zapatrywanie popierają konstytucye Justyniana: L. 19, L. 22. C. de iure delib. 6. 30, w których jest mowa o nabyciu spadku jedynie przez hereditatis aditio, jakkolwiek bezsprzecznie odnoszą się do dziedziców w ogóle (ex iure civili et iure honorario). Jeżeli zaś mimo to w Dige-

nowień, pochodzących z *ius honorarium*, uchylona, tak że pozostałe przypadki *bon. possessionis*, t. j. sukcesyi na mocy przepisów, pochodzących z *ius honorarium*, — prócz prowizorycznej *bon. possessyi*, — były bardzo nieliczne.⁸⁸⁾

stach i Kodeksie umieszczono w całości dawniejsze reguły o agnicyi *bon. possessionis*, to okoliczność tą tem się tłumaczy, iż w pewnych celach, o których w tekście jest mowa, *agnitio bon. possessionis* zawsze jeszcze była niezbędna.

⁸⁸⁾ Por. §. 27. lit. e., tudzież not. 56 sq., §. 32. do not. 17. 18 i 22, §. 33. licz. 1., wreszcie *bonorum possessio ab intestato: unde vir et uxor, bon. pos. patroni contra tabulas liberti*. Ob. Puchta Inst. §. 320, Brinz (1 wyd.) §§. 176 i 204, Arndts §. 468.

ROZDZIAŁ II.

O powołaniu do dziedzictwa.



ODDZIAŁ PIERWSZY.

Dziedziczenie testamentowe.)*

§. 10.

I. Pojęcie testamentu.**)

Testamentem (testamentum¹⁾) zowie się rozporządzenie ostatniej woli,²⁾ które zawiera w sobie ustanowienie dziedzica. Prócz mianowania dziedziców mogą w testamencie

*) Rosshirt *Das testamentarische Erbrecht bei den Römern und in der Anwendung auf unsere Zeit.* 2 tomy. 1840. Heimbach w *Weiske'go Rechtslexicon* T. X. str. 713—1047. Glück *Ausführliche Erläuterung der Pandecten — ein Commentar* (Glück i Mühlenbruch) tomy: 33—35, 38—43. — Ze stanowiska filozoficznego: Gans II. str. 145—240. Ob. także *Ludwik Gumpłowicz Wola ostatnia w rozwoju dziejowym i umiejętnym* w *Czasopiśmie poświęconem prawu i umiejętnościom politycznym* (Kraków) T. z r. 1863. str. 347 sq., 594 sq., T. z r. 1864. str. 81 sq.

***) Glück *Com.* T. 33. str. 316 sq. Heimbach l. c. str. 713—716. Windscheid §. 538. *Louis str.* 117 sq.

¹⁾ Wyraz „testamentum“ pochodzi od słowa „testari“, w znaczeniu wezwać kogoś na świadka pewnej czynności. Por. Glück l. c. str. 318 sq., Dernburg *Beiträge zur Gesch. d. römischen Testamente* str. 16 sq. — Grą słów jest etymologiczny wywód w pr. I. de test. ordi. 2. 10: Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

²⁾ L. 1. §. 1. D. de B. P. secu. tab. 37. 11: *supremae (tabulae) hae sunt non quae sub ipso mortis tempore factae sunt, sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint.*

mieścić się inne jeszcze rozporządzenia spadkodawcy,³⁾ jak mianowicie: zapisy, wydziedziczenia, ustanowienie opiekunów, wyzwolenia niewolników, postanowienia co do wychowania dzieci i t. d., ale wszelkie tego rodzaju rozporządzenia nie stanowią istoty testamentu. Istota testamentu polega wyłącznie na ustanowieniu dziedzica, czyli innemi słowy, testament jest co do swej istoty czynnością prawną, mocą której rozporządza się całością mienia na przypadek śmierci.⁴⁾ Bez ustanowienia dziedzica nie ma tej czynności prawnej, nie ma testamentu, a nieważność ustanowień dziedziców pociąga za sobą nieważność wszelkich innych postanowień spadkodawcy, w jego rozporządzeniu zawartych.⁵⁾ Na od-

³⁾ Por. Fein w Glück'a Com. T. 44. str. 3 sq.

⁴⁾ L. 20. D. de iure codi. 29. 7: . . . tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sint. L. 14. C. de testam. 6. 23: Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse institutio et exhereditio facta probant evidenter. — Definicje Ulpiana XX. 1: Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat, tudzież Modestyna w L. 1. D. qui test. fac. pos. 28. 1: Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, — dokładne ze względu na współczesny tym prawnikom stan prawny, nie wymagający od kodycyłów żadnych formalności, są ze względu na prawo Justyniańskie za obszernie, stosują się bowiem zarówno do testamentów, jak do kodycyłów. Innego zdania są Donellus Com. lib. VI. c. 4. §. 2, i Glück l. c. str. 320 sq., którzy wyraz „iusta“ tłómaczą: rozporządzenie całością mienia.

Zanadto obszernie, a przeto niedokładnie, określa pojęcie testamentu *Fr. Maciejowski* II. §. 192 i 199. — O tem, czy rozporządzenie ostatniej woli jest testamentem, rozstrzyga jedynie pomieniona jego osnowa, nie zaś nazwa, użyta przez testatora. Nazwanie rozporządzenia testamentum jest zresztą niepotrzebne, a toż samo nie szkodzi, jeśli testator użył kilku rozmaitych nazw. L. 17. C. de testam. 6. 23. Cf. L. 3. pr. C. The. de testa. et codic. 4. 4.

⁵⁾ Gai. II. 229, §. 34. I. de leg. 2. 20: Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Ulp. XXIV. 15: . . . vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit. L. 1. §. 3. de vul. et pup. sub. 28. 6: . . . sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. L. 181. D. de R. I. 50. 17.

wrót dziedzica można ustanowić tylko mocą takiej czynności prawnej, która ma wszelkie wymogi testamentu.⁶⁾

Obok testamentu, który pierwotnie był w prawie rzymskim jedynym sposobem oświadczenia ostatniej woli, zyskał w czasach cesarstwa uznanie drugi rodzaj ostatniej woli rozporządzenia, zwany kodycyłem (codicilli). Przez kodycył rozumie się to rozporządzenie ostatniej woli, mocą którego spadkodawca nie ustanawia dziedzica, lecz tylko czyni inne rozporządzenia na wypadek śmierci. Celem kodycyłu nie jest rozporządzenie całością mienia; to stanowi istotę tej czynności prawnej w przeciwstawieniu do testamentu, a odwrotnie dziedzica nie można ustanowić mocą takiego rozporządzenia, które odpowiada jedynie wymogom kodycyłu.⁷⁾

Podstawą dziedziczenia testamentowego może być tylko testament, odpowiadający wszelkim wymogom prawnym. Wymogi te dotyczą się, podobnie jak w innych czynnościach prawnych, zdolności osób uczestniczących, formy oświadczenia, wewnętrznej jakości oświadczenia woli, a wreszcie osnowy rozporządzenia.

II. O warunkach ważności testamentu.

A) Zdolność osób uczestniczących. Testamenti factio. Capacitas.*)

§. 11.

1. O testamenti factio w ogólności.**)

Wyraz *testamenti factio* ma w źródłach dwojakie znaczenie, ściślejsze i obszerniejsze.¹⁾ W znaczeniu ściślejsz-

⁶⁾ §. 2. I. de codic. 2. 25: Codicillis hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum. L. 7. C. de cod. 6. 36.

⁷⁾ Por. źródła przytoczone w not. 4 i 6.

*) Müller §. 184. Quaritsch §§. 316—320. Keller Pand. §§. 481—484. Brinz II. (1 wyd.) §. 177. Vering Erb. X.

**) Prócz zacytowanych pod *) por. także: Rivier §. 13. Kuntze Cursus (2 wyd.) §. 821. Windscheid §. 539. not. 1. Arndts §. 484. not. 1.

¹⁾ Prócz tego oznaczają źródła wyrazem *testamenti factio*

szem znaczy testamenti factio tyle, co commercium iuris civ. w zastosowaniu do dziedziczenia testamentowego,²⁾ oznacza więc zdolność prawną według ius civile, potrzebną do udziału w dziedziczeniu testamentowem, bądź jako spadkodawca (testator), bądź jako dziedzic, bądź też jako świadek testamentowy. Zastosowanie nazwy testamenti factio także do dziedziców i świadków tem się tłumaczy, iż w czasach dawniejszych, gdy testamenta sporządzano per aes et libram, wszystkie pomienione osoby, brały rzeczywiście wspólnie udział w sporządzeniu testamentu. Z tego powodu oznaczono mianem testamenti factio nietylko zdolność prawną testatora, ale także zdolność prawną tych, z którymi testator i którzy wspólnie z testatorem sporządzali testament („cum quibus testamenti factio est“ — „qui testamenti factionem cum testatore habent“ Ulp. XX. 2, XX. 1).³⁾ Jako część commercii zależała testamenti factio sen. str. od stanowiska odnośnej osoby w społeczności państwowej (status), i jako taka była według tego, co się już powiedziało (§. 3), kardynalnym warunkiem udziału w dziedziczeniu testamentowem. Kto nie miał testamenti factionem sen. str., ten nie mógł ani ważnie sporządzić testamentu, ani być ustanowiony dziedzicem w testamencie, ani służyć za świadka testamentowego. Lecz z drugiej strony sama testamenti factio sen. str. nie była wystarczającą; prócz niej były inne jeszcze wymogi zdolności osobistej we wszystkich trzech pomienionych kierunkach, tak że ten, kto miał testamenti factionem sen. str., mógł mimo to dla braku innych wymogów być niezdolny w tym lub owym kierunku.⁴⁾ Ogół tych wymogów objęto także pojęciem te-

sam czyn sporządzenia testamentu. Por. Ulp. XVI. 1, L. 1. pr. D. de test. mili. 29. 1.

²⁾ Prócz zacytowanych pod *) i **) por. także Brinz I. (2 wyd.) str. 105 z dołu. — Pierwotnie nie było obok commercium osobnego pojęcia testamenti factionis, dopiero przy końcu Reczypospolitej wyłoniła się z commercium testamenti factio, jako osobne samoistne pojęcie. Por. Voigt Ius naturale etc. II. §§. 11. 12. 91. 120.

³⁾ Podobnie wzajemnem jest także pojęcie connubii i commercii. Por. Brinz I. (2 wyd.) str. 105 sq. i §§. 43. 53.

⁴⁾ §. 4. I. de hered. qual. 2. 19, L. 16. D. qui test. face. 28. 1.

stamenti factio, i to jest obszerniejsze tego wyrazu znaczenie. Testamenti factio sen. lat. oznacza tedy w ogóle zdolność do sporządzenia testamentu, (to samo, co testamenti faciendi, seu testandi ius, facultas L. 6, L. 19. D. qui test. fac. 28. 1, L. 2. D. de leg. I.),⁵⁾ zdolność do dziedziczenia na mocy testamentu i zdolność na świadka testamentowego.⁶⁾ Dla odróżnienia zdolności testatora od zdolności dziedzica bywa po dziś dzień używana dla pierwszej nazwa testamenti factio activa, dla drugiej testamenti factio passiva. Nazwy te nie są wprawdzie źródłowe, ale mimo to stosowne.

Testamenti factio ⁷⁾ non privati, sed publici iuris est (L. 3. D. qui testam. fac. 28. 1), t. z. przepisy o testamenti factio opierają się na względach publicznych, nie mogą być przeto uchylone, zmienione wolą stron interesowanych.⁸⁾ Jeśli więc spadkodawca lub świadkowie nie mieli testamenti factionem, testament sporządzony był nieważny, a podobnie nieważnem było ustanowienie dziedzicem osoby, nie mającej testamenti factionem.⁹⁾

Testamenti factionem winny były posiadać pomienione osoby w chwili sporządzenia testamentu; późniejsze jej na-

⁵⁾ L. 1. §§. 8. 9. D. de bon. pos. secu. tab. 37. 11, L. 8. §. 3. D. de iure codic. 29. 7, L. 1. §. 1. D. de tute. 27. 3, L. 17. §. 1. D. de inof. test. 5. 2, L. 3. C. qui fac. testam. 6. 22.

⁶⁾ L. 31, L. 50. (49) §. 1, L. 51. (50) pr. D. de her. inst. 28. 5, L. 7. D. pro legato 41. 8, L. 82. §. 2. D. de leg. II, §. 3. I. de hered. inst. 2. 14.

⁷⁾ Wyrazu testamenti factio, bez dodatku sen. stricto, używamy w dalszym toku w znaczeniu obszerniejszem.

⁸⁾ L. 38. D. de pactis 2. 14: Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.

⁹⁾ L. 4. D. qui testa. face. 28. 1. (Cf. Gai. II. 114): Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is qui fecerit testamentum habuerit testamenti factionem. Cice. Epist. ad diver. VII. 21. — §. 6. I. de test. ordi. 2. 20: Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Ulp. XX. 2. 8.—§. 4. I. de hered. qual. 2. 19, L. 50. (49) §. 1. D. de here. inst. 28. 5: In extraneis (por. Schirmer §. 4. not. 53) heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio . . . ut constiterit institutio. Ulp. XXII. 1.

bycie nie nadawało mocy prawnej nieważnemu rozporządzeniu.¹⁰⁾ Późniejsza utrata zdolności po stronie świadków nie miała żadnego znaczenia,¹¹⁾ podobnie nie szkodziła dziedzicowi utrata testamenti factionis po sporządzeniu testamentu, jeżeli ją tylko miał napowrót w chwili powołania go do spadku.¹²⁾ Późniejsza utrata testamenti factionis po stronie testatora wywierała zaś rozmaity wpływ na ważność testamentu.¹³⁾

Przepisy iuris civilis o testamenti factio stosowały się także do bonorum possessio.¹⁴⁾

Testamenta wojskowych podlegały co do testamenti factio wyjątkowym przepisom.

2. W szczególności.

§. 12.

a) O zdolności do sporządzenia testamentu. — Testamenti factio activa.*)

Zdolność do sporządzenia testamentu zależy najpierw od tego, by testator był w ogóle zdolny mieć dziedziców (§. 3), następnie od jego zdolności do działań prawnych.

W szczególności były tedy wymogi testamenti factionis activae następujące:

¹⁰⁾ L. 201. D. de R. I. 50. 17: Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. L. 29. D. eod: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. L. 210. eod., §. 1. I. quibus non est permi. test. facere. 2. 12, L. 2, L. 19, L. 20. §. 4. D. qui test. face. pos. 28. 1, L. 1. §. 8. D. de B. P. secu. tab. 37. 11. — Por. jednak §. 23. not. 28.

¹¹⁾ L. 22. §. 1. D. qui testam. fac. 28. 1.

¹²⁾ Por. §. 6. not. 30.

¹³⁾ Por. §. 33. licz. 1.

¹⁴⁾ Por. prócz odnośnych źródeł, zacytowanych w poprzednich notach, Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. II. str. 136 sq., T. IV. str. 164 sq., — a o wyjątku co do korporacji prywatnych pon. §. 14. not. 24, co do kobiet §. 12. do not. 50 i 51.

*) Ulpi. XX. 10 sq. Pauli Sent. III. cap. IVA. Tit. Inst. 2. 12. Quibus non est permissum testamenta facere. Tit. Dig. 28.

1) Testamenti factio sen. str. i. e. commercium ¹⁾ (mortis causa). Tej zdolności nie mieli dla braku potrzebnego status (§. 3. I. 1 — 3): servi, tylko servus publicus populi Romani mógł testamentem rozporządzić połową swego mienia, — peregrini, ²⁾ dediticii, obsides nisi eis permititur, — wreszcie ci, którzy ulegli cap. dimin. maximae vel mediae. Do ostatnich należeli mianowicie: a) Captivi. Testament, podczas niewoli sporządzony, był nieważny, i nie stawał się przez to ważnym, iż captivus powrócił z niewoli. ³⁾ b) Capite damnati. Wyjątek stanowili wojskowi,

1. Qui testamenta facere possunt. Tit. Cod. 6. 22. Qui facere testamentum possunt vel non possunt. — Prócz wymienionych przed §. 11. w nocie *) por. Glück Comm. T. 33. str. 347 sq., T. 34. str. 53 sq. Heimbach w Weiske'go Rechtsl. T. 10. str. 718 sq. Mayer §. 7. Tewes I. §. 21. Rosshirt Das testamentarische Erbrecht §§. 4 — 6. Hartitzsch §§. 12 — 22. Beckhaus §. 37. Rivier §. 14. Vangerow II. §. 428. Windscheid III. §. 539. Arndts §. 484. Maynz III. §§. 363 i 379. *Zielonacki II. §. 367. Maciejowski II. §. 206. Louis str. 112 sq.*

¹⁾ Jakkolwiek tu zdolność prawna jest tylko jednym z warunków zdolności do działań prawnych, (por. szczególnie *Źródłowski II. §. 63. not. a*) a co do przyczyny Binding Die Normen u. ihre Uebertretung II. str. 52 sq.), to mimo to należy i przy testamenti factio obydwie te zdolności ściśle od siebie odróżnić, szczególnie ze względu na odmienne skutki, wynikające z ich utraty po sporządzeniu testamentu. Por. §. 33. licz. 1.

²⁾ Peregrini mogli wprawdzie sporządzać testamenta, ale tylko secundum leges civitatis suae. Ulp. XX. 14. Według własnych swych praw mogli więc peregrini mieć zdolność testamentową, ale z tego powodu nie można ich ze stanowiska prawa rzymskiego zaliczać do osób zdolnych do sporządzenia testamentu (jak to czyni *Źródłowski II. §. 63. not. 1.*), ponieważ rzymska testamenti factio brakowała niewątpliwie peregrynom, wyjąwszy jeśli im była osobno nadana (Ulp. XIX. 4).

³⁾ Paul. R. S. III. 4A. §. 8, L. 8. pr. D. h. t., L. 10. D. de test. mil. 29. 1, §. 5. I. h. t. — Ius postliminii i lex Cornelia nie mogły tu mieć zastosowania. Por. Glück Comm. T. 34. str. 56. not. 10, Bechmann Ius postlimi. u. lex Cornelia str. 4. 73. — Inaczej rzecz się miała co do testamentu, sporządzonego przed dostaniem się do niewoli. Por. §. 33. licz. 1. — W państwie byzantyńskim uchylił później Leo philosophus Now. 40 i 36. ten przepis, dozwalając captivis sporządzać testamenta także podczas niewoli.

skazani za *delictum militare*; ci mogli sporządzać testamenta co do tej części majątku, którą nabyli jako wojskowi (*bona castrensia*), jeśli im tego dozwolono w wyroku skazującym.⁴⁾

Latini Iuniani mieli wprawdzie *commercium*, a specjalnie *testamenti factionem sen. str.*, ale na mocy *lex Iunia Norbana* o tyle właśnie ograniczoną, iż nie mogli sporządzać testamentu.⁵⁾

W prawie Justyniańskim pozostali z pomiędzy wymienionych niezdolnymi tylko *servi*, *peregrini*, *obscides*, *captivi* i *capite damnati* (§. 3. I. in fi.).

2) Zdolność do własnego majątku czynnego (§. 3. II). Z powodu braku tej zdolności nie mogli w dawniejszem prawie sporządzać testamentu *homines alieni iuris*, jakoto: *filius* (*filia*) *familias*, *uxor in manu*, i ci, *qui in causa mancipii erant*. Udzielone przez ojca rodziny zezwolenie do sporządzenia testamentu było bez znaczenia; nie mogło im nadać zdolności testamentowej, której prawnie nie mieli.⁶⁾ Gdy później instytucya *manus*, tudzież *causa mancipii* zupełnie odpadły,⁷⁾ odnosiła się w mowie będąca przyczyną niezdolności testowania tylko do dzieci, zostających pod władzą ojcowską, ale i co do nich zaszły w czasach cesarstwa bardzo doniosłe zmiany. Najpierw nadał

⁴⁾ W mowie będący wojskowy mógł sporządzić testament bez wszelkich formalności (*iure militari*). L. 11. pr. D. de test. mil. 29. I. Por. § 16. not 56.

⁵⁾ Ulp. XI. 16:... *Latinus habet testamenti factionem. XX. 8: Latinus Iunianus et familiae emptor et testis et libri-pens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est. Gai. I. 23: Non tamen illis permittit lex Iunia... testamentum facere. Por. §. 3. not. 11, a co do Latini colonarii tamże not. 12.*

⁶⁾ Ulp. XX. 10. Cf. Gai. II. 96. (Ob. §. 3. not 27). pr. I. h. t.:... *qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint. L. 6. pr. D. h. t. — Co do właściwej przyczyny niezdolności filii *familias* do nabywania majątku dla siebie, co jest spornem, por. zamiast innych Böcking Pand. §. 45, Pernice Labeo I. str. 103 sq., *Źródłowski* Röm. Privat. I. §. 32. not. a).*

⁷⁾ Por. §. 3. not. 23 i 28.

Augustus filiis familias militibus moc rozporządzania przez testament swem peculium castrense, to jest tem wszystkim, cokolwiek w służbie wojskowej (in castris, in militia) i z powodu tej służby nabyli (quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset).⁸⁾ Przywilej ten, powtarzany przez następnych Imperatorów (Nerwę, Trajana), rozszerzono później w dwojakim kierunku. Z jednej strony postanowił Hadryan, że filius familias może testamentowo rozporządzać swem peculium castrense nie tylko podczas służby wojskowej, ale także po wystąpieniu z wojska, t. j. jako veteranus, wyjęci byli jednak wydalenii z wojska ignominiae causa,⁹⁾ — z drugiej strony rozszerzył się z czasem zakres tych przedmiotów, które zaliczano do peculium castrense.¹⁰⁾ W skutek przytoczonego postanowienia (reskryptu) Hadryana utracił przywilej sporządzania testamentu co do peculium castrense pierwotny swój charakter, nie był więc przywilejem osobistym wojskowych, zostających pod władzą ojcowską, ale raczej przywilejem majątku, który filius familias nabył w służbie wojskowej. W ten sposób wyróżniało się więc prawnie peculium castrense, li ze względu na źródło swego pochodzenia, od innego nabytku filii familias, a krok pierwszy, w tym kierunku uczyniony, prowadził do dalszych ustępstw na rzecz tego peculium, tak że ostatecznie, przy

⁸⁾ Ulp. XX. 10: . . . divus Augustus constituit, ut filius familias miles de eo peculio quod in castris adquisivit testamentum facere possit. pr. I. h. t. Cf. L. 43. D. de test. mil. 29. 1. Przepis Augusta był zupełnie nowym, nie zaś li uznaniem dawniejszego zwyczaju jak pomiędzy innymi Müller (str. 646) utrzymuje. Por. Fitting Das castrense peculium str. 17.

⁹⁾ Pr. I. h. t: . . . quod . . . postea subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. L. 26. D. de test. mil. 29. 1.

¹⁰⁾ O peculium castrense w ogóle i jego częściach składowych por. Marezoll Zeit. f. Civ. u. Proc. T. 8 (1835) str. 77 sq., 105 sq., Brinz (1 wyd.) §§. 252 i 255, Vangerow I §. 234, Kuntze Cursus (2 wyd.) §§. 937 sq. i Excur. ad §. 938, a szczególnie Fitting Das castrense peculium (o częściach składowych peculii str. 29 — 91). W źródłach: Tit. Dig. 49. 17. de castrensi peculio. Tit. C. 12. 36 (37). de castrensi peculio militum et praefectianorum.

końcu epoki prawników klasycznych,¹¹⁾ z mnogich specjalnych postanowień wysnuto zasadę, iż *peculium castrense* jest własnym majątkiem *fili* *familias*, że *filius* względem tego *peculium* zajmuje takie same stanowisko, jak gdyby był *pater familias*. W szczególności testament *fili* *familias* co do *pecu. castrense* podlegał tym samym prawidłom, co testament *patris familias*.¹²⁾ Tylko w razie, gdy *filius familias* zmarł *intestatus*, ujawniała się jeszcze pierwotna natura *peculii castrensis*, jako majątku ojcowskiego.¹³⁾

Uświęceniem zasady, że *peculium castrense* jest własnym majątkiem *fili* *familias*, uczyniono pierwszy stanowczy krok ku złamaniu starej reguły, odmawiającej *fili* *familias* zdolności do własnego majątku czynnego. To też niebawem, szczególnie od czasów Konstantyna, zastosowano krok po kroku tę zasadę także do majątku, który *filius familias* nabył w innym podobnym, za *militia* uważanym zawodzie, w szczególności jako urzędnik państwa lub dworu cesarskiego, jako adwokat, tudzież jako duchowny. Majątek, nabyty w którymkolwiek z tych zawodów, poddano tym regułom, którym podlegało *peculium castrense*, uznano go za *peculium quasi castrense*.¹⁴⁾ Zdolność rozprzą-

¹¹⁾ Por. *Fitting* l. c. str. 129 sq.

¹²⁾ L. 6. §. 13. D. de iniusto rup. 28. 3: (*filius familias*) quantum ad testandum de castrensi peculio pro patre familias habendus est. Ob. *Fitting* l. c. §§. 28. 29.

¹³⁾ Ob. oddział o dziedziczeniu ab *intestato*.

¹⁴⁾ L. 7. C. de assessor. 1. 51. (*Honor. et Theod.*), L. 5. C. de decurio. et silentiariis 12. 16. (*Anastasius*), L. 6. C. de cast. pecul. mil. et praefectianorum 12. 36. (37) (*Theod. et Valent.*), L. un. C. de castr. omni. palatinorum pecul. 12. 30. (31) (*Constant.*), L. 37. C. de inof. testam. 3. 28. (*Iustinianus*):... ad imitationem *peculii castrensis quasi castrense peculium* supervenit.—L. 4. C. de advoca. 2. 7. (*Honorius et Theod.*), L. 14. C. eod. (*Leo et Anthem.*).—L. 33. (34) C. de episcop. et cleri. 1. 3. (*Leo et Anthem.*), L. 49. (50) C. eod. (*Iustinianus*), Nov. 123. c. 19.—O *peculium quasi castrense* i jego częściach składowych por. szczególnie *Fitting* l. c. str. 388 — 475, tudzież *Marezoll* l. c. str. 116 sq., *Brinz* (1 wyd.) §§. 252 i 255, *Vangerow* I. §. 235.—Nazwa: *peculium quasi castrense*, która zachodzi się w kilku ustępach *Digestów*, odnosi się prawdopodobnie do tych przedmiotów *peculii castrensis, quae eunti in*

dzania tym majątkiem przez testament przyznały jednak odnośne konstytucyje cesarskie filii familias wyraźnie tylko ze względu na niektóre z wymienionych zawodów, tak że aż do Justyniana było wątpliwem, czy to samo stosuje się także do peculium quasi castrense, nabytego w innych tego rodzaju zawodach, względem których odnośne konstytucyje nie zawierały podobnie wyraźnego postanowienia. Uchylając te wątpliwości postanowił Justynian, że filius familias może czynić testamenta co do każdego peculium quasi castrense.¹⁵⁾ Tenże sam Imperator uznał za peculium quasi castrense także każdą darowiznę, którą otrzymał filius lub filia familias od cesarza lub cesarzowej.¹⁶⁾ To był jedyny przypadek, w którym także filia familias mogła mieć pecul. quasi castrense i rozporządzać niem przez testament.¹⁷⁾

W piątym wieku po Chr. uznano inne jeszcze nabytki za własny majątek filii (resp. filiae) familias, mianowicie majątek odziedziczony po matce (bona materna), nabyty po po krewnych wstępnych z linii macierzystej (bona materni generis), tudzież lucra nuptialia. Dla oznaczenia tego majątku używamy nazwy bona adventitia.¹⁸⁾ Justynian wreszcie uchylił wprost zasadę dawniejszego prawa postanowieniem (z r. 529), iż wszelki majątek, nabyty przez

militiam donatae sunt, a w każdym razie nie ma tego znaczenia, co pecu. quasi castrense w prawie późniejszym. Por. Fitting l. c. str. 397 sq.

¹⁵⁾ L. 37. C. de inof. testam. 3. 28, L. 12. C. h. t., §. 6. I. de militari testam. 2. 11.

¹⁶⁾ L. 7. C. de bonis, quae liber. 6. 61.

¹⁷⁾ Cf. L. 7. C. de bon. quae liber. 6. 61 (z r. 530): ad similitudinem castrensis peculii omnem facultatem in eas (res donatas) filii vel filiae familias habeant, z L. 12. C. h. t. (z r. 531): Omnes omnino, quibus quasi castrensia peculia habere ex legibus concessum est, habeant licentiam in ea ultimas voluntates condere. Ob. Fitting l. c. str. 445. 463. not. 1. — Postanowienie to Justyniana ścieśniło tedy dawniejszą regułę: Filiam autem, quae in potestate est, testamentum facere non posse indubitati iuris est (L. 3. §. 1. C. h. t. z r. 294. Dyokl. i Maxy.), o tyle, iż z pod niej wyjęte było peculium quasi castrense filiae familias.

¹⁸⁾ Lub także peculium adventitium, czy jednak nazwa peculium jest stosowną, to jest sporne. Por. Windscheid II.

filium resp. filiam familias, jest własnem ich mieniem, wyjąwszy jeśli nabytek pochodzi ex re s. substantia patris. Majątek ten, o ile nie należał do peculium castrense lub quasi castrense, poddał Justynian tym regułom, które stosowały się do bona adventitia.¹⁹⁾ Różnica zaś między bona adventitia z jednej, a peculium castrense i quasi castrense z drugiej strony polegała nietylko na odmiennem stanowisku, jakie pater familias względem każdego z nich zajmował,²⁰⁾ ale także na tem, co nas tu właśnie obchodzi, iż filius resp. filia familias nie mogli rozporządzać przez testament majątkiem, należącym do bona adventitia. To ograniczenie ich zdolności do sporządzania testamentu pozostało w mocy także w prawie Justyniańskiem.²¹⁾ Powolny roz-

§. 516. not. 10, Arndts §. 429. not. 2, Brinz (1 wyd.) str. 1190, i wymienionych tamże autorów.

¹⁹⁾ L. 6. C. de bonis, quae liber. 6. 61, L. 8. pr. C. eod., §. 1. I. per quas perso. 2. 9.

²⁰⁾ O bona adventitia por. Marezoll l. c. str. 58 sq., 242 sq., 362 sq., Brinz (1 wyd.) §§. 253 — 255, Vangerow I. §§. 236 i 237, Schirmer str. 173 sq., Fitting l. c. str. 348 sq.— W źródłach: Tit. Cod. 6. 60. de bonis maternis et materni generis, 6. 61. de bonis, quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter acquiruntur, et eorum administratione.

²¹⁾ L. 11. C. h. t. — Ztąd, że filius familias nie mógł rozporządzać testamentowo swemi bona adventitia, mimo że takowe były jego własnem mieniem, wnosi Brinz (1 wyd.) § 177. I. 4, że testamenti factio activa brakowała w ogóle filiis familias nie z powodu ich niezdolności do własnego majątku czynnego, chociaż tak wyraźnie mówi Ulpian (por. §. 3. not. 27), lecz z powodu ich zależności od władzy ojcowskiej. Ta zależność miała być samoistną przyczyną braku testa. factionis, tak że samo nadanie zdolności do własnego majątku nie nadawało jeszcze test. factionem, jeśli względem tego majątku nie była oraz uchylona zależność filii od władzy ojcowskiej. Temu wnioskowi sprzeciwia się jednak ta okoliczność, iż filius familias miał testam. facti. co do pecul. castrense i quasi castrense, chociaż pozostawał w zależności od władzy ojcowskiej (§. 4. I. quibus modis ius pot. 1. 12: Filius familias si militaverit, vel si senator vel consul fuerit factus, manet in patris potestate. L. 3. C. de castr. pecul. 12. 36. (37). Wprawdzie utrzymuje Brinz (1 wyd.) str. 1184 sq., (2 wyd.) I. §. 76. not. 13, że filius familias był ze względu na pecul. castrense zwolniony od zależności od władzy ojcowskiej, że ze względu na to peculium był tamquam pater fa-

wój prawa w kierunku usamowolnienia dzieci, zostających pod władzą ojcowską, pod względem majątkowym, nie doszedł więc co do bona adventitia do ostatecznego kresu.

miliās, (podobnie Puchta Pand. §. 463. not. o), ba nawet że to a priori musiało być wyrzeczone w odnośnych konstytucjach, i tem tłumaczy rzeczona testamenti factionem filii familias, ale zdanie to jest mylne (por. Fitting l. c. str. 149 sq.). Taka zasada, prawem uświęcona, musiałaby najpierw z koniecznością prowadzić do tej konsekwencji, iż w razie śmierci filii familias bez testamentu, otwierałoby się do peculium castrense dziedziczenie ab intestato, a przecież prawo co innego stanowiło. (Por. poniż. oddział o dziedziczeniu ab intestato). Powtóre, niepodobnem jest, zdaniem naszym, by ktoś częścią był, a częścią nie był zależnym od władzy ojcowskiej, natomiast możliwem jest zupełnie, by pewne konsekwencye, wynikające z zawisłości od władzy ojcowskiej, były uchylone na mocy pozytywnych przepisów. To właśnie miało miejsce względem peculium castrense i to w tak obszernej mierze, iż na podstawie specjalnych wyjątków prawnicy rzymscy doszli w końcu do zasady, że filius familias z powodu tych wyjątków zajmuje względem peculium castrense takie stanowisko, jak gdyby był pater familias. (Por. Fitting l. c. str. 129 sq.). To jedynie wypowiadają prawnicy w odnośnych ustępach źródeł (L. 2. D. de SC. Maced. 14. 6, L. 15. §. 3. D. de castr. pecu. 4. 17, L. 6. §. 13. D. de iniu. rup. 28. 3), i uznają tę zasadę tylko o tyle, o ile zachodziły pozytywne wyjątki: Si filius familias non sit testatus de his, quae in castris adquisierit, an ea ad matrem pertineant, videndum est, sed non puto: magis enim iudicio militum hoc beneficium concessum est, non ut omnimodo quasi patres familiarum in ea re sint. L. 10. pr. D. ad Setum Tertul. 38. 17.— A więc filius familias miał testamenti factionem co do peculium castrense nie dlatego, że względem tego peculium był wprost, lub jak inni (np. Zielonacki II. §. 316 i §. 367. 1) twierdzą, za pomocą fikcji uważany za pater familias, lecz odwrotnie, dlatego, że filius familias miał testamenti factionem i inne przywileje ze względu na peculium castrense, równało się jego stanowisko względem tego peculium, mimo zależności od władzy ojcowskiej, ze stanowiskiem patris familias pod względem majątkowym.

Brak testamenti factionis co do bona adventitia, mimo że te były własnem mieniem filii familias, tłumaczy się, zdaniem naszym, powolnym rozwojem prawa w kierunku usamowolnienia filii familias pod względem majątkowym. Poszczególne uprawnienia filii pod względem majątkowym nie powstały od razu, lecz były nadawane powoli, na mocy licznych po sobie następujących przepisów. Trafną jest zaś uwaga Fittinga (l. c. str. 186. 348), że z czasem,

W prawie Justyniańskim miał tedy *filius familias testamenti factionem activam* co do *peculium castrense* (dostatku obozowego), wyjąwszy jeśli był wydalony z wojska *ignominiae causa*, i co do *peculium quasi castrense* (dostatku niby-obozowego),²²⁾ *filia familias* zaś jedynie co do majątku, podarowanego jej przez cesarza lub cesarzowę.²³⁾ Natomiast nie mieli *filius* i *filia* tej zdolności co do *bona adventitia*, nawet gdyby *pater familias* udzielił swego zezwolenia do sporządzenia testamentu, a to bez różnicy, czy *bona adventitia* były *regularia* lub *irregularia*, t. j. czy na tym majątku ojciec miał użytkowanie lub nie.²⁴⁾ Rozumie się samo przez się, że *fili* (*filiae*) *familias* nie mogli także rozporządzać testamentowo majątkiem, należącym do pecu-

gdy rozrosły się przywileje *fili* *familias* co do *peculium castrense*, dopatrywano się ich doniosłości nie tyle w udzielonej *testamenti factio*, jakkolwiek od niej rozpoczęto, ile raczej w tem, że *filius* za życia ojca mógł dysponować tym majątkiem, a jeszcze więcej w tem, że po śmierci ojca *peculium castrense* pozostawało przy synie. To co ze stanowiska praktycznego uważano za najważniejsze, to zastosowali Imperatorowie powoli do innych nabytków *fili* *familias*: *pecu. quasi castrense*, *bona adventitia*, pomijając w części lub w zupełności *testamenti factionem*. Względem *pecu. quasi castrense* uzupełnił to później Justynian, udzielając *filiis* *testamenti factionem*, względem *bona adventitia* zaś nie wyrzeczono w tej mierze ostatniego słowa. W ten sposób powstała wprawdzie pewna anomalia: *filius* miał własne mienie, a jednak nie mógł niem rozporządzać testamentowo, i z pewnością do przeciwnej konsekwencji byłby był doszedł Ulpian (XX. 10), ale o tego rodzaju zasadnicze skrupuły nie troszczyli się wcale Imperatorowie 4go okresu. Podstawą ich poszczególnych postanowień nie była jedna myśl zasadnicza, lecz względy utylitarne, z tych względów odstępowali oni od poprzedniego stanu prawnego o tyle, o ile tego dobro *fili* wymagało, a zatrzymywali go tam, gdzie wypadało uwzględnić interesa ojca. W ten sposób powstawały twory o podwójnem obliczu.

²²⁾ Pr. I. h. t., §. 6. I. de mili. test. 2. 11, L. 3. §. 5. D. de bon. posses. 37. 1, L. 37. C. de inoff. test. 3. 28, L. 12. C. h. t.— L. 26. D. de test. mil. 29. 1.

²³⁾ Pow. not. 17.

²⁴⁾ Pr. I. h. t., L. 6. pr., L. 19. D. h. t., L. 3. §. 1, L. 11. C. h. t., L. 1. §. 8. D. de bon. poss. secu. tabu. 37. 11, L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liber. 6. 61. Z tych ustępów, szczególnie z L. 11. C. h. t. wynika stanowczo, że zdolność testa-

lium profectitium,²⁵⁾ ponieważ ten majątek należał prawnie do ojca.

3) Zdolność do działań prawnych. Dla braku tej zdolności, bądź w ogóle, bądź specjalnie ze względu na testament, — bądź z przyczyn naturalnych, bądź w skutek pozytywnego przepisu prawa, nie mogli sporządzać testamentu:

a) Ci, którzy z powodu swego stanu umysłowego nie mogą mieć własnej woli lub woli dojrzałej, w szczególności: umysłowo chorzy, z wyjątkiem w chwilach jasnego umysłu (*dilucida intervalla*),²⁶⁾ — pozbawieni czasowo władzy umysłu, podczas trwania tego stanu,²⁷⁾ — niedojrzali (*impuberes*), którym nie pomagała nawet *auctoritas tutoris*,²⁸⁾ — wreszcie marnotrawcy (*prodigi*), przez władzę sądową za takich uznani.²⁹⁾ Marnotrawcy (*cui*

mentowa brakowała *filiis familias* także co do *bona adventitia irregularia*, a postanowienia tego nie zmieniła w niczem Now. 117. cap. 1. Por. Glück *Commen. T. 34. str. 121 sq.*, Vangerow II. §. 428. Uwa. II, *Fitting l. c. str. 464 sq.*

²⁵⁾ W źródłach zwane: *peculium* bez dodatku, raz także *pecul. paganum*. L. 37. §. 1. C. de inof. test. 3. 28. — O *peculium profectitium* por. osobliwie Mandry Ueber Begriff u. Wesen des *peculium*, tudzież *Das gemeine Familiengüterrecht T. II.*

²⁶⁾ Ulp. XX. 13, Paul. R. S. III. Tit. 4A. §. 5, §. 1. I. h. t., L. 16. §. 1. D. h. t., L. 1. §. 8. D. de bon. pos. secu. tab. 37. 11, L. 9. C. h. t.

²⁷⁾ Paul. R. S. III. 4A. §. 11, L. 17. D. h. t.: *In ad-versa corporis valetudine mente captus eodem tempore testamentum facere non potest.*

²⁸⁾ Gai. II. 113, Ulp. XX. 12, Paul. R. S. III. Tit. 4A. §§. 1. 2. (*Spadones annorum decem et octo*), §. 1. I. h. t., L. 5. D. h. t., L. 1. §. 8. D. de bon. pos. secu. tab. 37. 11, L. 4. C. h. t. — Przyczyna, dla której *impubes* nawet *tutore auctore* nie mógł sporządzić testamentu, jest prawdopodobnie historyczna. Por. Pernice *Labeo I. str. 233 sq.* — *Virgo Vestalis* (Gell. I. 12), a do Justyniana także *tribuni militum* (L. 18. C. de test. milit. 6. 21) mogli sporządzać testamenta nawet w wieku niedojrzałości. Por. *Vering Erbr. str. 242. n. 8*, *Puchta Institut. §. 307. not. g.*

²⁹⁾ Ulp. XX. 13, §. 2. I. h. t., L. 18. pr. D. h. t. — Podanie Paulusa (III. 4A. §. 12), że późniejsze ustatkowanie się marnotrawcy (*recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus*) powracało mu samo przez się *testamenti factionem*, zdaje się być niedokładnem. Podobnie jak samo marnotrawstwo, bez aktu władzy

lege bonis interdictum est) brakowała zresztą testamenti factio, według dawniejszego prawa, nie tyle dla braku uzdolnienia do rozsądnego rozporządzania swem mieniem³⁰⁾, ile raczej i właściwie z powodu, quoniam commercio illi interdictum est.³¹⁾

b) Ci, którzy z powodu ułomności fizycznych nie mogą objawić swej woli w sposób, prawem wymagany. Z tego powodu nie mógł według dawniejszego prawa sporządzać testamentu: niemy (mutus) i głuchy (surdus), tem mniej głuchoniemy. Stało to w związku z dawniejszą formą spo-

sądowej, nie wystarczało do utraty test. fact., tak samo i do uchylecia skutków marnotrawstwa, sądownie uznanego, potrzeba było, jak się zdaje, nowego aktu władzy sądowej. Por. Heimbach str. 723, Vangerow §. 428. Uwa. I. 2. — Cesarz Leon Philosophus (886 — 911) zniósł Now. 39. postanowienie, odmawiające marnotrawcy w ogóle zdolności do sporządzenia testamentu, i ograniczył tę niezdolność do przypadku, gdy z samej osnowy testamentu okazywał się brak rozsądnej woli (si quidem aliquid inutiliter gestum esset.)

³⁰⁾ Prodigus bywa często zestawiany z umysłowo chorym. Por. np. L. 40. D. de R. I. 50. 17, L. 12. §. 2. D. de tutori. 26. 5.

³¹⁾ Ulp. XX. 13... „et ob id familiam mancipare non potest.“ Paul. R. S. III. 4A. §. 7. Interdictio commercio ograniczała zdolność do działań prawnych, wzbraniając marnotrawcy urzeczywistnienia swego commercium przez udział w czynnościach prawnych iuris civilis. (Puchta Inst. §. 202 not i do not. v, a szczególnie Pfaff i Hofmann Comm. II. str. 105 sq.) — Mylnem jest mniemanie *Źródłowskiego* (I. §. 37. not. 19. II. §. 63. not. 46) i *Ubbelohde'go* (Zeit. f. das Privat- und öff. Recht der Gegenwart T. IV. str. 671 sq.), że powodem braku testamenti factionis u marnotrawcy nie mogła być interdictio commercio. — Zdania Ulpiana, (za którem idą szczególnie Windscheid III. §. 539. not. 5, i Brinz I. (2 wyd.) §. 54. II. 1, (1 wyd.) §. 177. I. 2, — por. także Mayer §. 7. n. 2, Scheurl §. 185. 2. γ, Heimbach str. 722, Delaporte De la condition du prodigue str. 45 sq.), nie zbija ani ta okoliczność, że uznanie kogoś za marnotrawcę nie unieważniało testamentu, przedtem sporządzonego (§. 2. I. h. t., L. 18. D. h. t.), bo taki skutek miała jedynie utrata testamenti factionis z powodu utraty status — cap. diminutio (por. poniżej §. 33. licz. 1), ani to, że prodigus mógł być w testamencie ustanowiony dziedzicem (L. 5. §. 1. D. de adqui v. omit. here. 29. 2), bo to dowodzi jedynie, że interdictio commercio nie była

rządzenia testamentu per aes et libram; niemy nie mógł verba nuncupationis loqui, głuchy verba familiae emptoris exaudire.³²⁾ Jednakże za osobnem zezwoleniem Imperatora wolno im było sporządzić testament z obejściem form, im niedostępnych.³³⁾ Wojskowi zaś, którzy mogli sporządzać testamenta bez zachowania form, prawem przepisanych, mieli skutkiem tego także ten przywilej, iż niemota i głuchota nie odbierała im zdolności do sporządzenia testamentu,³⁴⁾ jeśli tylko w jakibądź sposób mogli zrozumiale objawić swą wolę.

Prawo dawniejsze zmienił Justynian, stosując się do nowej formy testamentów, następująco:³⁵⁾ głuchego uznał za zupełnie zdolnego do sporządzenia testamentu, niemy i głuchoniemy, byleby kalectwo ostatniego nie pochodziło z urodzenia, mogli sporządzić testament piśmienny, jeśli umieli pisać, ale obydwaj tylko własnoręcznie,³⁶⁾ wreszcie głuchoniemy od urodzenia nie miał wcale testamenti factionem.

wszechstronną. (Por. także Fitting l. c. str. 107. not. 8). Celem uznania kogoś za marnotrawcę było, zapobiec roztrwonieniu majątku, do tego celu stosowała się interdicio commercio pod względem swej rozciągłości.

³²⁾ Ulp. XX. 13, L. 6. §. 1, L. 16. pr. D. h. t. Przeciwno przypuszczeniu (Puchta Inst. §. 307. do not. i, Vering Erbr. str. 248. do not. 2), że z testamentu piśmiennego, który sporządził mutus lub surdus, pretor udzielał bon. por. secundum tabulas, por. L. 1. §. 8. D. de bon. pos. secu. tab. 37. 11. (verba: vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt). Leist w Glück'a Comm. Ser 37 et 38. Tom IV. str. 164)

³³⁾ L. 7. D. h. t.

³⁴⁾ §. 2. I. de mil. test. 2. 11, L. 4. D. de test. mil. 29. 1.

³⁵⁾ L. 10. C. h. t. (an. 531), §. 3. I. h. t.

³⁶⁾ Własnoręczne spisanie testamentu było, zdaniem naszym, wymagane nietylko od głuchoniemego, (jak sądzą Vangerow II. §. 428 Uwa. I. 4, Vering Erbr. str. 248, Arndts w Glück'a Comm. T. 47. str. 331 sq.) ale także od niemego (tak samo Heimbach str. 722, Tewes I. §. 21. do not. 17, Beckhaus §. 37. l. 4), inaczej postanowienie, iż niemy wtedy tylko ma testam. fact., jeśli umie pisać, nie miałyby żadnej racyi. Niemy, umiejący pisać, mógłby sporządzić testament albo własnoręcznie, albo wyrażając się w pisaniu kimś trzecim, dla czegożby to ostatnie nie miało mu być dozwolone wtedy, gdy nie umie wcale pisać? Dla niemego (qui eloqui nihil potest) jest nadto faktycznie niepodobnem, wyreczyć się w pisaniu testamentu, bo

Głuchoniemy od urodzenia, tudzież nieumiejący pisać niemy i głuchoniemy, którego kalectwo nie pochodziło z urodzenia, potrzebowali więc do sporządzenia testamentu osobnego zezwolenia cesarskiego. Za głuchoniemego nie można było jednak uważać tego, kto nauczył się zrozumiale mówić. Taki stał na równi z głuchym wprawdzie nie według litery, ale według ducha przepisu Justyniańskiego, gdyż Justynian przepisy swe o głuchoniemych uczynił zawisłe od warunku, si quis utroque morbo simul laborat, id est ut neque audire neque loqui possit, przeciwstawiając temu przypadek, si infortunium discretum est.³⁷⁾— Co do wojskowych pozostało prawo dawniejsze w mocy.³⁸⁾

c) Według dawniejszego prawa kobiety (dojrzałe i sui iuris)³⁹⁾. Pierwotnie, gdy testamenta sporządzano *calatis comitiis* (resp. *in procinctu*), nie mogły kobiety już z tego powodu czynić testamentów, iż nie brały udziału w rzeczonych komicyach (*quoniam cum feminis nulla comitorum communio est.*^{39a)}) Po wprowadzeniu nowej formy testamentów per

nie może podyktować swej woli pisarzowi. (Testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est. L. 29. §. 2. C. de test. 6. 23. z r. 531). Inaczej nie można też rozumieć słów Justyniana, stosujących się do niemego: *si et hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet et eum scribentem omnia facere.*

³⁷⁾ Por. Vangerow II. §. 428. Uwa. I. 4, Brinz (1 wyd.) §. 177. I. 1. in fi. — Inne ułomności ciała, choroby lub wiek zgrzybiały, które nie pozbawiają ani władzy umysłu, ani zdolności oświadczenia woli w sposób przepisany, nie były przeszkodą do sporządzenia testamentu Por. Paul. R. S. III. 4 A. §§. 4. 4a, L. 2. 10. D. h. t., L. 3 pr. C. h. t.

³⁸⁾ Por. jednak §. 6. not. 19. w końcu. Czy także co do wojskowych głuchoniemych? Trudno przypuścić, iżby takich przyjmowano do wojska. Sintenis §. 170. not. 8.

³⁹⁾ Do tej kwestyi por. szczególnie: Keller Instit. §. 282, Savigny Verm. Schriften T. I. str. 285 sq., Cohn Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts str. 1 sq., Rein str. 775 sq., Vering Erbr. str. 243 sq. — Kobiety *alieni iuris* (*patria potestas*, *manus*) podpadają pod reguły, podane pod liczb. 2, a kobiety niedojrzałe pod reguły pod l. 3. a.)

^{39a)} Gell. V. 19. — Co do mitycznej opowieści o testamentie *Accae Larentiae* za panowania króla *Ancus Martius* por. *Pernice Labeo* I. str. 194. not. 52, *Vering Erbr.* str. 149 sq.

aes et libram, wymagały znowu inne powody, jak wzgląd na interes agnatów, wzgląd na opiekę, pod którą w dawniejszem prawie kobiety dojrzałe stały (tutela mulierum), ograniczenia zdolności testamentowej kobiet. Kobieta *ingenua*, jak długo pozostawała w swej rodzinie agnacyjnej (ojcowskiej lub mężowskiej), — *quae se capite nunquam deminuit*, — nie mogła wcale rozporządzać testamentowo.⁴⁰⁾ Powodem tego był zamiar zachowania majątku kobiety dla członków jej rodziny agnacyjnej, którzy dziedziczyli po niej ab intestato.⁴¹⁾ Z nastaniem *tutelaefiduciariae* mogła *ingenua* przysporzyć sobie zdolność do sporządzenia testamentu w ten sposób, iż *coemptione* (*fiduciaria testamenti faciendi gratia*), *remancipatione* et *manumissione*, odłączyła się od swej rodziny agnacyjnej (*cap. dimi. minima*), a wtedy wolno jej było sporządzić testament *tutore auctore* (*tutor fiduciarius*).⁴²⁾ Ta droga była jednak zawsze połączona z utratą jej praw,

⁴⁰⁾ Cic. Top. cap. 4. §. 18, Gai. I. 115a. Por. Huschke De causa Siliana, tudzież Studien I. str. 19 sq.—Przeciwko opinii, jakoby pomienione kobiety już przed Hadryanem mogły być sporządzać testamenta *tutore auctore* (Karlowa Die Formen der rom. Ehe u. Manus str. 96 sq., Pernice Labeo I. str. 194 sq., Hölder §. 68. III. 2, §. 77. II. A. 2. a, Salkowski §. 149. II. D.), por. Cohn l. c.

Wyjątek: *Virgo autem Vestalis simulatque capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit, et ius testamenti faciendi adipiscitur.*

⁴¹⁾ Por. Keller l. c., Kuntze Cours. (2 wyd.) §. 822. β., Ihering Geist. des r. Rechts. III. (2 wyd.) str. 279. — Inną przyczynę podaje Cohn l. c. str. 10 sq.

⁴²⁾ Gai. I. 115a. — Czyli agnaci *ingenuae*, będący jej *tutores legitimi*, mogli być zniewoleni do współdziałania (*auctoritas*) przy rzeczonyj *coempcyi* (Keller l. c. str. 262, Ihering Geist. des rom. Rechts. III. (2 wyd.) str. 278. not. 390), lub też czy to zależało od ich dobrej woli (Savigny l. c. str. 288, Karlowa l. c. str. 102, Cohn l. c. str. 3 sq.), o tem milczą źródła. Za drugim zdaniem przemawia jednak to stanowczo, iż w razie przeciwnym byłyby pośrednio zagrożone te właśnie interesy agnatów, które miały być strzeżone odmówieniem *ingenuae* zdolności testamentowej.

szczególnie praw do dziedzictwa ab intestato w rodzinie agnacyjnej. To samo znaczenie, co *coemptio fiduciaria* miała niezawodnie także *emancipatio*; *ingenua* emancypowana mogła sporządzić testament *tutore auctore* (*tutor legitimus i. e. manumissor*).⁴³⁾

Odmiernym przepisom podlegała *libertina* (wyzwolona). Z nastaniem nowej formy testamentów mogła *libertina*, która jako taka nie miała *agnatów*, sporządzić testament *tutore auctore* (*tutor legitimus i. e. patronus*), a prawa *patrona* do dziedzictwa po niej, były dostatecznie tem zabezpieczone, iż *interpositio auctoritatis* zależała zupełnie od jego dobrej woli.⁴⁴⁾ Na równi z *libertyną* (*ex iusta servitute manumissa*) stały niezawodnie kobiety, wyzwolone *ex mancipio*.⁴⁵⁾

Różnica między kobietą wolno urodzoną a wyzwoloną, pod względem zdolności testamentowej, odpadła później na mocy *Senatus consultum* z czasów *Hadryana*, którem postanowiono, że *ingenua* nie potrzebuje odbywać *coemptionem* w celu uzyskania zdolności testamentowej. Odtąd każda kobieta, *ingenua* lub *libertina*, mogła sporządzić testament, zawsze jednak, jeśli zostawała pod opieką, *tutore auctore*.⁴⁶⁾ Do udzielenia *auctoritatis* mógł być każdy *tutor* *zniewolony*, z wyjątkiem *patroni* i *parentis manumissoris*,⁴⁷⁾ już poprzednio bowiem zniosła *lex Claudia* *tutelam legitimam agnatorum*,⁴⁸⁾ tak że kobieta, nie stojąca *sub tutela legitima patroni* lub *parentis manumissoris*, mogła mieć jedynie *tutorem alterius generis, qui etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*.⁴⁹⁾ *Auctoritas* tych *tutorów* (*alterius generis*) była też czystą formalnością (*dicis gratia*).

⁴³⁾ Por. *Stemann* (w *Sell'a Jahrbüch.* III. str. 240 sq.), *Cohn* l. c. str. 9 sq., *Szuldrzyński Zygmunt* *De origine ac progressu tutelae muliebris quae apud Romanos obtinuit* str. 80. l. 2.

⁴⁴⁾ *Gai.* III. 43, I. 192.

⁴⁵⁾ Por. *Cohn* l. c. str. 9 sq.

⁴⁶⁾ *Gai.* II. 112. 113. 118, III. 43, *Ulp.* XX. 15. O kobietach, wolnych od opieki według *lex Iulia et Papia Poppaea* por. *Gai.* I. 194, III. 44, *Ulp.* XXIX. 3.

⁴⁷⁾ *Gai.* I. 190—192.

⁴⁸⁾ *Gai.* I. 157. 171, *Ulp.* XI. 8.

⁴⁹⁾ *Por. not.* 47.

W czasach klasycznej jurysprudencji zmalało w ogóle znaczenie *tutela mulierum*, to też pretor udzielał w tych czasach *bonorum possessionem secundum tabulas* z testamentu kobiety (*septem signis testium signato*) i wtedy, gdy ten był sporządzony bez *auctoritas tutoris*.⁵⁰⁾ Udzielona *bon. pos.* była jednak *sine re* w obec *heredes ab intestato* spadkodawczyni.⁵¹⁾

Gdy wreszcie w czwartym okresie opieka nad kobietami zupełnie odpadła, nie było więcej żadnej różnicy między kobietą a mężczyzną pod względem wymogów *testamenti factionis activae*.

d) *Improbi et intestabiles* (*infames* wyższego stopnia).⁵²⁾ Do nich należeli według ustawy XII. tabl. ci,

⁵⁰⁾ Gai. II. 118—122. Ze względu na ogólne brzmienie przytoczonych ustępów (§§. 118. 119) z Gaia, nie możemy podzielać zdania (Keller l. c. str. 262, Rein str. 848 (w nocie), Dernburg Beiträge zur Gesch. d. röm. Testamente str. 282 sq.), że pretor udzielał b. p. *sec. tabulas*, sporządzonych *sine auctoritate tutoris*, tylko w przypadku, gdy kobieta miała tutorem *alterius generis*. Ustęp z Gaia II. 122, który zdaje się za tem przemawiać, odnosi się widocznie tylko do przepisu Marka Aureliusza.

⁵¹⁾ Czyli reskrypt Marka Aureliusza, w skutek którego *bon. pos.* z testamentu *non iure facto* stała się *cum re* w stosunku do *heredes legitimos ab intestato* (por. §. 16. not. 79 sq.), odnosił się także do przypadku, w mowie będącego, to uważa sam Gaius za wątpliwe. W każdym razie jednak, powiada Gaius, *bon. pos.* z testamentu, sporządzonego *sine auctoritate parentis manumissoris vel patroni*, była w stosunku do nich i po tym reskrypcie *sine re*. (Gai. II. 121. 122).

⁵²⁾ Za pewne czyny hańbiące była zagrożona kara utraty zdolności na świadka przy aktach uroczystych, a kto uległ tej karze, zwał się *intestabilis*. To jest pierwotne i właściwe znaczenie *intestabilitatis*. Ztąd wyprowadzili później prawnicy rzymscy ten dalszy wniosek, iż takiemu *intestabilis* nikt nie może służyć za świadka przy aktach uroczystych, w skutek czego *intestabilis* nie mógł sporządzać tych aktów, w szczególności testamentów. L. 26. D. h. t. (Gaius): *Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium*. Por. Mayer §. 7. not. 2, Schirmer §. 4. not. 41 i 42, Pernice Labeo I. str. 240 sq. — Wielu autorów (por. Müller §. 184. not. 7. d, Quaritsch §. 316, Puchta Inst. §. 307. do not. d, Sal-

którzy odmówili złożenia świadectwa o akcie uroczystym, w którym poprzednio jako świadkowie udział brali,⁵³⁾ w późniejszym prawie także skazani za paszkwil (ob carmen famosum).⁵⁴⁾ Ostatni przypadek intestabilitatis pozostał także w prawie Justyniańskim, inne nie są nam znane.

e) Na mocy konstytucyi cesarzy chrześcijańskich odszczepieńcy (apostatae) i niektórzy heretycy (Manichaei, Donatistae).⁵⁵⁾

Według konstytucyi Arkadiusza i Honoriusza⁵⁶⁾ była testamenti factio osób, żyjących w małżeństwie kazirod-

kowski §. 149. II. B, Hölder §. 77. II. A. 1, Danz II. str. 107. b. γ.) zalicza niesłusznie intestabiles do kategorii osób, którym brakuje testam. factio sen. str. Intestabiles utracali jedynie zdolność do działań prawnych w pomienionym kierunku (por. także *Żródlowski* II. §. 63. do not. 56), czego dowodzi ta okoliczność, iż intestabilis mógł być w testamencie ustanowiony dziedzicem. Por. pon. §. 14. not. 7.

⁵³⁾ Gell. XV. c. 13. §. 11, Bruns Fontes. Leges XII. tabularum. VIII. 22. — Por. o tem Danz II. §. 145. licz. 4.

⁵⁴⁾ L. 18. §. 1. D. h. t., L. 21. pr. D. de testi. 22. 5, L. 5. §§. 9. 10. D. de iniuri. 47. 10. — O tem, czy to postanowiła lex Cornelia lub późniejsze Sctum por. Pernice Labeo I. str. 240. not. 3.

⁵⁵⁾ L. 3. 4. C. de apost. 1. 7, L. 4. §. 5. C. de haeret. 1. 5. Cf. L. 4. 7. C. Theod. de apost. 16. 7, L. 40. C. Theod. de haeret. 16. 5. — Pomienionych niedowiarków zaliczają niektórzy do intestabiles, lecz w źródłach apostaci nigdzie nie są tak nazwani, a toż samo nie ma tej nazwy w prawie Justyniańskim dla Manichejczyków i Donatystów. Tylko w kodeksie Theodozyańskim są dwie konstytucye (L. 9 i 54. pr. de haeret. 16. 5), w których Manichejczycy i Donatyści nazwani są intestabiles, ale w znaczeniu, które nie stawia ich na równi z intestabiles dawniejszego prawa. Por. Schirmer §. 4. not. 40, Brinz (1 wyd.) §. 177. I. in fi. — Testam. factio innych heretyków była o tyle ograniczona, iż wolno im było ustanowić dziedzicami jedynie swe prawowierne (orthodoxi) dzieci lub prawowiernych krewnych. L. 13, L. 17. §. 1, L. 18, L. 19. pr. C. de haeret. 1. 5, Nov. 115. c. 3. §. 14. Por. Schirmer §. 4. not. 23.

⁵⁶⁾ L. 6. C. de inces. et inuti. nupt. 5. 5. Por. pow. §. 3. not. 44. — Zdanie Köppena (§. 5. not. 11), że w testamencie rzeczonych osób mogli być ustanowieni krewni w ogóle, nie tylko krewni najbliżsi, sprzeciwia się wyraźnemu brzmieniu konstytucyi. — O podobnej przyczynie odjęcia test. factionis por. Paulus R. S. II. 26. §. 13.

kiem o tyle ograniczona, iż one mogły ustanowić dziedzicami tylko pewnych najbliższych krewnych z małżeństwa prawnego (§. 3. l. 6). Ograniczenie to odpadło w skutek Now. 12. Justyniana.⁵⁷⁾

§. 13.

b) O zdolności świadków testamentowych.*)

Zdolności na świadka przy sporządzeniu testamentu ¹⁾ nie mieli:

1) Ci, którym brakowała testamenti factio sen. str. (§. 12. l. 1).²⁾ Latini Iuniani i colonarii mogli być świadkami.³⁾

2) Z przyczyn naturalnych ci, którzy z powodu swego stanu umysłowego lub ułomności fizycznych nie mieli potrzebnych do świadectwa przymiotów, jakoto: umysłowo chorzy, z wyjątkiem w chwilach jasnego umysłu, niedojrzali (impuberes),

⁵⁷⁾ Por. §. 3. not. 45.

O odjęciu zdolności testamentowej za karę (lit. d. sq) por. także: Buchholtz Abhandlun. N. 5. Wem ist zur Strafe die testament. factio entzogen und wer heisst intestabilis?, Wächter w Arch. f. civ. Praxis T. XVII. str. 420 sq.

*) Tit. Inst. 2. 10. de testamentis ordinandis. Tit. Dig. 28. 1. qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. — Prócz wymienionych w nocie *) przed §. 11. por. Glück Com. T. 34. str. 310 sq., Heimbach w Weiske'go Rechtslex. str. 763 sq., Vangerow II. §. 444, Windscheid III. §. 542, Arndts §. 486, Puchta Pand. §. 465, *Zielonacki II. §. 371.*

¹⁾ Przy testamentach, sporządzanych per aes et libram, zależała zdolność libripendis od tych samych warunków, jak zdolność świadka. Gai. II. 107: De libripende eadem quae et de testibus dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est.

²⁾ Ulp. XX. 2: . . . testes, cum quibus testamenti factio est. §. 6. I. h. t. — W szczególności: Peregrinus, a cont. Gai. II. 104, L. 21. pr. C. de test. 6. 23, — Servus §. 6. I. h. t., L. 20. §. 7. D. h. t.

³⁾ Latinus Iunianus Ulp. XX. 8. — Lat. colonarius por. Puchta Inst. §. 306. tekst do not. e, tudzież powyż. §. 3. not. 12 i 15, stosując analogicznie argumenta tam przytoczone.

niemi i głusi,⁴⁾ a przy testamentach piśmiennych także ślepi. O wykluczeniu ślepych od świadectwa nie ma wprawdzie w źródłach żadnej wzmianki, ale to wynika z natury rzeczy, że ślepy nie mógł być świadkiem przy testamencie piśmiennym, skoro nie mógł widzieć podpisu testatora, ani też sprawdzić swego podpisu i pieczęci. Natomiast nie można odmówić ślepemu zdolności na świadka przy testamencie ustnym.⁵⁾

3) Marnotrawcy (prodigi).⁶⁾

4) Kobiety.⁷⁾

5) Ci, których za karę wykluczono od świadectwa, jakoto: improbi et intestabiles,⁸⁾ według powszechnej opinii

⁴⁾ Gai. II. 104, Ulp. XX. 7, §. 6. I. h. t., L. 20. §. 4. D. h. t., L. 21. pr. C. de testam. 6. 23. (Cf. Nov. Theod. XVI. §. 2. edi. Hänel).

⁵⁾ Wielu jest wprawdzie przeciwnego zdania, por. jednak trafne argumenta Windscheida §. 542. not. 6, i Vangerowa §. 444. Uwa. I. 1. Tamże są także wymienieni zwolennicy jednej i drugiej opinii. — W dawniejszem prawie przed Theodozjuszem II. (an. 439) nie wymagano wprawdzie podpisu testatora, ale zawsze świadek miał się przekonać o tem i potwierdzić to, cuius testamentum signaverit. Ob. §. 16. not. 45.

⁶⁾ §. 6. I. h. t., L. 18. pr. D. h. t. — Niezdolność marnotrawców pochodzi z interdictio commercio (por. §. 12. not. 31, tudzież Windscheid §. 542. not. 9, Mayer §. 9. not. 4), przyznać jednak należy i o tyle mają słuszną Ubbelohde (Zeit. f. das Privat- u. öff. Recht d. Gegen. T. IV. str. 677 sq.) i *Źródłowski* (I. §. 37. not. 19), którzy są przeciwnego zdania, iż ta konsekwencya interdictionis ma zupełnie charakter przepisu pozytywnego, nie wymagał jej cel uznania kogoś za marnotrawcę.

⁷⁾ Ulp. XX. 7, §. 6. I. h. t., L. 20. §. 6. D. h. t.—Przyczyna ich niezdolności pochodzi z dawniejszej formy testamentów per aes et libram.—Wyłączeni od świadectwa byli także hermafrodyty, jeśli u nich przeważała płeć żeńska. L. 15. §. 1. D. de test. 22. 5, Paul. R. S. III. 4A. §. 15.

⁸⁾ §. 6. I. h. t., L. 18. §. 1, L. 26. D. h. t.—Por. §. 12. not. 52—54. — Nieuzasadnioną jest opinia, (którą podzielają pomiędzy innymi Glück Com. T. 34. str. 339, Heimbach l. c. str. 767, Vering Erbr. str. 297, Vangerow §. 444. Uwa. I. 4), iż według Now. 90. cap. 1. Justyniana, wyłączone są od świadectwa przy testamentach w ogóle osoby non bonae existimationis, a więc wszyscy infames et turpes, gdyż w tej noweli Justynian odradza jedynie przywoływania tego rodzaju osób na

apostaci i niektórzy heretycy,⁹⁾ wreszcie skazani za cudzołóstwo — aduiterii damnati.¹⁰⁾

6) Testes domestici testatora, t. j. osoby, połączone z nim władzą ojcowską, a więc osoby, zostające pod władzą ojcowską testatora,¹¹⁾ a jeśli testatorem był filius fa-

świadków przy testamentach, ale nie wyklucza ich prawnie od tego świadectwa. Por. Windscheid §. 542. not. 15. b, Müller §. 184. not. 38, Arndts §. 486. not. 3, *Źródłowski* I. §. 34. not. 27.

⁹⁾ Opinia ta nie jest, zdaniem naszym, wolna od wątpliwości. Apostatom odmawia wprawdzie L. 3. C. de apost. 1. 7. w ogóle zdolności do świadectwa, ale co do heretyków nie ma podobnego postanowienia w prawie Justyniańskim. W L. 4. C. de haeret. 1. 5, na którą się powołują, nie ma o tem wzmianki, a toż samo nie wynika to z ogólnego przepisu w §. 6. I. h. t. : nec is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse, potest in numero testium adhiberi, ponieważ heretycy w źródłach Justyniańskich nigdzie nie są nazwani intestabiles. Co do prawa przedjustyniańskiego może opinia ta oprzeć się jedynie na L. 54. pr. C. Theod. de haeret. 16. 5. (Honorius et Theodosius) i to o tyle tylko, iż tam heretycy są nazwani intestabiles, natomiast powoływana zwykle L. 9. pr. C. Th. eod. (Gratianus, Valentinianus et Theodosius) nie daje jej należytego poparcia, ponieważ użyty tam wyraz intestabilis oznacza widocznie tylko niezdolność do sporządzenia testamentu. Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 258. not. 33, Schirmer §. 4. not. 43.

¹⁰⁾ L. 14. D. de testibus 22. 5.—W czasach klasycznej jurysprudeneyi było między prawnikami sporem, czy skazany za przekupstwo—repetundarum damnatus—może być świadkiem testamentowym. Paulus wyłączał go od świadectwa (R. S. III. 4A. §. 14, L. 15. pr. D. de test. 22. 5), Ulpian uznawał go za zdolnego (L. 20. §. 5. D. h. t.). Obydwa sprzeczne zdania są umieszczone w Digestach Justyniańskich. Według tego stanu źródeł nie można uważać repetundarum damnatum za niezdolnego do świadectwa przy sporządzeniu testamentu, ani w czasach klasycznej jurysprudeneyi, ani w prawie Justyniańskim. W czasach klasycznej jurysprudeneyi z powodu reguły: si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet (Gai. I. 7), w prawie Justyniańskim zaś z powodu, iż zachodząca w Digestach sprzeczność żadną miarą uchylić się nie da, azatem według reguł o antynomii żaden z tych ustępów nie może być uważany za prawo obowiązujące. Por. Windscheid §. 542. not. 15. a, a o rozmaitych usiłowaniach pogodzenia sprzecznych ustępów szczególnie Glück Com. T. 34. str. 323 sq.

¹¹⁾ Gai. II. 105, Ulp. XX. 3, §. 9. I. h. t., L. 20. pr.

miliās, ojciec, pod którego władzą testator pozostawał, i ci, którzy wspólnie z testatorem znachodzili się pod władzą ojcowską. Rzeczono osoby mogły być jednak świadkami przy testamentie filii familiās, jeśli ten sporządzał testament jako wojskowy *iure militari* co do swego *peculium castrense*, wtedy bowiem *filius familiās (miles)* nie był wcale wiązany przepisaniem formami testamentu, a przeto zdolność przybranych przez niego świadków była obojętną.¹²⁾

§. 1. D. h. t. *Reprobatum est in ea re testimonium domesticum. Reprobatum est* nie z powodu jakiejś jedności osobistej między ojcem a synem, pod jego władzą zostającym, (jak między innymi utrzymują *Heimbach* l. c. str. 767, *Glück* l. c. str. 343, *Keller Pandecten* str. 910. z dołu, *Meciszewski* I. str. 322. ust. 23), ale li z tego powodu, iż w czasach, gdy testamenta sporządzano *per aes et libram*, świadkowie reprezentowali naród, nie stosownem było więc powierzać tę reprezentacją własnym domownikom testatora. Por. *Gans* II. str. 89, *Windscheid* str. 542. not. 10.

¹²⁾ Kwestya, czy i o ile *filius familiās* może przybrać na świadków testamentowych pomienionych *testes domesticos*, jest od czasu *Glossatorów* sporna, z powodu sprzeczności w samych źródłach. Z jednej strony powiada *Gaius* (II. 106): *si filius familiās ex castrensi peculio post missionem faciet testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate patris est*, — a to samo powtarzają dosłownie *Instytucye Justyniańskie* (§. 9. I. h. t.), — z drugiej strony umieszczono w *Digestach* (L. 20. §. 2. D. h. t.) następujący ustęp z *Ulpiana*: . . . *quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit, et Marcellus . . . scribit posse, et frater ergo poterit.* — Jedni autorowie uznają postanowienie *Digestów* za prawo obowiązujące, uważając je za więcej racjonalne z tego głównie powodu, iż *filius* względem *pecul. castrense* był uważany za ojca *familiāe*, a przeto i co do świadków testamentowych musiał z nim stać na równi, (por. *Puchta Pand.* §. 465. do not. s, *Brinz* II. (1 wyd.) §. 177. II. 3, *Windscheid* §. 542. not. 10, *Müller* §. 184. not. 41, *Kuntze Curs.* (2 wyd.) §. 938. do not. 12, — a przeciw uzasadnieniu tej opinii powyż. §. 12. not. 21), inni znowu dają pierwszeństwo *Instytucyom*, jako prawu wprost od *Justyniana* pochodzącemu (por. *Glück* l. c. str. 370 sq. i dawniejszych autorów tamże zacytowanych, *Arndts* §. 486. 4, *Hölder* §. 77. II. B. 4, *Salkowski* §. 150. II. b, *Rosshirt Testam. Erbre.* I. str. 433, *Beckhaus* §. 42. not. 11, *Rivier* §. 15, *Zielonacki* §. 371. licz. 3). — Zdaniem naszym najwięcej uzasa-

7) W czasach, gdy testamenta sporządzano *per aes et libram*, nie mógł być świadkiem testamentowym ani *familiae emptor*, ani osoby, połączone z nim władzą ojcowską, t. j. kto stał pod jego władzą, ojciec, pod którego władzą *familiae emptor* pozostawał, tudzież ci, którzy wspólnie z *familiae emptorem* znachodzili się pod władzą ojcowską.¹³⁾ *Familiae emptor* zajmował w dawniejszym prawie miejsce dziedzica (*heredis locum optinebat*), a akt sporządzenia testamentu (*mancipatio*) odbywał się między testatorem a *familiae emptorem*, tak że ostatni wespół z testatorem sporządzał testament (*totum hoc negotium creditur inter familiae emptorem agi et testatorem*),¹⁴⁾ z tego więc powodu nie mógł być *familiae emptor* sam sobie świadkiem, a toż samo uważano za niestosowne, by jego domownicy, *testes domestici*, byli świadkami testamentu — (*reprobatum est in ea re domesticum testimonium*). To pozostało i później, chociaż *familiae emptor* nie był więcej uważany *heredis loco*, a jego udział w sporządzeniu testamentu stał się tylko czezą formą (*dicis gratia*). Ztąd poszło, iż trzymając się prawa dawniejszego (*propter veteris iuris imitationem*), uznano za zdolnych świadków testamentowych tak samego dziedzica, ustanowionego w testamencie, jak legataryusza,

dnioną jest opinia, która zachodzącą sprzeczność w ten sposób godzi, iż postanowienie Instytucyi, ze względu na mieszczące się tam wyrazy: „*post missionem*“, odnosi do przypadku, gdy *filius* sporządzał testament jako *veteranus*, a więc z zachowaniem form powszechnie przepisanych (*iure communi*), postanowienie zaś *Digestów* do przypadku, gdy *filius* sporządzał testament jako *miles*, a więc *iure militari*, nie wiązany przepisaniem formami. (Por. Vangerow §. 444. Uwa. I. 5, Keller Pand. §. 476 not. i do not. 9, Fitting *Pecul. castren.* str. 207, Vering *Erb.* str. 298, Heimbach l. c. str. 769, Tewes I. str. 163, a co do autorów dawniejszych cytaty u Glüek'a l. c. str. 365 sq. i Fitting'a l. c. str. 206. Not. 10). W prawie Justyniańskim miał ów przepis *Digestów*, dopuszczający *testes domesticos*, zdaniem naszym, jeszcze więcej ścięśnione znaczenie, stosował się li do przypadku, gdy *filius* sporządzał testament co do *pecul. castris* nie tylko jako *miles*, ale nadto *in expeditione*. (Por. §. 6. not. 19 in fin.).

¹³⁾ Gai. II. 105. 106, Ulp. XX. 3—5, §. 10. I. h. t.

¹⁴⁾ Por. poniżej §. 16. do not. 8 sq.

jak niemniej osoby, połączone z nimi władzą ojcowską, a tylko odradzano przybierania na świadków dziedzica i osoby, z nim władzą ojcowską połączone.¹⁵⁾ Ten stan prawny przetrwał aż do Justyniana mimo zmiany formy testamentowej, dopiero Justynian zastosował to, co się dawniej tyczyło *familiae emptorem*, do dziedzica i postanowił, że tak dziedzic, jak osoby, połączone z nim władzą ojcowską, nie mogą być świadkami testamentowymi, popierając to postanowienie tem powierzchownem zresztą zapatrywaniem, że obecnie akt sporządzenia testamentu odbywa się między dziedzicem a testatorem, tak samo jak dawniej między *familiae emptorem* a testatorem.¹⁶⁾ Względem legataryuszów, fideikomisaryuszów, tudzież osób połączonych z nimi władzą ojcowską, pozostawił Justynian w mocy prawo dawniejsze, przyznające im zdolność do świadectwa testamentowego.¹⁷⁾ Mógł zaś być świadkiem nietylko fideikomisaryusz pod tytułem szczególnym, ale także fideikomisaryusz uniwersalny, bo Justynian uznał fideikomisaryuszów w ogóle, bez żadnej różnicy, za zdolnych świadków.¹⁸⁾

Prócz przypadków wymienionych (licz. 6 i 7), w których zawisli od władzy ojcowskiej testatora lub dziedzica nie mogli być świadkami odnośnego testamentu, jako *testes domestici*, nie była zresztą zależność od władzy ojcowskiej przyczyną niezdolności na świadka testamentowego, owszem

¹⁵⁾ Gai. II. 108, §. 10. I. h. t. — Zdaje się jednak, że niektórzy prawnicy byli co do dziedzica odmiennego zdania i wykluczali go wprost od świadectwa. Por. L. 20. pr. D. h. t. (Ulpianus).

¹⁶⁾ §. 10. I. h. t.

¹⁷⁾ §. 11. I. h. t., L. 20. pr. D. h. t., L. 22. C. de test. 6. 23. Cf. L. 3. C. Th. de test. et codi. 4. 4.

¹⁸⁾ Zdanie to, dawniej zaprzeczane (por. cytaty w Glück'a Com. T. 34. str. 357. not. 46, a z nowszych Tewes I. str. 163), jest po dziś dzień całkiem słusznie panującym. Por. Löhner w Archiv f. civ. Prax. T. II. str. 189 sq., Glück l. c. str. 357 sq., Heimbach l. c. str. 767, Vangerow §. 444. I. 6, Keller Pand. §. 476. do not. 17, Vering Erbr. str. 299. not. 2, Mayer §. 9. not. 4, Rosshirt Testa. Erbr. I. str. 434.

homines alieni iuris stali pod tym względem na równi z hominibus sui iuris. Podobnie mogli być świadkowie pomiędzy sobą połączeni władzą ojcowską, należeć do tej samej rodziny (jak pater et filius, duo fratres in eiusdem patris potestate).¹⁹⁾ Pisarz testamentu mógł równocześnie służyć także za świadka.²⁰⁾

Świadkowie winni byli posiadać zdolność w chwili sporządzenia testamentu,²¹⁾ winni zaś byli posiadać ją rzeczywiście, bo błędne powszechne uważanie świadka za zdolnego nie uchylało jego niezdolności. Wyjątek stanowił jedynie według reskryptu Hadryana przypadek, jeśli za świadka przybrano niewolnika, którego w chwili sporządzenia testamentu uważano powszechnie za wolnego (qui omnium consensu liberorum loco fuit); wtedy niezdolność świadka nie czyniła testamentu nieważnym.²²⁾

Nadmieniliśmy już poprzednio, że wojskowy, któremu wolno było iure militari sporządzić testament bez zachowania formalności, powszechnie wymaganych, mógł tem samem także przybrać na świadka osobę niezdolną.²³⁾

¹⁹⁾ Ulp. XX. 6, §. 8. I. h. t., L. 17. D. de test. 22. 5. . . . nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi. L. 22. pr. D. h. t.

²⁰⁾ L. 27. D. h. t. — Wątpliwość Domicyusza Labeona pod tym względem, którą Celsus nazwał: valde stulta est consultatio tua, weszła w przysłowie: quaestio Domitiana — responsum Celsinum.

²¹⁾ Por. §. 11. do not. 10 i 11.

²²⁾ §. 7. I. h. t., L. 1. C. de testam. 6. 23. — Analogiczne stosowanie tego specjalnego przepisu do innych przypadków niezdolności świadków (por. Heimbach l. c. str. 771, Keller Pand. §. 476. do not. 23, Maynz §. 380. do not. i not. 21, *Meciszewski* I. str. 322. ust. 20 i 21), nie jest uzasadnione (por. Vering Erb. str. 296. not. 7, Tewes I. str. 164, Rosshirt Testam. Erbr. I. str. 435, Windscheid §. 542. not. 16, Arndts §. 486. not. 6, Puchta Pand. §. 465. not. t.).

²³⁾ Arg. Gai. II. 109, pr. I. de mil. test. 2. 11, w przeciwstawieniu do tego, co te ustępy wyprzedza.

§. 14.

c) O zdolności dziedziczenia na mocy testamentu. —
Testamenti factio passiva.*)

Zdolności dziedziczenia na mocy testamentu nie mieli:

1) Ci, którzy nie mieli testamenti factionem sen. str. i. e. commercium (mortis causa),¹⁾ azatem (§. 3. I.): servi, peregrini, obsides, captivi,²⁾ capite damnati, a w prawie przedjustyniańskim nadto dediticii i ci, qui in causa mancipii erant.³⁾ Servi byli atoli niezdolnymi tylko jako tacy i ze względu na własną swą osobę. Natomiast można było ustanowić własnego niewolnika dziedzicem, jeśli mu oraz w testamencie nadano wolność (cum libertate, — „liber heresque esto“), a według przepisu Justyniana rozumiało się nadanie wolności samo przez się, skoro własny niewolnik był ustanowiony dziedzicem. Cudzego niewolnika można było ustanowić dziedzicem, jeżeli jego dominus miał

*) Ulpianus XXII. qui heredes institui possunt. Tit. Inst. 2. 14. Dig. 28. 5. de heredibus instituendis. Tit. Cod. 6. 24. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. — Prócz wymienionych w nocie *) przed §. 11. por. Mühlenbruch w Glück'a Commentar T. 39. str. 195 sq., T. 40. str. 1 sq., Tewes I. §. 22, Rivier §. 17, Puchta Inst. §. 308, Vangerow II. §. 429. Uwa. 2—4, Windscheid III. §. 549, Arndts §. 492, Maynz III. str. 229 sq., 333 sq., Zielonacki §. 368, Maciejowski II. str. 26 sq., tudzież autorów w §. 3. noc. 14. wymienionych.

¹⁾ Ulp. XXII. 1: Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent.

²⁾ Ustanowienie captivi dziedzicem było jednak ważne iure postliminii, jeżeli captivus powrócił z niewoli. L. 32. §. 1. D. h. t., L. 4. §. 1. D. de his quae pro non scrip. 34. 8, L. 11. §. 1. D. de B. P. secu. tab. 37. 11. — Por. o tem Bechmann Ins Postlimi. u. Lex Cornelia str. 73 sq., który jednak pomija dwa ostatnie fragmenta.

³⁾ Ob. źródła, zacytowane w §. 3. not. 14. 17 i 19. — Osobnym przywilejem dozwolił Antoninus Pius peregrynom, którzy otrzymali civitatem Romanam, ustanawiać w testamencie dzieci swe, pozostałe peregrynami. Pausanias VIII. 43. Por. Walter Gesch. des röm. Rechts. II. §. 639. not. 69, Schirmer §. 4. not. 4.

testamenti factionem cum testatore, wtedy bowiem niewolnik miał testamenti factionem ex persona domini.⁴⁾ W ten

⁴⁾ Gai. II. 185—189, Ulp. XXII. 7—13, pr. §. 1. I. h. t., §. 4. I. de her. qual. et diff. 2. 19, L. 8, L. 9. §. 14 sq., L. 21. §. 1, L. 22, L. 31. pr., L. 51. (50) pr. D. h. t. i inne tamże, L. 21. 22. D. de condi. insti. 28. 7, L. 2. §. 9. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 5. C. de necessa. et servis 6, 27.— Nie można było ustanowić dziedzicem servum adulterii accusatum pr. I. h. t., L. 49. (48) §. 2. D. h. t., tudzież servum poenae L. 3. pr. D. de his quae pro non scrip. hab. 34. 8, L. 17. pr. de poenis 48. 19. — Niektórzy sądzą, że servus jako taki i z własnej swej osoby miał testamenti factionem passivam. (Por. Mühlenbruch l. c. str. 195 sq., szczególnie str. 211 sq., Puchta Inst. §. 308, który do niezdolnych nie zalicza servum alienum, Hölder §. 78. II. A, najsilniej *Źródłowski* I. §. 25. not. k, §. 30. po nocie 5). Zdanie to nie zgadza się jednak z wyraźną osnową źródeł: cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est L. 31. pr. D. h. t. Cf. L. 5. D. de servi. lega. 33. 3, L. 7. pr. D. de leg. III, L. 10. C. h. t., Ulp. XXII. 9: . . . eos tantum quorum cum dominis testamenti factionem habemus. Gdyby servus jako taki i z własnej swej osoby miał testa. fact. passivam, natenczas i w dawniejszem prawie, gdy nadanie libertatis nie rozumiało się jeszcze samo przez się, ustanowienie dziedzicem własnego niewolnika sine libertate musiałoby być ważnem i skutecznem w tym przypadku, gdy testator jeszcze za życia swego wyzwolił tego niewolnika, a jednak przeciwnie rozstrzyga to Gaius II. 187. Powszechnej opinii nie zbija także powołany przez *Źródłowskiego* ustęp z Ulpiana XXII. 13. (Cf. Gai. II. 189, §. 1. I. h. t.), Jakkolwiek powodem prawidła, pozwalającego ustanowienia servi alieni, był według wszelkiego prawdopodobieństwa wzgląd na to, iż takie ustanowienie pochodzi z zamiaru przekazania w ten sposób dziedzictwa domino servi, to jednak, gdy raz uświęcono to prawidło, osoba domini miała o tyle jedynie wpływ i znaczenie, iż jego testamenti factio nadawała niewolnikowi zdolność do ustanowienia go dziedzicem (L. 82. §. 2. D. de leg. II: . . . domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo (servo) testamenti factio), zresztą zaś pozostawało zawsze faktem, że dziedzicem jest ustanowiony nie dominus, lecz sam niewolnik, i z tego faktu wysnuwały się samo przez się przytoczone przez Ulpiana (l. c.) konsekwencye pod względem pytania, komu ostatecznie dziedzictwo przypadnie. (Ambulat cum dominio bonorum possessio. L. 2. §. 9. D. de bon. pos. sec. tab. 37. 11). Por. także *Mandry Familiengüt* I. str. 59 sq. i 98 sq., *Pernice Labeo* I. str. 120. 142 sq., *Vering Erbr.* str. 250, *Arn d t s w Glück'a Com.* T. 46. str. 382, *Salkowski* §. 152. B. a.

sam sposób jak servi mogli być ustanowieni dziedzicami także ci, qui in causa mancipii erant.⁵⁾

Latini Iuniani i colonarii, jak długo ten stan istniał, mieli testamenti factionem passivam.⁶⁾

2) Wszyscy ci, którym na mocy szczególnych przepisów odmówiono w ogóle zdolności dziedziczenia i o ile im takowej odmówiono (§. 3. IV. l. 1—7).⁷⁾

3) Przy testamentach, sporządzanych per aes et libram, nie mogła być kobieta familiae emptorem,⁸⁾ azatem

⁵⁾ Gai. I. 123, II. 87. 160, Ulp. XIX. 19.

⁶⁾ Por. §. 3. not. 15.

⁷⁾ Dodać jednak należy: a) Od dziedziczenia z testamentu byli wykluczeni wszyscy heretycy, nietylko Manichejczycy i Donatyści. L. 22. C. de haeret. 1. 5. Por. Schirmer §. 4. do not. 22, Mühlenbruch l. c. str. 247 sq. — b) Na mocy konstytucyi z r. 370 (L. 20. C. Th. de episcop. 16. 2. Valentinianus, Valens et Gratianus) nie mogli ecclesiastici aut ex ecclesiasticis, vel qui continentium se volunt nomine nuncupari, dziedziczyć z testamentu viduae vel pupillae, cui se privatim sub praetextu religionis adiunxerint. Konstytucyą tę uchylił Mareyan w r. 455 (Nov. Martiani V. de testam. cleric.).

Do osób, nie mających testamenti factionem passivam, zaliczają niektórzy także intestabiles, (por. Vering Erbr. str. 251. not. 2, Puchta Inst. §. 307. A. 3, Tewes I. §. 22. licz. 3, Scheurl §. 186. licz. 2, Baron §. 27. do not. 4), zdanie to jest jednak mylne. (Por. prócz innych Vangerow §. 429. Uwaga 2. I. 4, Köppen §. 5. not. 18, Schirmer §. 4. do not. 43, Mayer §. 7. not. 2, §. 16. not. 15, Mühlenbruch l. c. str. 257 sq., Arndts Civ. Schrif. II. str. 74). W źródłach rzymskich nie ma takiego postanowienia i nie można go także wysnuć z L. 26. D. qui test. fac. 28. 1. Wprawdzie powiada tam Gaius, iż według interpretacyi prawników nikt nie mógł służyć intestabili za świadka przy aktach uroczystych, że zatem intestabilis nie mógł sporządzać tych aktów, (por. §. 12. not. 52), ale z tej interpretacyi wynikało jedynie, że intestabilis nie może być testatorem i familiae emptorem, a w czasach prawników klasycznych familiae emptor był inną jak dziedzic osobą (Gai. II. 103).

⁸⁾ Ulp. XX. 7: . . . femina familiae emptor esse non potest. — O zdolności kobiet do dziedziczenia z testamentu w najodleglejszej starożytności nie mamy żadnych wiadomości, prócz bajecznej opowieści Plutarcha o ustanowieniu dziedzicem nierządnicy Accae Larentiae. (Ob. Vering Erbr. str. 149 sq.).

w czasach, gdy familiae emptor zajmował miejsce dziedzica (heredis locum), stanowisko to prawne było dla kobiet nieprzystępne. Później, gdy dziedzic, ustanowiony w testamencie, był inną osobą jak familiae emptor, można było kobietę ustanowić dziedzicem. Lex Voconia (plebiscyt z r. 585 a. u. c.)⁹⁾ wprowadziła jednak dla powstrzymania zbytliwości kobiet to ograniczenie, iż kobieta, nawet córka lub siostra, nie mogła być ustanowiona dziedzicem w testamencie obywatela, który ze względu na swój majątek należał do pierwszej klasy (classicus), t. j. według ogólnego szacunku (census) posiadał najmniej 100.000 assów (później sesterców) majątku.¹⁰⁾ Nie mogła zaś być ustanowiana nawet do części spadku, ponieważ w razie, gdyby odpadł inny ustanowiony, mogłaby była otrzymać cały spadek prawem przyrostu. Ustanowienie kobiety dziedzicem wbrew temu przepisowi było nieważne.¹¹⁾ Zakaz legis Voconiae można było jednak obejść pozostawieniem kobiecie fideikomisu. Od czasu, gdy lex Iulia et Papia Poppaea zdolność kobiet do nabywania dziedzictwa oparła na innej zasadzie (ius liberorum),¹²⁾ utracił przepis legis Voconiae swe praktyczne znaczenie, a jakkolwiek nie uchylono go nigdy

⁹⁾ Gai. II. 274, Cice. in Verr. II. 1. §. 41. 42. 43, de re publ. III. 10. Inne źródła ob. u Danza II. §. 166. Uwa. b.—Lex Voconia ma bardzo bogatą literaturę. Por. Rein str. 778 sq. i licznych autorów tamże (str. 778. not. 1), tudzież u Danza (l. c.) wymienionych, — Müller §. 184. 2. a, Esmarch §. 91.

¹⁰⁾ Wyjątek stanowiła Westalka, która jako testatorka nie podlegała ograniczeniom legis Voconiae. Cic. de re publ. III. 10.—W najnowszych czasach wystąpił Hölder (Beiträge z. Gesch. d. röm. Erbrech. 1881. str. 108 sq.) ze zdaniem, że do kobiet, których classicus nie mógł ustanowić w testamencie, nie należały jego dziedziczki ab intestato, że te zatem mogły być ustanowione. Argumenta przez Höldera przytoczone są godne zastanowienia.

¹¹⁾ Por. Hartmann Zeit. f. Rechtsgeschichte T. V. str. 252. not. 48, Savigny Ver. Schri. I. str. 411 sq.—Huschke Gaius str. 51 sq. (ad II. 174), a za nim Vering Erb. str. 252. not. 4 in fin., Müller §. 184. not. 16, uważają ustanowienie kobiety w tym przypadku tylko za bezskuteczne, t. j. ustanowiona nie zyskiwała ni petitionem ni possessionem hereditatis.

¹²⁾ Por. §. 15. not. 30.

wyraźnie, wyszedł z czasem z użycia.¹³⁾ Odtąd pod względem zdolności dziedziczenia z mocy testamentu pleć nie stanowiła żadnej różnicy.

W dawniejszem prawie, jak długo przy testamentach *per aes et libram familiae emptor* zajmował miejsce dziedzica (*heredis locum optinebat*), zależała zdolność dziedziczenia (*sc. familiae emptoris*) także od zdolności do działań prawnych, ponieważ *familiae emptor* sporządzał testament wspólnie z testatorem.¹⁴⁾ Później, gdy dziedzic był inną osobą, jak *familiae emptor*, tudzież gdy z czasem zmieniała się forma testamentów, ważność ustanowienia kogoś dziedzicem nie zależała wcale od jego zdolności do działań prawnych.¹⁵⁾

Do osób, nie mających *testamenti factionem passivam*, bywają zwykle zaliczane także *personae incertae*, jednak niesłusznie, bo o osobach, o których nie ma pewności, kto one będą i czy w ogóle zaistnieją, nie można powiedzieć, ani że mają zdolność dziedziczenia z testamentu, ani że jej nie mają.¹⁶⁾ Przyczyną, dla której ustanowienie *personae incertae* dziedzicem było nieważne, była zasada: *Certum consilium debet esse testantis*.¹⁷⁾ Podobnie miała reguła, według której nie można było ustanowić dziedzicem tego, kto w chwili śmierci spadkodawcy nie był nawet poczęty, swą osobną, już poprzednio podaną przyczynę (§. 3. III.).¹⁸⁾

¹³⁾ Por. Rein str. 783, Vering Erbr. str. 253 sq. — Hartmann (Zeit. f. Rechtsgeschichte T. V. str. 250 sq.) sądzi przeciwnie, że Lex I. et P. P. zawierała osobny przepis, uchylający legem Voconiam.

¹⁴⁾ Ulp. XX. 7: *Mutus, surdus, furiosus, pupillus familiae emptor esse non potest*. Por. Tewes I. §. 22. licz. 2.

¹⁵⁾ L. 1. §. 2. D. h. t., L. 16. §. 1. D. qui test. face. 28. 1.

¹⁶⁾ Por. Brinz (1 wyd.) str. 754, Köppen §. 5. not. 18, Arndts w Glück'a Com. T. 46. str. 391. not. 32.

¹⁷⁾ Por. §. 23. I. 1.

¹⁸⁾ Z osobnej przyczyny pochodził także przepis, zabraniający ustanowienia dziedzicem *Imperatora litis causa*, tudzież postanowienie *SCti Liboniani*. Por. §. 24. licz. 2. c, §. 21. do not. 2 sq.

Względem tak zwanych osób prawnych¹⁹⁾ obowiązywała w dawniejszem prawie reguła, iż osoby prawne nie mają zdolności dziedziczenia, tylko populus Romanus, t. j. naród rzymski jako polityczny organizm mógł być z dawien dawna ustanowiony dziedzicem.²⁰⁾ Przyczyną, dla której prawo dawniejsze nie przyznało zdolności dziedziczenia t. zw. osobom prawnym, była ta okoliczność, że dziedzictwo mogło być przyjęte tylko osobiście, nie przez zastępcę, to zaś było niepodobne tam, gdzie dziedzictwo miałyby być nabyte dla majątku, który nie należał do żadnej osoby.²¹⁾ W późniejszym prawie przyznano jednak powoli niektórym osobom prawnym testamenti factionem passivam. W czasach klasycznej jurysprudencji mianowicie miały municipia, na mocy osobnej uchwały senatu, zdolność dziedziczenia z testamentu swych wyzwolenców (liberti).²²⁾ Toż samo

¹⁹⁾ O testamenti factio osób prawnych por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 423 sq., T. 40. str. 1 sq., Savigny Syst. str. 299 sq., Arndts Civi. Schrif. II. str. 71 sq., Mommsen De collegiis et sodaliciis str. 123 sq., Schirmer §. 4. str. 28 sq., a o historycznym rozwoju odnośnych prawideł szczególnie Binding Zeit. f. Rechtsgeschichte T. VIII. str. 293 sq., Brinz (1 wyd.) str. 754 sq., 1084 sq.

²⁰⁾ Por. Pernice Labeo I. str. 263 sq., Schirmer §. 4, not. 10.

²¹⁾ Ob. powyż. §. 4. not. 17. — Por. Ulp. XXII. 5, a co do interpretacji tego ustępu Savigny Syst. II. str. 301. not. b, Schirmer §. 4. not. 13, Binding l. c. str. 295. Zrównanie majątku bez podmiotu (t. zw. osób prawnych) z majątkiem, należącym do pewnej osoby, odbywało się w prawie nasuwały. W naszym przypadku w szczególności nasuwała się ta trudność, którą w tekście podaliśmy. — Przeważna część autorów (por. prócz innych: Mühlenbruch l. c. T. 39. str. 423, Vering Erb. str. 265, Mayer §. 16, Tewes I. str. 151. B, Vangerow II. §. 429. Uwa. 3. licz. 3, Windscheid III. §. 547. not. 2, Müller §. 184. II. 2. b.) dopatruje się przyczyny niezdolności osób prawnych w tem, iż osoby prawne miały należeć do personae incertae (por. poniż. §. 23. not. 6 sq.), ale to jest zupełnie mylne. Ob. szczególnie Savigny l. c., Brinz l. c. str. 1085, Arndts w Glück'a Com. T. 46. str. 411.—Inne przyczyny podają znowu Brinz l. c. str. 1085 sq., Pernice Labeo I. str. 285 sq., Żródlowski I. §. 21. not. 2.

²²⁾ Ulp. XXII. 5, l. 1. §. 1. D. de lib. universi, 38. 3.

wolno było zapewne wyzwoleńcom korporacji prywatnych dozwolonych (quibus coeundi ius est) ustanawiać te korporacje dziedzicami w swych testamentach, to było bowiem, podobnie jak przy municypiach, dalszym tylko wynikiem prawa tych korporacji do dziedziczenia ab intestato po swych wyzwoleńcach, które im przyznał cesarz Marek.²³⁾ Ustanowienie municipii lub korporacji prywatnej dziedzicem przez kogo innego, jak przez wyzwoleńca, było iure civili nieważne, ale ustanowiony mógł uzyskać bonorum possessionem secundum tabulas,²⁴⁾ tę bowiem można było nabyć także przez zastępcę.²⁵⁾ Gdy z czasem różnice między bonorum possessio a hereditas coraz więcej się zacieśniały, zyskało to postanowienie prawa pretorskiego powszechne znaczenie. Potwierdza to reskrypt Dyocklecyana i Maxymiana (z r. 290) i reskrypt Leona (z r. 469). Według pierwszego mogły być korporacje dozwolone przez kogobądź ustanowione dziedzicami, a według drugiego miały gminy w ogóle zdolność dziedziczenia z czyjegobądź testamentu.²⁶⁾

W czasach prawników klasycznych można było także pozostawić dziedzictwo świątyniom niektórych bóstw pogańskich, ustanawiając te bóstwa dziedzicami.²⁷⁾ Na mocy

²³⁾ L. 1, L. 2. D. de manum. quae servis ad univer. pertin. imponun. 40. 3. Por. Savigny l. c. str. 302, Brinz l. c. str. 1087, Vering Erbr. str. 265. not. 6.

²⁴⁾ L. 3. §. 4. D. de bon. posses. 37. 1, L. 1. §. 1. D. de liber. univers. 38. 3. Por. Binding 304 sq., Rein str. 173. w nocie, Vangerow §. 429. str. 84. z góry, Vering Erbr. str. 266. do not. 1, Mühlenbruch l. c. str. 424. — Savigny l. c. str. 303 sq., z którym zgadza się wielu innych (ob. Schirmer §. 4. not. 11, Mommsen l. c. str. 126, Arndts l. c. str. 71. not. 40) sądzi, iż przytoczone źródła, mimo ich ogólnego brzmienia, należy odnieść tylko do przypadku, gdy municypia lub korporacje były powołane do spadku po swym wyzwoleńcu ab intestato lub ex testamento. Por. jednak trafne przeciwko temu zdaniu uwagi Bindinga l. c.

²⁵⁾ L. 3. §. 7. D. de bon. poss. 37. 1.

²⁶⁾ L. 8, L. 12. C. h. t. — O tem, że reskrypta te nie wprowadziły dopiero rzeczonych postanowień, lecz były jedynie zastosowaniem prawa obowiązującego, por. Mühlenbruch T. 39. str. 434. not. 53, a szczególnie Binding str. 299 sq.

²⁷⁾ Ulp. XXII. 6. — Por. o tem Pernice Labeo I. str. 254 sq.

konstytucyi cesarzy chrześcijańskich było wreszcie dozwolone ustanowić dziedzicem kościoł w ogóle lub poszczególne kościoły,²⁸⁾ tudzież fundacye dobroczynne (piae causae).²⁹⁾

W prawie Justyniańskim miały tedy testamenti factionem passivam następujące osoby prawne: państwo, gminy polityczne, korporacye prywatne dozwolone,³⁰⁾ ko-

²⁸⁾ L. 1. C. de sacros. eccles. 1. 2. (Konstantyn). Cf. L. 4, L. 27. pr. C Th. de episc. eccle. 16. 2. — W L. 25. (26) C. de sacr. eccle. 1. 2, i w Now. 131. cap. 9. przepisał Justynian szczegółowo, któremu kościołowi ma przypaść spadek, jeśli ktoś ustanowił dziedzicem dominum nostrum Christum, lub którego ze świętych, nie wymieniając szczególnego kościoła.

²⁹⁾ L. 22, L. 23. C. de sacros. eccles. 1. 2.

³⁰⁾ Zdanie nasze co do korporacyi prywatnych odchodzi od opinii, po dziś dzień prawie powszechnej, według której ustanowienie korporacyi prywatnej dziedzicem wtedy tylko miało być ważne, jeżeli jej udzielono zdolności dziedziczenia osobnym przywilejem. (Por. prócz innych: Savigny l. c. str. 302, Mommsen l. c. str. 124 sq., Heimbach Zeit. f. Civ. u. Proc. T. V. (1848) str. 71 sq., Köppen §. 5. do not. 50, Windscheid III. §. 535. do not. 15, Vangerow II. §. 429. str. 84 i 85, Brinz II. (1 wyd.) str. 1089, *Źródłowski* I. §. 40. not. 15. Opinia ta opiera się na wspomnianym reskrypcie Dyoklecjana i Maxymiana w L. 8. C. h. t.: Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse non dubium est.

Przeciwko tej interpretacyi reskryptu przemawiają jednak, pomijając konstytucyą Justyniańską de incertis personis (L. un. C. 6. 48), z której szczytków w samej rzeczy trudno w tej kwestyi coś pewnego wysnuć, prócz argumentów, przywiedzionych przez Bindinga (l. c. str. 301 sq.), te ustępy w Digestach, które bądź uznają korporacye w ogóle za zdolne samo przez się do uzyskania bonorum possessionis, (L. 3. §. 4. D. de bon. pos. 37. 1), co w prawie Justyniańskim znaczy, iż korporacye samo przez się mają zdolność dziedziczenia (por. §. 9. III, Leist w Glücka Comm. Ser. 37 et 38. T. IV. str. 278. not. 51), bądź też zawierają orzeczenia, których pierwszym warunkiem jest dopuszczalność ustanowienia korporacyi dziedzicem (L. 6. §. 4, L. 1. §. 15. D. ad SCtum Trebel. 36. 1). Ostatnie ustępy odnosiły się może w dawniejszem prawie w rozumieniu ich autorów tylko do przypadku ustanowienia korporacyi w testamencie wyzwolenca (Savigny l. c. str. 304), ale w Digestach Justyniańskich nie ma ani w tych ustępach, ani w innych podobnego ograniczenia, azatem rozstrzygającą jest jedynie ich osnowa, ta zaś przypuszcza w ogóle

ściół a względnie poszczególne kościoły, i fundacje dobroczynne.³¹⁾ Dziedzictwo można było zresztą pozostawić

zdolność korporacji do dziedziczenia z czyjegobądź testamentu. Jeżeli tedy w Digestach w kilku ustępach postanowiono, iż korporacje w ogóle mają samo przez się testamenti factionem passivam, to niepodobna przypuścić, iżby znowu w Kodeksie umieszczono reskrypt Dyoklecyński, któryby to wszystko wprost negował, gdyby miał to znaczenie, jakie mu panująca po dziś dzień opinia przypisuje. Odrzucając tę interpretację, jako niemożliwą, przyznajemy jednak równocześnie, że pytanie, jakie jest zresztą właściwe znaczenie tego reskryptu, nie da się z całą pewnością rozwiązać. Dawniej rozumiano powszechnie, że reskrypt ten w słowach: „si nullo speciali privilegio subnixum sit,“ wyklucza od dziedziczenia korporacje niedozwolone. Taką interpretację napotyamy już w Scholiach do Basylików (ed. Heimbach. T. IV. L. 40. Tit. 1. cap. III. §. 4, scho. 5), powołujących się dla wyjaśnienia tego, które collegium privilegium habet, na konstytucyą de incertis personis, a tam jest mowa tylko o corpora licita et illicita, — dalej u Glossatorów: Glossa ad h. l., tudzież ad L. 6. §. 4. D. 36. 1, — a wreszcie u dawniejszych prawników. Por. Heineccius Elementa iur. civi. secund. ordin. Institu. §. 538, El. i. c. sec. ord. Pandect. T. II. §. 39, — Donellus Commen. de iur. civil. L. VI. cap. 17. §. 41, *Meciszewski* I. str. 336. ust. 3. Z nowszych pojmuje tak samo ten reskrypt Binding (l. c. str. 301 sq), a do jego zdania skłania się także Arndts (10 wyd. §. 471. not. 3). Por. nadto *Louis* str. 30. do not. 3. I my uważamy tę interpretację za więcej trafną, nietylko dlatego, iż godzi reskrypt z Digestami, ale nadto i głównie z powodu analogii z postanowieniem w L. 1 i 2. D. de manumis. quae servis ad univers. 40. 3, które zdolność korporacji do dziedziczenia po swych wyzwolencach czyni od tego i li od tego zawisłą, by korporacja była dozwolona. Przytoczone zaś słowa reskryptu, nastęrczające tyle wątpliwości, tłómaczymy sobie w ten sposób, iż w sprawie, która go spowodowała, rozchodziło się zapewne o korporację, która ani według ogólnej reguły nie należała do dozwolonych, ani osobnym przywilejem za taką nie była uznana.

Mniej już pewną, jakkolwiek przyznajemy możliwą, jest interpretacja Maynza III. str. 335 i Pernice'go Labeo I. str. 306 sq. Według nich ma reskrypt ten czynić nabycie dziedzictwa przez korporacją zawisłym od specjalnego do tego zezwolenia. Za tą interpretacją przemawia tylko poniekąd wyraz „capere“, umieszczony w reskrypcie, bo wyraz ten nie zawsze bywa w jednym i tem samym znaczeniu używany, więcej już popierałyby ją przytoczone przez Pernice'go względy polityczne, ale te znowu są tylko przypuszczeniem. — Interpretacja ta zgadza się zresztą o tyle z naszą, iż nie czyni testamenti factionem

nietylko fundacyi dobroczynnej, już istniejącej, ale także z przeznaczeniem utworzenia dopiero z dziedzictwa pewnej dobroczynnej fundacyi, np. dla wspierania ubogich, wykupywania jeńców. Biskup, a względnie pewien zakład dobroczynny był w takim przypadku prawem powołany do urzędywistnienia woli testatora.³²⁾

Hereditas iacens nie mogła być ustanowiona dziedzicem, natomiast można było ustanowić dziedzicem niewolnika spadku leżącego, jeżeli zmarły dominus tego spadku miał testamenti factionem cum testatore. Takie rozporządzenie miało ten skutek, iż dziedzic spadku leżącego mógł nabyć spadek po testatorze przez ustanowionego niewolnika.³³⁾

korporacyi zawisłą od specjalnego przywileju, lecz tylko ich incapacitatem. (Por. poni. §. 15).

Gminy żydowskie były bezwzględnie wykluczone od dziedziczenia. L. 1. C. de Iudaeis et Caeli l. 9. (Antoninus). Por. Mühlenbruch l. c. T. 39. str. 252 sq.

³¹⁾ Przeciwno opinii (Rosshirt Archi. f. civ. Prax. T. X. str. 321 sq., Fritz Erläuterungen zu Wening I. str. 153 sq., Northoff Die Giltigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung str. 13 sq., Roth w. Jahrbü. f. Dogm. T. I. str. 196 sq., *Źródłowski* I. §. 39 not. a), jakoby w prawie rzymskiem majątek, przeznaczony na cele dobroczynne, nie był samoistnym, (nie należał do t. zw. osób prawnych), lecz majątkiem kościoła, por. Mühlenbruch w. Glück'a Com. T. 40. str. 79 sq., Puchta Pand. §. 27. not. 1, Vangerow I. §. 60, Schirmer §. 4. not. 9.

³²⁾ Tak postanowił Justynian. L. 48. (49) C. de epis. et cler. l. 3. (... in redemptione captivorum procedat hereditas sive per annuos redditus, ... ubi autem indiscrete pauperes scripti sunt heredes, ibi... fieri patrimonii distributionem... vel per redditum annuorum erogationem vel per venditionem rerum mobilium vel se moventium, ut ex his res immobiles comparentur et annuus victus aegrotantibus accedat.), N. 131. c. 10 i 11.— Por. Windscheid §. 549. not. 5, Arndts Civ. Schrif. II. str. 72 sq. i w Glück'a Comm. T. 46. str. 413 sq. Inaczej Mühlenbruch l. c. T. 39. str. 451 sq., Schirmer §. 4. not. 15, Ihering Zweck im Recht I. str. 466.— Kwestya ta jest w ogóle sporna i ze stanowiska dzisiejszego prawa. Por. Windscheid §. 549. licz. 2.

³³⁾ §. 2. I. h. t., L. 31. §. 1, L. 53. (52), L. 65. (64) D. h. t., L. 61. pr. D. de adq. rer. dom. 41. 1.— Por. §. 4. do not. 34 sq.— W źródłach nie ma nigdzie o tem wzmianki, iżby

Testamenti factionem passivam winien był mieć dzie-
dzic w chwili sporządzenia testamentu, w którym go usta-
nowiono, bez różnicy, czy go ustanowiono pod warunkiem
lub bezwarunkowo, w przeciwnym razie ustanowienie samo
przez się było nieważne, jakby wcale nie istniało.³⁴⁾ Pó-
źniejsze nabycie zdolności dziedziczenia nie nadawało mocy
prawnej temu ustanowieniu,³⁵⁾ nawet gdyby niezdolny był
ustanowiony pod tym właśnie warunkiem, jeżeli później
zyska testamenti factionem.³⁶⁾

hereditas iacens mogła być ustanowiona dziedzicem, ustanowienie
wprost spadku leżącego dziedzicem było zatem nieważne i nie
mogło być uważane za ustanowienie przyszłego dziedzica tego
spadku. Por. Windscheid §. 536. not. 16, Schirmer §. 4.
not. 16. — Inaczej Arndts Civ. Schrif. II. str. 4. not. 28. i
Pand. §. 471. not. 3.

³⁴⁾ L. 50. (49) §. 1. D. h. t., §. 4. I. de hered. qual. et dif. 2.
19, L. 6. D. de B. P. secun. tab. 37. 11. Por. jednak pon. §. 23.
not. 28. — Przepis, wymagający testamenti fac. passivam w chwili
sporządzenia testamentu, nie pochodzi z przyczyny wewnętrznej, jak
sądzi Karłow a Rechtsgeschäft (str. 124), opierając się na zupełnie
źle zrozumianej uwadze Windscheida o znaczeniu wyrazu: „Ein-
setzungsfähigkeit“ (III. §. 549. not. 1a), lecz jest niezawodnie
li zabytkiem historycznym z czasów, gdy przy testamentach per
aes et libram miejsce dziedzica zajmował familiae emptor. Ten brał
sam czynny udział w sporządzeniu testamentu (mancipatio), a
przeto według ogólnej dla wszystkich czynności prawnych reguły,
winien był w chwili sporządzenia aktu mieć potrzebną do tego
zdolność. Por. Mayer §. 15. not. 1, Machelard Dissertation de
l'accroissement str. 50. not. 1. — Przeciwno opinii, jakoby w razie usta-
nowienia dziedzica pod warunkiem, testamenti factio passiva w chwili
sporządzenia testamentu nie była potrzebna, — por. Mühlbruch
l. c. T. 39. str. 138 sq., Arndts Civ. Schrif. II. str. 67 i 490, Schir-
mer §. 4. not. 55. — Co do innych chwil, w których dziedzic
ustanowiony winien był mieć testamenti factionem, ut institutio
effectum habeat, por. powyższe źródła, tudzież §. 6. do not 30,
§. 7. do not. 2.

³⁵⁾ L. 29. D. de R. I. 50. 17: Quod initio vitiosum est,
non potest tractu temporis convalescere. L. 210. D. eod.: Quae ab
initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non po-
test. L. 201. D. eod.

³⁶⁾ Opinią, że niezdolny może być ważnie ustanowiony pod
warunkiem późniejszego nabycia testa. factionis, (Donellus Com-
ment. L. VI. cap. 17. §. 30, Mayer §. 18. not. 1, Mühl-
bruch l. c. T. 39. str. 145 sq.), której już i dawniej nie wszy-

Reguły o testamenti factio passiva nie stosowały się do testamentum militare pod dwojakim względem:

a) W testamencie militis mogły być ważne ustanowione prawie wszystkie te osoby, które nie miały zdolności dziedziczenia, a ustanowiony był powołany do spadku i mógł nabyć dziedzictwo, bez względu na to, czy w chwili powołania i nabycia miał już testamenti factionem lub nie.³⁷⁾ Brak zdolności dziedziczenia wtedy tylko miał znaczenie także w obec testamentu militis, jeśli pochodził z przyczyny, która odnośną osobę czyniła w ogóle niezdolną do nabycania praw, albo którą prawo wyraźnie uznało za stosującą się także do testamentu wojskowych (nisi lex specialiter eos (sc. milites) prohibuerit).³⁸⁾

scy podzielali, słusznie zarzucono po dziś dzień prawie powszechnie. L. 63. (62) pr. D. h. t., na której ta opinia się opiera, odnosi się do capacitas, a nie do testamenti factio. Por. szczególnie Arndts Civi. Schrif. II. str. 67 i 491 sq., Vangerow Pand. §. 429. Uwa. 1. IV, Machelard Dissertation sur l'accroissement str. 58 sq., poni. §. 15. not. 13.

³⁷⁾ Gai. II. 110, L. 13. §. 2 D. de testam. milit. 29. 1: Et deportati et fere omnes, qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt. L. 5. C. de test. mil. 6. 21: Ex testamento militis... hereditas (et legata) omnibus, quibus relicta sunt, debentur. (Por. §. 6. not. 19. in fi.).— Według zdania Mühlenbrucha (Glück Com. T. 42. str. 74 sq), które podziela wielu innych (por. między innymi: Heimbach l. c. str. 807, Keller Pand. § 499. do not 18, Windscheid §. 549. not. 6, Vering Erb. str. 274. do not 3, a znowu inaczej str. 280. not. i do not. 3), mają te ustępy źródeł to jedynie stanowić, iż ustanowienie dziedzicem w testamencie militis osoby, nie mającej testamenti factionem passivam, nabiera mocy, skoro ustanowiony przed otwarciem spadku zyska testamenti factionem. Przywilej wojskowych miały więc być tylko wyjątkiem od reguły, wymagającej zdolności dziedzica już w chwili sporządzenia testamentu. Że jednak ta interpretacja jest mylną, że owszem przytoczone ustępy źródeł należy rozumieć w sposób w tekście podany, to wykazał przekonująco Arndts w Glück'a Com T. 46. str. 384 sq., (por. także Civil. Schrif. II. str. 66 sq. not. 5 i 8), i to było dawniej od Glossatorów, (por. cytaty Arndts'a l. c. str. 389 not. 29), powszechną opinią. Por. także Kuntze Cours. (2 wyd.) §. 934. a, Mayer §. 18. do not. 10 sq., Machelard Dissertation de l'accroissement str. 164 sq.

³⁸⁾ Z pierwszego powodu nie mógł miles ustanowić dzie-

b) O zdolności tych osób, które z pomienionych powodów nie mogły być ustanowione w testamencie militis, rozstrzygała nie chwila sporządzenia testamentu, lecz chwila otwarcia spadku, tak że ustanowienie osoby, w chwili sporządzenia testamentu niezdolnej, nabierało mocy prawnej, jeżeli ustanowiony później przed otwarciem spadku zyskał te przynioty, które były potrzebne i wystarczające do ustanowienia go w testamencie militis.³⁹⁾

§. 15.

3. O zdolności do nabywania dziedzictwa testamentowego. — Capacitas.*)

Od zdolności dziedziczenia na mocy testamentu należy od czasu legis Iuliae (de maritandis ordinibus, 736 a. u. c.) et Papiæ Poppæae (762 a. u. c.), wydanej za Augusta,¹⁾ ściśle odróżnić zdolność do nabywania czegoś z majątku, pozostałego po zmarłym, na mocy woli spadkodawcy, w szczególności do nabywania dziedzictwa z testamentu.

dzicem mianowicie własnego niewolnika sine libertate (L. 13. §. 3. D. de testa. mil. 29. 1), tudzież servum poenae (L. 13. §. 2. D. eod.), który nie mógłn abywać ani dla siebie jako servus, ani dla swego pana, bo tego nie miał (L. 3. pr. D. de his quae pro non scrip. 34. 8); z drugiego powodu nie mogli być ustanowieni heretycy. L. 22. C. de haer. 1. 5. (. . . etiam in ultimis militum voluntatibus). Por. nadto L. 29. §. 1. D. eod.

³⁹⁾ Si mortis (sc. testatoris) tempore talis inveniatur ut a milite institui potuerit. — Jeśli np. servus poenae mortis tempore in civitate inveniatur (L. 13. §. 2. D. cit.), albo heretyk przed otwarciem spadku przeszedł na łono kościoła katolickiego.

*) Mühlenbruch w Glück'a Comm. T. 39. str. 158 sq. Köppen str. 298 sq. Vering Erbrecht str. 275 sq. Rivier §. 90. Kuntze Excuse (2 wyd) str. 619 sq. Vangerow Ueber die Latini Iuniani str. 112 sq., tudzież Pand. II. §. 429. Windscheid III. §. 550. Brinz (1 wyd.) §. 205. Maynz III. §. 364. str. 232 sq. i §. 400. Machelard Dissertation de l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires str. 41—170. Zielonacki §. 369.

¹⁾ O czasie wydania legis Iuliae et Papiæ Poppæae por. Gitzler Quaest. iuris romani de lege Iulia et Papiæ Poppæae specimen I. str. 5 sq., i Machelard l. c. str. 42 sq.

Zdolność ta zowie się w źródłach, w odróżnieniu od *testamenti factio passiva*, *capacitas* (*capax esse, capere posse vel non posse, capere prohiberi*).²⁾ Źródła używają wprawdzie nieraz wyrazu *capere* i tam, gdzie właściwie jest mowa o zdolności dziedziczenia,³⁾ ale to nie zacierają wcale technicznego znaczenia obydwóch tych wyrazów, wydawnego stanowczo w innych ustępach źródeł. Używanie wyrazu *capere* także w obszerniejszem, *testamenti factionem passivam* obejmującym znaczeniu, tem się tłumaczy, że nabywanie dziedzictwa zależało przedewszystkiem od zdolności dziedziczenia, bez niej nie można było nabyć (*capere*) hereditatem, ten więc praktyczny wynik niezdolności dziedziczenia mają źródła na uwadze, gdy mówiąc o osobie, nie mającej *testamenti factionem*, wyrażają się *capere non potest*.

Różnica między *testamenti factio passiva* a *capacitas* była następująca.⁴⁾ Względem pierwszej obowiązywała reguła, wzięta z dawniejszej formy testamentów *per aes et libram*,⁵⁾ że dziedzic winien mieć *testamenti factionem passivam* już w chwili sporządzenia testamentu, inaczej jego ustanowienie jest nieważne, i nie staje się ważnem przez późniejsze uzyskanie zdolności dziedziczenia. Tej reguły nie uchylili nowe przepisy o *capacitas*; pozostawiając prawo dawniejsze (*ius antiquum*) w mocy, dążyły one jedynie do

²⁾ Por. Ulp. XX. 2, XXII. 1. — Ulp. XVI, XXII. 3, Gai. II. 111. 286, L. 29. D. de liber. leg. 34. 3, L. 10. D. de his quae ut indign. 34. 9.

³⁾ N. p. Gai. II. 110. 284, Ulp. XVII. 1, §. 4. I. de hered. qual. et diff. 2. 19, L. 82. §. 2. D. de leg. II. Por. zresztą Mayer §. 15. not. 2, Schirmer §. 42. not. 45. Odwrotnie wyraża się raz Ulp. XVI. 1a, mówiąc o *capacitas*, *libera inter eos testamenti factio est*. Por. Hartmann Zeit. f. Rechtsgeschichte T. 5. str. 238 sq.

⁴⁾ Przesadnem jest zwykle mniemanie, że trafne odróżnienie *capacitatis* od *testam. fac. pas.* datuje się dopiero od czasu Müllera (Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall. 1827. str. 82 sq.). Różnica ta była dobrze znana i dawniejszym prawnikom, jak Cujaciuszowi, Pothierowi i innym (por. Machellard l. c. str. 54, Mühlenthal l. c. str. 175 sq.), a tylko jej dokładniejsze i więcej wszechstronne przeprowadzenie jest zasługą nowszej literatury.

⁵⁾ Ob. §. 14. not. 34 i 35.

odjęcia mu pośrednio praktycznej skuteczności⁶⁾ przez postanowienie, iż osoby, uwzględnione w rozporządzeniu ostatniej woli, mimo swej zdolności dziedziczenia we właściwym czasie nie mogą nabyć (capere) w całości lub w części tego, co im spadkodawca pozostawił, jeżeli nie posiadają przymiotów, wymaganych przez nowe prawo. Od tych przymiotów zależało tedy jedynie nabyć tego, co ważne było pozostawione. Z tego charakteru przepisów o *capacitas* wynikało samo przez się, że o zdolności osobistej do nabycia dziedzictwa w tej chwili dopiero mogła być mowa, gdy rozchodziło się o pytanie, czy ważne ustanowienie ma mieć skuteczność, azatem nie w chwili sporządzenia testamentu, lecz dopiero w chwili powstałej możliwości nabycia dziedzictwa, t. j. w chwili powołania do spadku.⁷⁾ Kiedy więc w braku testamenti *factio nis passivae* w chwili sporządzenia testamentu ustanowienie dziedzica było nieważne, to przeciwnie *incapacitas* w rzeczonyj chwili nie miała żadnego wpływu na ważność rozporządzenia. Dziedzic, mający *test. fact. pass.* w chwili sporządzenia testamentu, był ważnie ustanowiony, chociażby w tej chwili był *incapax*.⁸⁾ *Capacitas* dziedzica miała znaczenie dopiero w chwili powołania, od niej zależało, czy i o ile dziedzic powołany⁹⁾ może korzystać z przypadłego mu spadku.

⁶⁾ Por. Brinz l. c. str. 860, Schirmer str. 43.

⁷⁾ L. 52. D. de leg. II: *Non oportet prius de condicione cuiusquam quaeri, quam hereditas legatumve pertineat.* — Innego zdania jest wprawdzie Schröter (*Zeit. f. Civil. u. Process* II. str. 121), który wymaga od dziedzica *capacitatem* już w chwili sporządzenia testamentu, por. atoli Vangerow w *Latini Iuniani* str. 113 sq. not. 20.

⁸⁾ Ulp. XXII. 3: *Latinus Iunianus si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest, quod si Latinus manserit, lege Iunia capere hereditatem prohibetur.* — Rzecz o *capacitas* nie należy tedy właściwie na to miejsce, lecz do rozdziału, traktującego o nabyciu dziedzictwa, ale wykład o *capacitas* na tem miejscu, w przeciwstawieniu do *test. fact. passiva*, przyczynia się do lepszego zrozumienia jej znaczenia.

⁹⁾ Mynem jest odosobnione zdanie Köppena str. 301 sq., że *incapacitas* wstrzymywała nawet powołanie (*delatio hereditatis*), jakkolwiek bowiem możnaby to uważać za sprzeczność, iżby dzie-

Testamenti factio passiva była tedy wymagana najpierw w chwili sporządzenia testamentu, pod nieważnością ustanowienia dziedzica, następnie w chwili otwarcia spadku, inaczej nie mogło nastąpić powołanie, a wreszcie od chwili powołania bez przerwy aż do chwili nabycia, inaczej dziedzictwo nie mogło być nabyte,¹⁰⁾ — *capacitas* zaś była potrzebna tylko w chwili powołania¹¹⁾ i odtąd nieprzerwanie do chwili

dzie równocześnie i miał prawną możność nabycia dziedzictwa (*delatio*) i takowej nie miał (*incapacitas*), to jednak ten stan prawny tłómaczy się jasno opisanym powyżej charakterem przepisów o *capacitas*. Por. Karłowa *Rechtsgeschäft* str. 129. not. 1, Windscheid §. 550. not. 2. Od *capacitas* zależało jedynie wykonanie prawa do dziedzictwa, płynącego z *delacyi* — *ca dicit „ab“ eo* (Ulp. XVII. 1), a nie samo powstanie tego prawa.

¹⁰⁾ Por. § 14. not. 34 i 35.

¹¹⁾ Przeważna część autorów nie oznacza ściśle tej chwili, w której dziedzic miał być *capax* pod rygorem wykluczenia go od nabycia dziedzictwa. Zazwyczaj wyrażają się autorowie, że *capacitas* była wymagana w chwili, gdy miało nastąpić nabycie dziedzictwa. (Por. Vangerow §. 429. Uwa 1. II, Windscheid §. 550. not. i do not. 3, Kuntze *Cursus* (2 wyd.) §. 842. za notą 9, Vering *Erbr.* str. 276. do not. 4, Rivier str. 522, Karłowa l. c. str. 129). To oznaczenie w mowie będącej chwilą jest jednak zbyt ogólnikowe i może doprowadzić do błędnego pojmowania rzeczy. Jakkolwiek bowiem prawdą jest, że dziedzic nie mógł nabyć dziedzictwa, jeśli w chwili, gdy w samej rzeczy nabycie miało nastąpić, był *incapax*, to jednak powyższe określenie może doprowadzić do tego wniosku, do którego doszedł Kuntze (l. c.) i Müller str. 696, iż *capacitas* było potrzebna dopiero w chwili rzeczywistego nabycia dziedzictwa i tylko w tej chwili, tak że powołany mógłby być nabyć dziedzictwo, jeśli tylko kiedykolwiek zyskał *capacitatem*. Ztąd wynikałby ten dalszy wniosek, że nabycie dziedzictwa przez osobę powołaną, a nie mającą *capacitatem*, pozostawałoby w zawieszeniu aż do czasu jej śmierci, ponieważ prawo rzymskie nie znało ustawowych terminów nieodwłocznych (prekluzyjnych) pod względem czasu oświadczenia się do spadku. To jest zupełnie niepodobnem. Nieodzowną była pewna chwila rozstrzygająca, od której zależało, czy powołany może nabyć dziedzictwo, według tego, czy po ten czas był *capax* lub nie. Tą chwilą była zaś *delatio hereditatis*, w której według *ius antiquum* otwierała się prawna możność nabycia dziedzictwa. Wszystkie źródła, które wspominają wyraźnie o chwili rozstrzygającej co do *capacitas*, wymieniają jako taką *tempus mortis testatoris*, a więc

rzeczywistego nabycia dziedzictwa, w przeciwnym razie dziedzic mimo ważnego ustanowienia i powołania nie mógł nabyć spadku. Przy niektórych przyczynach incapacitatis wystarczało nawet, jeżeli dziedzic powołany zyskał capacitem w przeciągu 100 dni, tak że incapacitas w chwili powołania nie przynosiła mu szkody. Termin studniowy liczył się (utiliter) od dnia powołania, a ze względu na heredes voluntarios, ustanowionych ex parte, od dnia otwarcia testamentu,¹⁾ chyba że ci heredes byli ustanowieni pod warun-

zwyczajną chwilę delationis hereditatis. Ulp. XXII. 3, L. 11. D. de vul. et pup. sub. 28. 6, L. 10. §. 1. D. de his quae ut indi. aufe. 34. 9, L. 22. D. de mort. cau. donat. 39. 6, L. 3. §. 2. D. de iure fisci 49. 14. To samo wypowiada L. 52. D. de leg. II. (pow. not 7), gdyż hereditas pertinet ad heredem w chwili powołania. Do chwili powołania odnoszą też wymóg capacitatis Mühlenbruch l. c. str. 172 sq., Machelard l. c. str. 52, Mayer §. 15. do not. 3, Baron §. 398. do not. 20, Zielonacki §. 369. do not. 1. Jeśli tedy dziedzic w chwili powołania był incapax, dziedzictwo nie mogło być przez niego nabyte, chociażby później zyskał capacitem. Tylko co do niektórych przyczyn incapacitatis wystarczało późniejsze zyskanie capacitatis w przeciągu terminu 100 dni. — Że dziedzic, w chwili powołania capax, winien był mieć tę zdolność bez przerwy aż do czasu rzeczywistego nabycia spadku, to jest samo przez się rozumiałem.

¹⁾ Że termin studniowy w pomienionym przypadku liczył się od dnia otwarcia testamentu, możemy przyjąć za pewne, chociaż źródła o tem milczą. Możemy to przyjąć za pewne nie dlatego, jakoby heres ex parte był powołany dopiero post apertas tabulas (Machelard str. 56, Danz II. §. 185. III, Schneider Das alteivile und Iustinianeische Anwachungsrecht str. 180, por. powyż. §. 6. not. 28), lecz li z tego powodu, iż termin ten był niewątpliwie jedynie zastosowaniem terminu cretionis (arg. Ulp. XXII. 3. Cf. XVII. 1, Schneider l. c. str. 180), i to cretionis vulgaris (quae in usu habetur), przy tej zaś nie liczono tych dni, w których powołany nie mógł oświadczyć się do spadku (Gai. II. 172 i 173), azatem w naszym przypadku dni, upłynionych przed otwarciem testamentu. Z podanej przyczyny okazuje się oraz, że termin 100 dni liczył się od otwarcia testamentu tylko względem dziedziców, ustanowionych ex parte, a przeto jest to co najmniej niedokładnem, jeśli Keller (Pand. §. 592. str. 1086), Machelard (l. c. str. 56), Rivier (str. 522), Zielonacki (§. 369 in fin.), uznając ten sposób liczenia terminu, nie czynią żadnego zastrzeżenia co do pomienionych granic

kiem, który się ziścił dopiero post apertas tabulas. Ponieważ *capacitas* nie była potrzebna w chwili sporządzenia testamentu, przeto można było *incapacem* ustanowić ważnie pod warunkiem, jeżeli tę zdolność zyska.¹³⁾ W takim przypadku w chwili zyskania *capacitatis* ziszczał się warunek, następowało powołanie, a ponieważ powołany w tej chwili był już *capax*, przeto mógł nabyć dziedzictwo.

Jeżeli dziedzicem ustanowiono *filium familias*, natenczas nabycie dziedzictwa zależało najpierw od jego własnej *capacitas*, ponieważ on sam oświadczał się do spadku, a w prawie przedjustyniańskim nadto od *capacitas* ojca, jeśli on przez syna nabywał dziedzictwo, inaczej bowiem możnaby było łatwo obejść przepisy o *capacitas*, ustanawiając zamiast niezdolnego ojca *filium incapacem*. Powód ten odpadł w prawie Justyniańskim; *capacitas* ojca musiała tu być obojętną, skoro ojciec na majątku filii *familias* nabywał co najwięcej *usumfructum*.¹⁴⁾ — *Capacitas* cudzego niewolnika zależała od *capacitas domini*, cuius *iussu* oświadczał się do spadku.¹⁵⁾

jego zastosowania. Tylko przy zapisach, pure pozostawionych, liczył się termin w mowie będący zawsze od dnia otwarcia testamentu, ponieważ w tym dopiero dniu *dies legati cedit*. (Powyż. §. 6. not 28).

¹³⁾ L. 63. (62) pr. D. de hered. inst. 28. 5: *In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est, veluti „Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto“.* Idem et in legato. Por. atoli poniż. not. 53. Ob §. 14. not. 36.

¹⁴⁾ Por. Machelard l. c. str. 78 sq. 83 sq., Hartmann w *Zeit. f. Rechtsgeschichte* T. V. str. 242 not. 35, — a co do prawa Justyniańskiego Mayer §. 18. not. 8. — Z przytoczonych powodów okazuje się mylnem zdanie tych (Danz II. §. 185. II. a, Schneider *Das altcivile u. Justinianeische Anwachsungsrecht* str. 223. not. 74), którzy nabycie dziedzictwa w przypadku, gdy przez syna nabywał *pater familias*, czynią zawisłem jedynie od *capacitas* ojca.

¹⁵⁾ L. 82. D. de adq. v. omitt. hered. 29. 2. — Jeżeli *servus alienus*, ustanowiony dziedzicem, został wyzwolony zanim *iussu domini* oświadczył się do spadku, albo jeśli własny niewolnik był ustanowiony *cum libertate*, natenczas *capacitas* zależała od jego własnych przymiotów. Wszelako w obydwóch przypadkach był niewolnik, zdaniem mojem, bezwarunkowo *capax*, jeśli *manumissione* zyskał *civitate Romanam*, ponieważ żadna z przyczyn *incapacitatis* nie dała się zastosować do obywatela

Z różnicą między *testamenti factio passiva* a *capacitas* stała w związku, przynajmniej w części, inna bardzo doniosła różnica, ustanowiona także *lege Iulia et Papia Poppaea*. W przypadku, gdy dziedzic, ustanowiony *ex parte*, nie nabył dziedzictwa, przypadła *scheda* nienabyta rozmaitym osobom i według odmiennych reguł stosownie do tego, czy *institutio* dziedzica odpadłego była uważana *pro non scripta*, lub też owa *scheda* stała się *caducum*, a względnie *in causa caduci*. W pierwszym razie część spadku nienabyta przypadła współdziedzicom według reguł *iuris antiqui* o prawie przyrostu, w drugim przyrastała ona współdziedzicom *iure antiquo* tylko wyjątkowo, zresztą zaś przypadała tym osobom, które według *lex I. et P. P.* miały *ius caduca vindicandi*, a względnie na rzecz *aerarium populi*, później *fiskusa*. Otóż ustanowienie dziedzicem osoby, nie mającej w chwili sporządzenia testamentu *testamenti factionem passivam* było zawsze uważane za *non scriptum*, przeciwnie zaś część spadku, nienabyta w skutek *incapacitatis*, nie należała nigdy do *non scriptum*, lecz albo była *caducum* i podlegała regułom o *caducorum vindicatio*, jeśli nie było współdziedziców, którymby wyjątkowo służyło prawo do przyrostu *iure antiquo*,¹⁶⁾ albo przypadała pewnym, w odnośnych postanowieniach (*pon. l. 3—6*) wskazanym osobom.

Przepisy o *capacitas* stosowały się tylko do nabytków na mocy woli spadkodawcy, a mianowicie pierwotnie tylko do dziedziczenia testamentowego i legatów, z czasem także do *fideikomisów*, z jednym tylko wyjątkiem,¹⁷⁾ i do *donar-*

rymskiego, który za ledwie co wyszedł z niewoli. W szczególności nie podobna było karać go za bezżeństwo lub bezdzietność, ponieważ w niewoli nie był zdolny zadość uczynić wymaganiom *legis Iuliae et Papiae Poppaeae*. (*Por. Machelardl. c. str. 80 sq.*). Inaczej rzecz się miała, jeśli niewolnik cudzy *manumissione* zyskał tylko *libertatem latinam*, wtedy był on *incapax* według *lex Iunia Norbana*. (*Ob. poniż. licz. 2*).

¹⁶⁾ *Ulp. XVII. 1.* — *Caducorum vindicatio* nie stosowała się tylko do przypadku *incapacitatis*. O tem jednak, kiedy w ogóle część spadku nienabyta była *caducum* lub *in causa caduci*, i komu przypadała, będzie dopiero później szczegółowo mowa.

¹⁷⁾ *Incapacitas* Latynów Juniańskich (tekst licz 2) nie odnosiła się do *fideikomisów*. *Gai. I. 24, II. 275, Ulp. XXV. 7.* Przepisy o *capacitas* zastosowano także do tak zwanych *mortis*

tiones mortis causa, natomiast nie stosowały się te przepisy do dziedziczenia beztestamentowego. W zakresie dziedziczenia testamentowego podlegały im tak hereditas jak bonorum possessio.¹⁸⁾ Z pod przepisów o capacitas były jednak wyjęte testamenta wojskowych; z testamentu militis mógł nabywać i ten, kto zresztą był incapax, z jedynym wyjątkiem feminae probrosae.¹⁹⁾ Na odwrót Imperator i jego małżonka nie podlegali co do swej zdolności nabywania przepisom o capacitas.²⁰⁾

Pojęcie capacitatis, w przeciwstawieniu do testamenti factio passiva, nieznanne prawodawstwu republikańskiemu, wzięło swój początek, co się już nadmieniło, z przepisów legis Iuliae et Pap. Pop. Ustawa ta, powodowana względami na przerzedzoną znacznie ludność w ostatnich wojnach domowych, na upadek moralności i idący za tem wstręt do związków małżeńskich, a w końcu także zamiarem przyśporzenia skarbowi nowych dochodów, ustanowiła ograniczenia zdolności nabywania jako kary na bezżeństwo i bezdzietność.²¹⁾ Późniejsze ustawy pomnożyły te ograniczenia z innych rozmaitych przyczyn.

causa capiones (L. 9, L. 36. D. de mortis cau. don. et capio. 39. 6), dla pewnego ich pokrewieństwa z zapisami. O tem na właściwem miejscu.

¹⁸⁾ L. 12. §. 1. D. de bono. posses. 37. 1: Ubi cumque lex vel senatus vel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat.

¹⁹⁾ Gai. II. 110. 111, L. 41. §. 1. D. de test. mil. 29. 1. a contr., L. 5. C. de test. mil. 6. 21. Por. poniż. licz. 3.

²⁰⁾ L. 31. D. de legi. 1. 3. — W przytoczonej lex miał jej autor (Ulpian lib. XIII. ad legem Iuliam et Papiam) według wszelkiego prawdopodobieństwa na uwadze jedynie przepisy legis I. et P. P., z pod których Imperator i jego małżonka byli wyjęci, nie zaś w ogóle leges, (por. Vering Erbr. str. 280. not. 5, Huschke w Richtera krit. Jahrbücher T. III. str. 325. II. 1, Hartmann l. c. str. 255. not. 54, — inaczej Danz §. 185. I. 3. c, powołując się niesłusznie na Huschke'go), ale w prawie Justyniańskim zyskał ten ustęp przez swe umieszczenie w Digestach ogólne, wszystkie pozostałe przyczyny incapacitatis obejmujące znaczenie. Por. Vering l. c.

²¹⁾ Tacitus Annal. III. 25: . . . Papia Poppaea, quam senior Augustus, post Iulias rogationes, — „incitandis caelibum poenis et augendo aerario sanxerat“. — Ob. także Dio Cassius 56. 2—10 — przemówienie Augusta.

W szczególności były incapaces zupełnie lub w części następujące osoby:

1) Według *lex Iulia et Papia Poppaea*²²⁾ *caelibes* i *orbi*:

a) *Caelebs*, — bezzenny, niezamężna, — był w zupełności *incapax*, nie mógł nic nabyć z cudzego testamentu, chyba że w przeciągu 100 dni wstąpił w związki małżeńskie.²³⁾ W tym razie był on wolny od kar za celibat, ale mógł jeszcze podlegać karom za bezdzietność (*b*). Kary za celibat wykluczało jednak tylko małżeństwo *iure civili* ważne (*iustae nuptiae*) i nie wykraczające przeciwko przepisom *legis Iuliae et Papiae Poppaeae*. Ustawa ta zabroniła senatorom i ich dzieciom obojga płci zawierać związki małżeńskie z wyzwolencami i pewnymi osobami bezecnymi, a mężczyznom wolno urodzonym (*ingenuis*) w ogóle z niektórymi kobietami bezecnymi.²⁴⁾ Na równi z małżeństwem (*maritorum numero*) stały zaręczyny (*sponsalia*), pod warunkiem zawarcia małżeństwa w przeciągu dwóch lat.²⁵⁾ Kobiety były wolne od kar za celibat przez czas *vacationis*, t. j. według *lex Iulia* po śmierci męża przez rok jeden, po rozwiązaniu małżeństwa przez sześć miesięcy, a według *lex Papia* w pierwszym przypadku przez dwa lata, w drugim przez rok i 6 miesięcy.²⁶⁾

²²⁾ O odnośnych postanowieniach *legis Iuliae et Papiae Poppaeae* por. z dawniejszej literatury Heineccius *Ad legem Iuliam et Papiam* (1778), z nowszej szczególnie przytoczoną wyborną monografią Machelarda, tudzież Hartmann Ueber die Voraussetzungen und Gränzen der Incapacität nach der *lex Iulia et Papia* w *Zeit f. Rechtsgeschichte* T. V. str. 219 sq., Puchta *Inst.* §. 313.

²³⁾ *Gai.* II. 111. 144. 286, *Ulp.* XVII. 1, XXII. 3, *Frag. de iure fisci* §. 3.

²⁴⁾ *Ulp.* XVI. 2, XIII. 1. 2. — Hartmann l. c. str. 221, Savigny *System* II. str. 220 i 522 sq. — Postanowienia te, zawarte w *lex Iulia* (*Ulp.* XIII), były zapewne powtórzone w *lex Papia*. *Arg. Ulp.* XVI. 2, L. 23. *D. de ritu nupt.* 23. 2.

²⁵⁾ *Sueton. Octav.* c. 34, *Dio Cassius* 54. 16. *Cf. L.* 17. *D. de sponsalibus* 23. 1. — Ze względu na ten warunek było postanowionem, iż zaręczyny z dziewczyną niżej lat 10 nie uwalniają od kar za celibat.

²⁶⁾ *Ulp.* XIV. — O ile konkubinaty nadawał częściową *capacitatem*, por. Hartmann l. c. str. 221 sq.

b) *Orbi*, t. j. osoby, żyjące w związku małżeńskim (względnie kobiety podczas *vacatio*²⁷⁾), ale nie mające dzieci, mogły nabyć tylko połowę tego, co im spadkodawca pozostawił,²⁸⁾ chyba że w przeciągu 100 dni otrzymały wymaganą ilość dzieci.²⁹⁾ Dla mężczyzny wystarczało jedno dziecko, kobieta zaś wolna miała mieć najmniej troje, wyzwolona najmniej czworo dzieci.³⁰⁾ Dzieci miały być ślubne, z małżeństwa niezakazanego lege *Iulia et Papia Poppaea*.³¹⁾ Pierwotnie uwalniało mężczyznę od kary za bezdzietność także dziecko przybrane (*adoptio*), ale postanowienie to uchyliło *Senatus consultum Memmianum* z czasów *Nerona*.³²⁾

Z pod wyłożonych, ogólnych postanowień o niezdol-

²⁷⁾ Ob. Hartmann l. c. str. 224, Kuntze Excur. (2 wyd.) str. 620. A. 1.

²⁸⁾ Gai. II. 111. 286, Sozomenus Hist. eccles. I. 9.

²⁹⁾ Czyli *orbis* miał także 100 dni na swą korzyść, o tem wprawdzie milczą źródła, ale to jest bardzo prawdopodobnem, że odosny przepis legis *Iuliae* co do *caelibes*, zastosowano także do bezdzietnych. Por. Mühlenbruch l. c. str. 168. ot. 5. Kuntze Excur. (2 wyd.) str. 610. A. 1, Danz II. str. 175. 2.

³⁰⁾ Juvenal Sat. IX. 83. 86 — 88. — Paulus Re. Sen. IV. 9. §. 1, Tertull. apol. c. 4, Dio Cassius 55. 2. — Że kobieta miała mieć najmniej troje, a względnie czworo dzieci, aby nie była uważana za bezdzietną, to jest po dziś dzień, ze względu na przytoczone źródła panującą opinią. Opinia ta nie jest jednak wolna od wątpliwości; osłabiają ją bardzo L. 148 i 149 de V. S. 50. 16. (Non est sine liberis, cui vel unus filius unave filia est), tudzież inne argumenta, przytoczone przez Hartmanna (l. c. str. 224 sq.) w dowód, że i dla kobiety wystarczało jedno dziecko. Por. także Danz II. str. 175. 2, Mühlenbruch l. c. str. 160. not. 1.

Ze względu na słowa *Gaia* II. 111: *orbi, id est qui liberos non „habent,*“ uważam za nieprawdopodobne zdanie *Machelarda* (l. c. str. 121), że kobieta była wolna od kary za bezdzietność przez to samo, iż urodziła troje resp. czworo dzieci, chociażby te w chwili, co do *capacitas* rozstrzygającej, nie były już przy życiu. Por. atoli L. 135 i 137 D. de V. S. 50. 16, a znowu L. 127 D. eod., Savigny Syst. II. §. 61. not. k. s, Krieg Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt str. 33 sq.

³¹⁾ *Secundum legem Iuliam Papiamque quaesiti*. Colla. leg. Rom. et Mosa. XVI. 3. § 4.— Por. Hartmann l. c. str. 223, Rudorff w nocie w. do §. 313 Puchty Insty.

³²⁾ Tacitus Ann. XV. 19. Por. Machelard l. c. str. 111.

ności osób, żyjących w celibacie, a względnie bezdzietnych, byli wyjęci małżonkowie we wzajemnym do siebie stosunku.³³⁾ Ich *capacitas* była odmiennie określona. W chwili śmierci jednego małżonka, drugi stawał się *caelebs*, jako taki był on w zupełności *incapax* ze względu na spadek po osobie trzeciej, ale ze względu na spadek po małżonku zmarłym była jego *capacitas* tylko ograniczona. W szczególności³⁴⁾ mógł małżonek (*vir aut uxor*) bezdzietny z tytułu związku małżeńskiego (*matrimonii nomine*) otrzymać dziesiątą część (*decimam*) całego spadku małżonka zmarłego, a nadto użytkowanie na jednej trzeciej. Jeżeli miał kiedykolwiek dzieci, żyjące jeszcze lub nie,³⁵⁾ część ta trzecia przechodziła na jego własność. Prócz tego mógł pozostały małżonek otrzymać na każde swe dziecko z innego małżeństwa, tudzież na każde dziecko wspólne, zmarłe po dniu dziewiątym od urodzenia (*post nominum diem*), ale przed ukończeniem trzech lat, jeśli ich nie było więcej jak dwoje,³⁶⁾ po jednej dziesiątej ze spadku małżonka zmarłego.

Incapax, przynajmniej w części, był także niezawodnie *solitarius pater*, ale odnośne przepisy są nam zupełnie nieznanne. Znane jest nam tylko nazwisko z napisu u *Ulpiana* (*XIII. De caelibet orbo et solitario patre*), a nawet tego nie wiemy, kogo tak nazywano. Prawdopodobnem jest

³³⁾ Ograniczenia wzajemnej *capacitatis* małżonków pojmują powszechnie jako osobne, surowsze ograniczenia z tytułu związku małżeńskiego, obok ograniczeń z tytułu celibatu i bezdzietności. *Hartmann* (l. c. str. 226 sq.) udowodnił jednak przekonywująco, że przepisy o wzajemnej częściowej *capacitas* małżonków są li wyjątkiem od ogólnych reguł, stanowiących o *capacitas caelibis et orbi*, i to wyjątkiem na korzyść małżonków uświęconym. Zdanie *Hartmanna* podziela *Kuntze Excur.* (2 wyd.) str. 620 sq.

³⁴⁾ *Ulp.* XV.

³⁵⁾ Że słowa „*quandoque liberos habuerint*“ (*Ulp.* XV. 3) w ten sposób należy tłumaczyć, por. *Hartmann* l. c. str. 237, *Schneider* l. c. str. 224.

³⁶⁾ Jeżeli więcej jak dwoje dzieci wspólnych zmarło *post nominum diem*, a przed ukończeniem trzech lat, albo jeśli dwoje dzieci wspólnych zmarło po ukończeniu trzech lat, natenczas pozostały małżonek miał *solidi capacitem*. (*Ulp.* XVI. 1). Por. *peniz. not.* 46.

jednak powszechnie po dziś dzień przyjęte przypuszczenie, że nazwa *solitarius pater* oznaczała mężczyznę bezżennego, ale mającego dzieci z dawniejszego małżeństwa, i że tenże mógł nabyć tylko połowę z tego, co mu spadkodawca pozostawił.³⁷⁾

Solidi capacitas. Niektóre osoby były dla rozmaitych przyczyn w ogóle wyjęte z pod przepisów leg. I. et P. P., ścieśniających *capacitatem*,³⁸⁾ mogły nabyć w całości to, co im spadkodawca pozostawił (*solidum capere*), chociaż były *caelibes* lub *orbi*. Tu należeli mianowicie:

α) Ci, dla których było niepodobnem uczynić zadość wymaganiom prawa, bądź z powodu wieku, bądź z powodu niemocy fizycznej (*spadones*),³⁹⁾ bądź też z powodu nieobecności męża *reipublicae causa* i po jego powrocie przez rok jeden.⁴⁰⁾

³⁷⁾ Por. zamiast innych Machelard l. c. str. 107 sq., i Fitting w Zeit f. Rechtsgeschich. T. XI. str. 435.— Jeżeli ten domysł jest prawdziwy, natenczas przepisy, dotyczące się *solitarius patrem*, byłyby dalszym tylko wyjątkiem od ogólnych kar za celibat, — *pater solitarius* jakkolwiek *caelebs* nie byłby w całości lecz tylko w części *incapax*, — a przeto zupełnie jest nie stosownem, jeżeli Vangerow §. 429. Uwa. 1. III. 1. a, i Vering Erbr. str. 278. do not. 4, właśnie ze względu na *solit. patrem*, ścieśniają samo pojęcie celibatu, zaliczając do *caelibes* tylko osoby, nie żyjące w związku małżeńskim i nie mające dzieci, nie zaś w ogóle osoby bezżenne. Por. Hartmann l. c. str. 220 sq.

³⁸⁾ Były wyjęte z pod kar leg. I. et P. P., t. z. były w zupełności *capaces*, ale nie miały prawa do nagród z tej ustawy (*ius caduca vindicandi*).— Od osób, mających *solidi capacitate*m, należy ściśle odróżnić osoby, *quae habent ius antiquum*. Ostatnie nietylko nabywały w całości, co im spadkodawca pozostawił, ale także prawem przyrostu według reguł *iuris antiqui* schedy, przez innych nienabyte. O tej różnicy, o której później będzie jeszcze mowa, por. Machelard l. c. str. 60 — 63, Danz II. §. 185. I. 3. i II.

³⁹⁾ L. 128. D. de V. S. 50. 16. Machelard l. c. str. 73 sq., Puchta §. 313. do not. s).

⁴⁰⁾ Nieobecność męża odnosi się do kar za bezdzietność. Ulp. XVI. 1. — Machelard l. c. str. 74 sq. i 160, Puchta §. 313. do not. bb.

Przeciwko zdaniu Savigny'ego (Syst. II. str. 557), że także kobiety, trudniące się *rajfurstwem*, były wolne od kar za

Z powodu wieku⁴¹⁾ wolni byli od kar za celibat i bezdzietność: mężczyzna niżej 25, wyżej 60, kobieta poniżej 20, powyżej 50 lat. Później postanowiło jednak Sctum Pernicianum, iż z pod kar leg. I. et P. P. nie ma być wyjęty ten, kto do 60, a względnie (kobieta) do 50 lat swego życia ani nie wstąpił w związki małżeńskie, ani nie miał dzieci (neutri legi paruerit). To zmieniło znowu Sctum Claudianum o tyle, iż uwolniło od kar za celibat mężczyznę 60 letniego, który pojął za żonę kobietę niżej lat 50; odwrotnie kobieta powyżej 50 lat, która wyszła za mąż za mężczyznę poniżej lat 60, nie nabywała przez to capacitate (Sctum Calvisianum).⁴²⁾

β) Kognaci spadkodawcy do szóstego stopnia, a z siódmego natus vel nata ex sobrino sobrinave.⁴³⁾

γ) Dziedzic powołany do spadku niewypłacalnego (quae

celibat, z tego rzekomo powodu, iż nie mogąc wyjść za mąż, nie mogły uczynić zadość wymaganiom prawa, por. Machelard l. c. str. 76 sq.— Westalki były wolne od kar leg. I. et P. P. Dio Cassius 56. 10. Por. Puchta l. c. po nocie u.

⁴¹⁾ Ulp XVI. 1. Cf. L. 27. C. de nupt. 5. 4. — To, co Ulpian o wieku mówi tylko ze względu na wzajemną capacitas małżonków, ma znaczenie ogólne. Arg.: Aetas — a qua lex liberos exigit (eod). Inaczej Mühlenthal l. c. str. 161 sq.— Że osoby poniżej lat 25, a względnie 20 były wolne także od kar za celibat (Sozomenus I. 9), nie zaś, jakby to z Ulpiana (cit.) wynikało, tylko od kar za orbitas, to jest nadzwyczaj prawdopodobne. Por. bardzo trafne w tej mierze uwagi Machelarda l. c. str. 65 sq.— Bardzo zmyślnie wyjaśnia Machelard (l. c. str. 67 sq.) ustęp z Tertulliana (Apol. c. 4), zwykle inaczej rozumiany. (Por. n. p. Hartmann l. c. str. 224 i 225).

⁴²⁾ Por. Machelard l. c. str. 70 sq.

⁴³⁾ Arg. Ulp. XVI. 1, Sozomenus I. 9, Frag. Vat. §. 214 — 216. Por. Machelard l. c. str. 87 sq., Klenze Cognaten u. Affinen w Zeit. f. geschich. Rechtswis. T. VI. str. 67 sq., Huschke w Richt. krit. Jahrbücher T. III. str. 327. d. — Schneider Das altcivile u. Iustinianeische Anwachungsrecht str. 225, Vering Erbr. str. 278. not. 5, Danz II. §. 185. II. b, sądzą, że z przytoczonych Frag. Vat. nie da się wykazać, do którego stopnia kognacya nadawała solidi capacitate. — Według Frag. Vat. §. 216, jeżeli podawane uzupełnienie miejsc próżnych jest trafne, miałyby także solidi capacitate osoby, zostające pod władzą kognata, a względnie pod których władzą kognat pozostawał. — Frag. Vat.

solvendo non est),⁴⁴⁾ ponieważ właściwie nic nie otrzymywał.

δ) Z tego samego powodu każdy, kto był obowiązany wydać (restituere) trzeciemu, co mu spadkodawca pozostawił.⁴⁵⁾

ε) Małżonkowie byli nawzajem *solidi capaces* z innych jeszcze, prócz wymienionych (α — δ) przyczyn, mianowicie jeśli mieli jedno wspólne dziecko żyjące, lub utracili pewną ilość wspólnych dzieci, doszłych do pewnego wieku,⁴⁶⁾ albo jeśli nie mając dzieci uzyskali *ius liberorum a principe*.⁴⁷⁾

2) Na mocy *lex Iunia Norbana* byli w zupełności *incapaces Latini Iuniani*, chyba że w przeciągu 100 dni uzyskali *civitatem Romanam*.⁴⁸⁾

3) *Domicyan* odjął *capacitatem feminis probrosis*, do których należały mianowicie nierządnice i aktorki, a *Hadريان* postanowił, że takie kobiety nawet z testamentu mi-

§. 158 217 — 219, mówią także o wyjątkach na rzecz powinowatych (*affines*) spadkodawcy, czy jednak *affines* byli zupełnie (*solidi*) lub tylko częściowo *capaces*, i do którego stopnia powinowactwa te wyjątki sięgały, tego nie podobna rozwiązać z powodu miejsc próżnych w rzeczonych ustępach. O rozmaitych w tej mierze zdaniach por. *Machelard* l. c. str. 89 sq., *Klenze* l. c. str. 67 sq., *Hartmann* l. c. str. 240 sq., *Mühlenbruch* l. c. str. 161. not. 2.

⁴⁴⁾ L. 73. (72) D. de hered. inst. 28. 5. (ad legem Iuliam et Papiam).

⁴⁵⁾ L. 51. D. de R. I. 50. 17, L. 42. D. de leg. II, L. 28. D. de leg. III.

⁴⁶⁾ *Ulpian* XVI. 1.—Por. not. 36, nadto: jeśli im zmarło jedno wspólne dziecko już dojrzałe. Jedno dziecko wspólne, zmarłe w wieku niedojrzałości, nadawało *solidi capacitatem* tylko przez rok i sześć miesięcy. Żona miała *solidi capacitatem*, jeśli po śmierci męża przed upływem dziesięciu miesięcy urodziła dziecko.

⁴⁷⁾ *Ulpian* XVI. 1.— Udzielanie *iuris liberorum* miało zastosowanie nietylko do małżonków, nawzajem po sobie dziedziczących. Por. *Machelard* l. c. str. 161 sq.

⁴⁸⁾ *Gai.* I. 23. 24, II. 110. 275, *Ulp.* XVII. 1, XXII. 3. 8, XXV 7.— O tem, że Latynom *Juniańskim* brakowała jedynie *capacitas*, nie zaś *testamenti factio passiva*, jak z nowszych jeszcze *Hölder* (§. 78. II. A) i *Rein* (str. 778) utrzymują, por. §. 3. not. 15.

litis nie mogą nie nabyć.⁴⁹⁾ Sceda nienabyta przypadła, zdaje się, innym dziedzicom spadkodawcy.⁵⁰⁾ Kobieta taka była jednak *capax*, jeśli w chwili powołania do spadku zarzuciła już była ten swój sposób życia hańbiący. To wynikało z ogólnej reguły i było nadto wyraźnie wypowiedziane przez Justyniana (czy Justyna).⁵¹⁾

4) Arkadiusz i Honoriusz (w r. 405) odjęli częściowo *capacitatem* konkubinie i jej dzieciom (*liberi naturales*) ze względu na spadek po konkubencie, a względnie ojcu. Postanowienie to uzupełnił (w r. 528), a w końcu (w r. 539) częściowo zreformował Justynian następująco: Mężczyzna mający dzieci ślubne nie mógł konkubinie i dzieciom z niej razem więcej pozostawić jak $\frac{1}{12}$, a konkubinie samej więcej jak $\frac{1}{24}$ część spadku. Co więcej im pozostawił, przypadało dzieciom ślubnym. W braku dzieci ślubnych konkubina i jej dzieci były w zupełności *capaces*. Inni krewni prawi spadkodawcy nie ograniczali wcale ich *capacitatem*.⁵²⁾

5) Kto powtórnie wstąpił w związki małżeńskie (*coniux binubus*) nie mógł swemu małżonkowi więcej pozostawić nad to, co pozostawił dziecku z pierwszego małżeństwa, najmniej uposażonemu. Nadwyżka przypadała dzieciom z pierwszego małżeństwa w równych częściach. Przepis ten cesarzy Leona i Anthemiusza potwierdził Justynian dodając, że uposażenie dziecka, które można było wydziedziczyć, nie ma służyć za miarę.⁵³⁾

⁴⁹⁾ Sueton. Domitian. cap. 8: ... *probrosis feminis ademit ius capiendi legata hereditatesque*. — L. 41. §. 1. D. de test. mil. 29. 1. — Por. Mühlenbruch l. c. str. 267 sq., Köppen §. 5. not. 24. — Tłómaczenie (por. np. Tewes I. §. 7. do not. 6), że L. 41. cit. to samo stanowi, co L. 14. D. de his quae ut indig. 34. 9, t. j. że uznaje kobietę za *indignam* ze względu na spadek po tym wojskowym, któremu oddała się na nierząd, nie da się uzasadnić. Por. Mühlenbruch l. c. str. 270.

⁵⁰⁾ Por. Köppen §. 5. not. 30. — Mühlenbruch (l. c. str. 274) sądzi, że fiskusowi. Źródła milczą.

⁵¹⁾ L. 23. pr. §. 3. C. de nuptiis 5. 4. Cf. L. 33. pr. C. de episco. audi. 1. 4.

⁵²⁾ L. 2. C. de natur. liber. 5. 27. (Cf. L. 6. Cod. The. de natur. fil. 4. 6), L. 8. C. eod., Nov. 89. cap. 12. — Por. Mühlenbruch l. c. str. 323 sq.

⁵³⁾ L. 6. 9. 10. C. de secund. nupt. 5. 9, Nov. 22. cap. 27 i 28. — Por. Köppen §. 5. licz. 2, Vangerow I. §. 227.

6) Kto ożenił się z wdową, przed upływem wyznaczonego dla niej czasu żałoby, nie mógł na mocy jej testamentu więcej nabyć nad jedną trzecią część spadku. Co mu więcej nad to żona pozostawiła, przypadało innym jej dzieciom testamentowym. (Gratianus, Valentinianus et Theodosius a. 380, Iustinianus a. 536).⁵⁴⁾ ⁵⁵⁾

Mylnem jest zdanie,⁵⁶⁾ że pod pojęcie incapacitatis podpada także indignitas. Indignitas, stosująca się także do dziedziczenia ab intestato, tem różni się istotnie od incapacitas, że nie wyklucza nabycia dziedzictwa; indignus może nabyć dziedzictwo, ale utracą je mimo nabycia.⁵⁷⁾

Przepisy legis Iuliae et Papiae Popp. nie przeszły do prawa Justyniańskiego. Konstantyn (w r. 320) zniósł w ogóle

Uwa. 1. I. b.— Postanowienie swe, że nadwyżka, nienabyta przez małżonka, przypadać ma także dzieciom z drugiego małżeństwa (L. 9. cit.), uchylił sam Justynian. Nov. 22. c. 27.

Trafnie dowodzi Köppen (§. 5. str. 322), iż w przypadkach, wymienionych pod liczb. 4 i 5, nie można było incapacem ustanowić pod warunkiem odpadnięcia przyczyn incapacitatis, ponieważ w przeciwnym razie odnośne postanowienia, mające na celu obronę praw dzieci ślubnych, a względnie dzieci z pierwszego małżeństwa, byłyby zupełnie iluzoryjne.

⁵⁴⁾ L. 1. §. 1. C. de secun. nupt. 5. 9, Nov. 22. cap. 22. Por. Köppen §. 5. liczb. 3, i powy. §. 3. do not. 41.

⁵⁵⁾ Spornem jest, czy w przypadkach, podanych pod l. 4 — 6, odjętą była wymienionym tamże osobom testamenti factio passiva, czy capacitas. Pierwszego zdania są szczególnie Vangerow §. 429. Uwa. 2, Vering Erbr. str. 269 sq., Beckhaus §. 40, Rivier §. 18. liczb. 1, drugiego Köppen §. 5. not. 27, Brinz (1 wyd.) §. 205. str. 861, Keller §. 592, Windscheid §. 550. not. 7 sq., Arndts §. 492. not. 6, Zielonacki §. 369. Za drugim zdaniem przemawia sama treść odnośnych postanowień, z których wynika, iż takowe nie miały zastosowania, jeśli w chwili powołania nie było dzieci ślubnych spadkodawcy, lub liberi naturales były już przez niego legitymowane (l. 4), albo jeśli w tej chwili nie było już dzieci z pierwszego małżeństwa (l. 5).

⁵⁶⁾ Vangerow §. 429. Uwa. 1. IV, Mühlenbruch l. c. str. 171. l. 3.

⁵⁷⁾ L. 29. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14:.. posse adire hereditatem constat. L. 9. C. de his quib. ut indig. aufe. 6. 35.— Por. Köppen str. 323, Vering Erbr. str. 286, Windscheid §. 669. not. 2, Arndts §. 520. not. 3, Brinz (1 wyd.) §. 205. in fin. i §. 206.

kary na bezżeństwo i bezdzietność, a Honoriusz i Theodozjusz (w r. 410) uchylili ograniczenia wzajemnej *capacitatis* małżonków.⁵⁸⁾ *Incapacitas* Latynów Juniańskich odpadła za Justyniana wraz z tym stanem.⁵⁹⁾ W prawie Justyniańskiem mogła tedy zupełna lub częściowa *incapacitas* pochodzić jedynie z przyczyn, pod l. 3 — 6 wymienionych. Wszelako mimo zachodzącej przyczyny *incapacitatis*, miały odnośne osoby *solidi* *capacitatem* wtedy, gdy były powołane do spadku niewypłacalnego, lub miały wydać to trzeciemu, co im spadkodawca pozostawił.⁶⁰⁾

B) *Forma testamentów.*)*

§. 16.

1. W prawie przedjustyniańskiem.**)

a) Według dawniejszego *ius civile*.¹⁾

Testamentum calatis comitiis. Testamentum in procinctu.

Pierwotnie sporządzano w Rzymie testamenta publicznie,

⁵⁸⁾ L. 1, L. 2. C. de infirm. poenis caelib. et orbi. 8. 57. (58), L. 1. C. de iure liber. 8. 58. (59). Cf. L. un. C. Th. de infirm. poe. cae. et orbi. 8. 16, L. 2. 3. C. Th. de iure liber. 8. 17, Nov. 78. cap. 5. — Por. Machelard l. c. str. 269 sq., i Hartmann l. c. str. 249. — Caducorum vindicationem zniósł Justynian. L. un. C. de cad. tol. 6. 51.

⁵⁹⁾ L. un. C. de latina libert. toll. 7. 6.

⁶⁰⁾ Przytoczone w notach 44 i 45 ustępy źródeł, jakkolwiek autorowie ich mieli na uwadze jedynie legem I. et P. P., zyskały przez ich umieszczenie w Digestach znaczenie ogólne i stosują się do wszystkich, w prawie Justyniańskiem pozostałych przypadków *incapacitatis*. Por. Mühlenbruch l. c. str. 180 i 181, Köppen §. 5. do not. 74 i 75, Windscheid §. 550. not. 4.

^{*)} Voyer De variis testamentorum generibus (1819). Glück Comment. T. 34. str. 149 sq., T. 35. str. 1 sq. Heimbach w Weiske'go Rechtslex. T. X. str. 735 sq. Vering Erbr. str. 175 sq. Rosshirt Testament. Erbrecht §. 75 — 90. Rivier §. 10 — 12. Danz II. §§. 165 i 180. Puchta Institut. §§. 306. 318. 320. Müller §. 182. Keller Pand. §§. 475 — 480 i 499 — 503. *Fr. Maciejowski II. §§. 200 — 204.*

^{**)} Prócz wymienionych w nocie ^{*)} Dernburg Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente. Gans II. str. 37 sq. Keller Institut. §. 276. Kuntze Curs. (2 wyd.) §§. 817 — 820. Rein str. 786 sq. Maynz III. §. 365.

¹⁾ Gai. II. 101 — 104, Ulp. XX. 2. 9, §§. 1 — 4. I. de test. ordin. 2. 10. Theophilus ad §. 1. Inst. 2. 10, Gell. XV. 27.

w obec narodu, zgromadzonego bądź in calatis comitiis, bądź in procinctu.²⁾ Calata comitia były to zwykle comitia, które

²⁾ Nie mogę podzielać przypuszczenia Kuntze'go (Curs. 2 wyd. §§. 141 i 817, Excur. 2 wyd. str. 612), że testamenta calatis comitiis et in procinctu służyły jedynie do czynienia legatów i mianowania opiekunów. Ze reguła ust. XII. tab.: Uti legassit rel. (por. §. 6. not. 5), powołana na poparcie tego przypuszczenia, miała na względzie jedynie pomienione testamenta, nie zaś testamentum per aes et libram, na to godzimy się z Kuntzem, ale żeby ta reguła nie odnosiła się do ustanowienia dziedziców, co otrzymują także Hölder (Zeit. d. Savigny-Stift. für Rechtsgesch. T. I. str. 82 sq., tudzież Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes (1881) str. 31. 47. 65 sq.) i Bechmann (Der Kauf T. I. str. 299), to uważamy za nieuzasadnione. Prawnicy z czasów klasycznej jurysprudencji twierdzą stanowczo, że pomienioną regułą nadaną była moc heredis instituendi (Pompo. L. 120. D. de V. S. 50. 16), a nie nas nie zmusza, jak to słusznie uznaje panująca opinia, do odstąpienia od tego świadectwa źródeł. Wprawdzie wiele za tem przemawia, że wyraz „pecunia“ w starożytności nie służył do oznaczenia mienia w ogóle, lecz tylko pewnej części przedmiotów majątkowych (Kuntze Excur. str. 104 sq.), ale nieuzasadnionem jest twierdzenie, że lex XII. tab., nadająca moc rozporządzania swem mieniem, miała na względzie tylko te osobnione przedmioty majątkowe, tę pecuniam. Nie dowodzi tego cytat Ulpiana (XI. 14): uti legassit super pecunia tutelave suae rei, gdyż inne cytaty przytaczają jako słowa ustawy: super familia pecuniaque (Cicer. de inve. 2. 50, Rhet. ad Heren. 1. 13), azatem wyrazy, oznaczające (Kuntze Excur. l. c.) ogół mienia. Do przyznania zaś cytatowi Ulpiana pierwszeństwa nie ma powodu (Pernice Labeo I. str. 324. not. 3) tem mniej, że Ulpianowi chodziło widocznie o przytoczenie nie całego ustępu, lecz tylko tych słów ustawy, które sankcjonowały mianowanie opiekunów w testamencie. (Cf. L. 53. pr. D. de V. S. 50. 16). W najgorszym razie wypadaloby uznać, że brzmienie ustawy co do słów przytoczonych pozostaje dla nas wątpliwem, a wtedy nadto jest niebezpiecznem na tak chwiejnej podstawie snuć wnioski, sprzeciwiające się wyraźnym świadectwom prawników klasycznych. — Niewątpliwe, bo stwierdzone zgodnie kilku cytatami, są tylko słowa ustawy: Uti legassit suae rei, ita ius esto (Gai. II. 224, Ulp. cit., L. 120. D. cit., pr. I. de leg. Fal. 2. 22). Z tych słów wysnuwają prawnicy rzymscy umocowanie do wszelkich rozporządzeń testamentowych, z czego wynika najpierw, że w tych właśnie wyrazach spoczywa cała waga i doniosłość postanowienia ustawy, a powtórę, że wyraz legassit już w samej ustawie, nie zaś dopiero w skutek rozciągłej interpretacji miał

zwano calata mianowicie wtedy, gdy były zwołane dla przedsiębrania pewnych aktów prywatnych.³⁾ Dwa razy do roku zwoływano je dla sporządzania testamentów. W tych

obszerniejsze od wyrazu legatum znaczenie, inaczej musielibyśmy przypuścić, iż prawnicy w tych czasach, gdy wyraz legatum miał już ściśle określone znaczenie, w przeciwstawieniu do hereditas, z jednej strony trzymali się stanowczo tego znaczenia, a z drugiej strony jednocześnie podsuwali wyrazowi legassit, rzekomo tego samego znaczenia, znaczenie obszerniejsze. Gdyby dalej wyraz legassit wskazywał na późniejsze legatum, natenczas nie możnaby w nim pomieścić umocowania do mianowania opiekunów, które pomieniony ustęp ustawy niezaprzeczenie usankcyonował. Jeżeli zaś Hölder (Zeit. I. c. str. 83, Beiträge str. 66) odwrotnie, żąda właśnie, że opiekuna mianuje się dla pewnych osób, wnosi, że także rozporządzenia super pecunia mogły się odnosić do poszczególnych tylko przedmiotów, to skok ten jest więcej odważny, niż przekonywający. Wyrazowi legassit musimy tedy przyznać znaczenie obszerniejsze; najprawdopodobniej znaczy on tyle, co legem dicere suae rei (dativus Arndts w Glück'a Com. T. 46. str. 9 sq.). Pojęcie legem dicere, nadać ustanowę, rozporządzić, nie ma samo w sobie granic, granica postanowienia ustawy tkwi zatem w słowach suae rei. Tylko suae rei można legem dicere, ale cokolwiek civis może nazwać res suae, tem może rozporządzić prawomocnie w sposób dowolny: quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur his verbis „uti legassit suae rei, ita ius esto.“ Gai. II. 224. W tej ogólnej sankcyi ustawy mieściła się tak samo moc ustanowienia dziedzica, jak czynienia legatów.

Regula ustawy XII. tablic nie popiera tedy, ale owszem sprzeciwia się przypuszczeniu, jakoby testamenta calatis comitiis et in procinctu służyły jedynie do rozporządzeń legatowych. Na to godzimy się z Kuntzem, że przy tych testamentach nie było mowy o sukcesyi uniwersalnej, ponieważ w tych czasach pojęcie tej sukcesyi jeszcze się nie wytworzyło, ale to nie wykluczało dziedziczenia na mocy testamentu w tem znaczeniu, jak podówczas dziedziczenie pojmowano. (Por. §. 2. str. 20 sq.). Gaius potwierdza też wprost, że testamenta w mowie będące służyły do ustanawiania dziedziców: Ac prius de hereditatibus dispiciamus (II. 99). . . . Et prius est ut de his dispiciamus quae nobis ex testamento obveniunt (II. 100). Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, . . . aut in procinctu. (II. 101).

³⁾ Walter I. §. 24, Huschke Rheinisch. Museum f. Jurispru. T. VI. str. 290, Hölder Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts (1881) str. 39 sq.

komicyach, które stały pod kierownictwem collegii pontificum, oświadczał spadkodawca swą ostatnią wolę, patrycyusz w comitiis curiatis, a plebejusz w comitiis centuriatis.⁴⁾ Co więcej przedsiębrano przy sporządzeniu testamentu, czy może nad oświadczeniem spadkodawcy głosowano, gdyby nad wnioskiem do ustawy, tak że przyjęcie tego oświadczenia nadawało testamentowi znaczenie legis specialis, o tem nie mamy żadnych wiadomości. Więcej prawdopodobnem jest jednak przypuszczenie, że zwoływanie komicyi do sporządzania testamentów miało jedynie znaczenie powołania narodu na świadectwo. Testament sporządzony w calatis comitiis nie polegał tedy, jak gdyby lex, na woli narodu, objawionej głosowaniem, lecz był wynikiem własnej woli spadkodawcy, chociaż z drugiej strony nie da się zaprzeczyć, że skoro ważność tej woli zależała od jej oświadczenia w obec narodu, zebranego w komicyach pod kierownictwem collegii pontificum, ten właśnie udział narodu, jakkolwiek spełniającego tylko funkcją świadków, dalej udział collegii pontificum, połączony zapewne z przedsiębraniem aktów sakralnych, nadawał testamentowi charakter woli powszechnej narodu.⁵⁾ — W comitiis calatis sporządzano testa-

⁴⁾ Gell. XV. 27: Eorum (sc. calatorum comitiorum) autem alia esse curiata, alia centuriata. Por. Puchta Inst. II. §. 306. str. 436, I. §. 41. do not. b, Keller Inst. str. 254, Hölder §. 77. II. B. 1, tudzież Beiträge z. Gesch. d. röm. Erbr. str. 44 sq. i 46. Inni utrzymują, że tylko comitia curiata były zwoływane jako comi. calata, i sądzą konsekwentnie, że plebejowie mogli sporządzać testamenta tylko in procinctu. Por. prócz innych Gans II. str. 52, Walter I. §. 24. not. 74, Kuntze Curs. (2 wyd.) §. 817, Vering Erbr. str. 122 sq., Rein str. 787.

⁵⁾ Na poparcie tego, co powiedziano powyżej, można się powołać na słowa Theophilusa ad §. 1. I. 2. 10: Praeco totam circumibat urbem convocans, omnisque populus concurrebat, et qui volebat, teste populo testabatur, tudzież na tę okoliczność, że Gaius (II. 101) i Ulpian (XX. 2), podając rodzaje testamentów, zaliczają do nich testamentum calatis comitiis factum na równi z testamentem per aes et libram. — Zdania autorów o tej kwestyi są podzielone. W braku źródeł opiera się wszystko na domysłach, więcej naturalnych lub nad miarę spekulatywnych. Przypuszczenie, w tekście wyrażone, że komicye w naszym przypadku spełniały funkcją świadków, podziela wielu,

menta w czasie pokoju (in pace et in otio), podczas wojny można było sporządzić testament in procinctu. Forma testamentu polegała tu na oświadczeniu ostatniej woli przed rozpoczęciem walki w obec wojska, ustawionego w szyku bojowym (procinctus est enim expeditus et armatus exercitus).⁶⁾ Według konstytucyi Serviusza Tulliusza opierała się

(por. prócz innych autorów, wymienionych u Veringa Erbr. str. 133. not. 3, szczególnie Dernburg l. c. str. 11 sq., Danz II. §. 165. a, Glück Comm. T. 34. str. 151 sq., Salkowski (3 wyd.) §. 157. I, Bruns Die sieben Zeugen des röm. Rechts (Commentationes philologicae in honorem Mommseni str. 491), Mainz III. §. 365. 1, Hölder Beiträge zur Geschichte d. röm. Erbrechts (1881) N. II. mianowicie str. 36 sq., *Gumpłowicz* Wola ostatnia w Czasopiśmie Krakow. z r. 1863 str. 365 sq., *Louis* str. 119), ale niemniej znaczny zastęp prawników jest odmiennego zdania, jużto że nad treścią testamentu odbywało się w komicjach głosowanie, przezco testament nabierał znaczenia legis specialis, (por. *Ihering* Geist. d. röm. Rechts (2 wyd.) I. str. 145 sq., *Schirmer* §. 5. do not. 5, *Köppen* str. 13, *Voyer* l. c. str. 9, *Müller* str. 715, *Kuntze* Curs. (2 wyd.) §. 817, *Esmarch* str. 38, *Fr. Maciejowski* II. str. 12, *Zielonacki* Pand. §. 370 in fin., Drei Abhandlungen aus d. röm. Rech. str. 5, i innych autorów, podanych przez Veringa Erbr. str. 132. not. 2), jużto że testament uświęcony głosowaniem w komicjach był nadto co do swego wewnętrznego znaczenia przybraniem (arrogatio) dziedzica do rodziny spadkodawcy. (Por. *Gans* II. str. 46 sq., *Vering* Erbrecht str. 121 sq., *Puchta* Inst. II. str. 436, *Böcking* Pand. §. 29. not. 8, *Rivier* §. 10. 1). — Obydwe opinie ocenił trafnie Danz (l. c.), a w ostatnich czasach Hölder (l. c.).

⁶⁾ Gai. II. 101, Gell. XV. 27, Festus De verb. signif. ad. v. Endo procinctu, in procinctu: significat autem, cum ex castris in proelium exitum est, procinctos, quasi praecinctos atque expeditos rel.,—ad. v. Procincta (Bruns Fontes. ed. tert. str. 241 i 257), Servius in Vergilium 10. 241 (Bruns eod. str. 298); . . . Viros voco, proelium ineant. Deinde exercitu in aciem educto, iterum (*morabantur, ut immolare*) tur. Interim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant. Theophilus ad §. 1. Inst. 2. 10: . . . prius testati, ita ruebant in bellum. — Przytoczone ustępy nie pozostawiają wątpliwości, że testamenta sporządzano przed rozpoczęciem walki i przed frontem wojska, nie zaś, jak *Maciejowski* sądzi (str. 12), wśród niebezpieczeństwa boju w obec czterech lub trzech świadków ustnie lub piśmiennie (!). Ustęp z Plutarcha (Coriola. c. 9),

organizacya siły zbrojnej na tych samych podstawach, co comitia centuriata, wojsko to były, rzecz można, comitia centuriata pod bronią, testament in procinctu sporządzony musiał tedy mieć taką samą moc prawną i znaczenie, jak testamentum calatis comitiis factum.⁷⁾

Do tych dwóch pierwotnych przybyła później trzecia forma testamentu, wytworzona przez juriesprudencyą praktyczną:

*Testamentum per aes et libram.*⁸⁾ Forma ta, której początki sięgają, jak się zdaje, w czasy przed nadaniem

który Maciejowski, jak się zdaje, miał na uwadze, należy inaczej tłómaczyć. Por. Mühlenthal w Glück'a Comment. T. 42. str. 22 sq.

⁷⁾ Na równi kładzie je Gaius II. 101: Testamentorum genera initio duo fuerunt . . . alterum in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri — Za mylnie uważamy przeto zdanie, że testamenta in procinctu były tylko formą posiłkową w niebezpieczeństwie, że zatem utracaly moc samo przez się, lub, jak inni twierdzą, musiały być potwierdzone w komicyach, jeśli spadkodawca powrócił żyw z wojny. (Por. z nowszych Müller §. 182. do not. 2, Esmarch str. 39, *Maciejowski* II. str. 12). Zdanie to stoi w ścisłym związku z domysłem, przez nas niepodzielanym (not. 5), że najdawniejsze testamenta opierały się na woli narodu, objawionej głosowaniem, o czym in procinctu mowy być nie mogło (Vering Erbr. str. 157 sq. posuwa się wprawdzie aż do przypuszczenia głosowania in procinctu, ale za tem nie ma nawet cienia prawdopodobieństwa. Por. Danz II. §. 165. b). Poniekąd popiera nas Gaius (II. 102), który powiada, że testament per aes et libram ten sporządzał, qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, a więc, kto sporządził testament in procinctu, ten wyszedłszy cało z walki, nie potrzebował ponownie testować per aes et libram. Z tego wynika, że testament in procinctu po ustaniu wojny pozostawał w mocy.

⁸⁾ Prócz zacytowanych w notach *) i **) por. Schrader w Hugona Civ. Magaz. T. V. str. 152 sq., Bachofen Ausgewählte Lehren des röm. Civilr. str. 245 sq.: Geschichte und letzte Gestalt des Mancipationstestamentes, Klein De testamento per aes et libram, Leist w Glück'a Comm. Ser. 37 et 38. T. I. str. 441 sq., tudzież Bon. Possessio T. I. str. 146 sq., Bechmann Der Kauf I. str. 295 sq., Hölder Das testamentum per aes et libram w Zeit. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte I (1880) str. 67 sq., a powtórnie w Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechtes (1881) N. III.

ustawy XII. tablic,⁹⁾ polegała w ogólności na zastosowaniu aktu mancipationis do rozporządzeń ostatniej woli, była więc formą prywatną, ale pojedyncze szczegóły, również jak wewnętrzne znaczenie tej formy, ulegały zmianom w biegu czasu.

Pierwotnie sporządzano testamenta per aes et libram w sposób następujący. Testator sprzedawał mancipatione swe mienie — familiam suam, id est patrimonium suum — swemu przyjacielowi (amico), wskazywał oraz, co i komu na przypadek swej śmierci pozostawia i prosił kupującego — familiae emptorem — o wykonanie tych rozporządzeń. Sprzedaż była tylko pozorna (imaginaria venditio), t. j. familiae emptor nie płacił w rzeczywistości ceny kupna.¹⁰⁾ Mancypacya odbywała się w sposób zwykły, azatem z przybraniem pięciu świadków zdolnych i trzymającego wagę — libripens. Spadkodawca mógł zresztą mancipare familiam wprost temu, komu chciał spadek pozostawić.¹¹⁾ W skutek

⁹⁾ Danz II. §. 165. str. 113 i 114, Müller str. 716, Glück Comm. T. 34. str. 228 sq, Rivier §. 10. 2. — Inni odnoszą zastosowanie mancypacji do rozporządzeń ostatniej woli do czasu po nadaniu ust. XII. tab. Por. Kuntze Excur. (2 wyd.) str. 611, Puntschart Die Entwickl. d. grundgesetzlichen Civilr. der Römer str. 79, Voyer str. 10 sq., Maciejowski II. str. 13. — W kwestyi tej nie podobna dojść do stanowczego rezultatu. Jeżeliby można stwierdzić, że testamenta calatis comitiis sporządzano tylko w comitia curiata (powyż. not. 4), natenczas wypadaloby przyjąć, że plebejowie już bardzo wczesnie posługiwali się familiae mancipatione.

¹⁰⁾ O czynnościach prawnych, zawieranych tylko na pozór, por. Ihering Geist d. röm. R. (2 wyd.) II/2 str. 511 sq., Bechmann Der Kauf I. str. 169 sq.

¹¹⁾ Jeżeli niektórzy utrzymują (por. Gans II. str. 83, Keller Instit. §. 276. III, Rein str. 789, Huschke Rhein. Muz. T. VI. str. 292), że pierwotnie mancypacya odbywała się z awsze wprost z tą właśnie osobą, którą spadkodawca chciał mieć dziedzicem, to twierdzenie to mija się z opowieścią Gaiusa (II. 102) wyraźnie mówi: „amico“ familiam suam mancipio dabat, co wyrażdnie nie wyklucza możliwości, aby tym przyjacielem był właśnie sam dziedzic, ale wyklucza bezwarunkowo przypuszczenie, że nim był zawsze tylko dziedzic. Następnie powiada Gaius, że familiae emptor heredis loco erat, nie zaś odwrotnie, że heres był familiae emptorem. Inaczej wpra-

dokonanej mancytacji nie przechodził majątek testatora natychmiast na kupującego; familiae emptor wchodził w skutek mancytacji w taki tylko stosunek do majątku mancytowanego, w jakimby się znajdował, gdyby był ustanowiony dziedzicem w testamencie calatis comitiis lub in procinctu, azatem w stosunek aż do śmierci testatora odwołałny,¹²⁾ i nie dający prawa do żądania majątku za życia testatora.¹³⁾ To było celem familiae mancipationis, który osiągnano przez odpowiedni dodatek do formuły mancytacji.¹⁴⁾ Dopiero po śmierci testatora przechodził spadek na familiae emptorem, a wówczas było jego zadaniem wykonać rozporządzenia spadkodawcy, chociaż prawnie nie był do tego obowiązany.¹⁵⁾ Skutek mancipationis familiae polegał tedy na tem, że po śmierci spadkodawcy spadek¹⁶⁾ przechodził na familiae emptorem. Pod tym względem stał familiae emptor na równi z dziedzicem, ustanowionym w testamencie publicznym, o tyle zajmował on miejsce takiego dzie-

wdzie opisuje rzecz Theophilus ad §. 1. Inst. 2. 10, ale zdaniem naszym jest Gaius pewniejszą pod tym względem rękojmią, jako o tyle wieków wcześniejszy i opisywanym stosunkom bliższy.

¹²⁾ Z tego powodu nie można testamentu per aes et libram uważać za umowę dziedziczenia. Jakkolwiek bowiem prawo familiae emptoris do dziedzictwa opierało się formalnie na akcie dwustronnym (mancipatio), to jednak zawsze akst ten miał charakter rozporządzenia odwołałnego, gdy przeciwnie istota umowy dziedziczenia na tem właśnie polega, iż dziedzic nabywa stanowcze i jednostronnie nieodwołałne prawo do dziedzictwa. Tem mniej jeszcze może być testament per aes et libram w swem późniejszym znaczeniu uważany za umowę dziedziczenia. Na to godzą się wszyscy, prócz Schradera (l. c. str. 153 sq.). Por. Huschke Rhein. Muz. T. VI. str. 294 sq., Danz II. str. 114, Rosshirt Test. Erbr. str. 411, Schirmer §. 5. not. 5

¹³⁾ Por. Hölder Zeits. l. c. str. 71 sq., Beiträge str. 52 sq., Bechmann l. c. str. 297, Danz II. §. 165. c. I

¹⁴⁾ Co do tego dodatku por. Danz II. §. 165. c. I, Huschke Rhein. Muz. T. VI. str. 293 sq. z jednej, a Bechmann l. c. str. 297 z drugiej strony.

¹⁵⁾ Mancipatio nie mogła mieć tego skutku, a inna causa nie istniała. Por. Hölder Zeits. l. c. str. 75 sq., Beiträge str. 57 sq., Danz §. 165. c. I. 5. Inaczej Bechmann Der Kauf str. 298.

¹⁶⁾ Por. §. 2. str. 21 sq.

dzica, heredis locum optinebat, — heredis loco erat.¹⁷⁾ Innych skutków, połączonych z dziedziczeniem, mancipacja nie wywierała, mianowicie nie wynikała z niej obowiązek do spłacenia długów spadkodawcy.¹⁸⁾ Że ta mancipatio familiae była nader niedostateczną i niewykończoną formą testowania, to uderza samo przez się. Nie była ona formą ustanowienia dziedzica w pełnym znaczeniu,¹⁹⁾ lecz tylko środkiem do sprowadzenia analogicznych z dziedziczeniem skutków, o ile to ze względu na naturę mancipationis dało się osiągnąć. O tyle jedynie zajmował familiae emptor locum heredis, a i to jego stanowisko było tylko dla formy, albowiem w rzeczywistości był on li powiernikiem spadkodawcy, powołanym do rozdziału spadku pomiędzy osoby, przez spad-

¹⁷⁾ Dawniejszą formę testamentu per aes et libram opisuje nam Gaius (II. 101) krótko, ale dostatecznie dla wyrobienia sobie o przebiegu aktu należytego pojęcia. Natomiast o właściwym znaczeniu tego testamentu wiemy z Gaia (II. 103) tyle tylko, że familiae emptor heredis loco erat. W braku innych źródeł różnią się też znacznie opinie autorów w tej kwestyi. (Przegląd opinii dawniejszych autorów podają Gans II. str. 77 sq. i Dernburg l. c. str. 89 sq.). Rozbierać je szczegółowo byłoby bezowocnem, wiele tu bowiem zależy więcej od intuicji, jak od ścisłych argumentów. Podnieść jednak winniśmy, że opis formy testamentu, podany przez *Maciejowskiego* (II. §. 201), jest zupełnie mylny. Dość przeczytać pobieżnie Gaia II. 102. 103, aby się o tem przekonać, że opis Maciejowskiego nie zgadza się ani z dawniejszą formą testamentu, bo wtedy nie było rozporządzeń piśmiennych, ani z późniejszą, bo przy tej familiae emptor, przybierany tylko dicitur gratia, nie był wcale powoływany do wykonania rozporządzeń testatora. (Por. nadto Theophilus ad §. 1. I. 2. 10).—Co ma znaczyć, jeżeli znowu *Louis* (str. 119) powiada, że testament per aes et libram był aktem dobrowolnej sprzedaży majątku na rzecz własnej rodziny, dodając w tem samem zdaniu, że ojciec rodziny nie potrzebował bynajmniej uwzględnić stosunków rodziny, tego dojść nie może.

¹⁸⁾ Por. Hölder Zeits. l. c. str. 73, Beiträge str. 55.— Czy na innej zasadzie pociągano przeciw familiae emptorem do spłacenia długów spadkodawcy, o tem są rozmaite zapatrywania. Por. Hölder l. c., Dernburg l. c. str. 108 sq., Danz II §. 165. c. I. 4.

¹⁹⁾ Por. Puchta Inst. II. §. 306. str. 436, Hölder Zeits. l. c. str. 69, Beiträge str. 51, Bechmann l. c. str. 297.

kodawcę wskazane,²⁰⁾ chyba że familiae emptorem był właśnie ten, kogo spadkodawca chciał mieć dziedzicem. Formą tą posługiwano się też tylko posiłkowo, w przypadku nagłej potrzeby. Regułą było, że testamenta sporządza się w komicjach lub in procinctu, i ten tylko był heres, kogo spadkodawca w ten sposób dziedzicem ustanowił, ale komu groziła śmierć (si subita morte urguebatur) w czasie, gdy nie było ani komicji, ani procinctum, ten mógł familiam mancipare amico z pomienionym poprzednio skutkiem.²¹⁾

Z tych pierwszych, niedostatecznych zawiązków wyrobiła się później na podstawie reguły ustawy XII. tablic: „Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto“, wykończona forma testowania per aes et libram, która z czasem wyrugowała zupełnie dawniejsze formy testamentu calatis comitiis et in procinctu²²⁾ i pozostała długie czasy jedyną formą testamentu według ius civile. Forma ta była według opisu prawników z cza-

²⁰⁾ Por. Esmarch §. 60. — Jeżeli owe trzecie osoby powszechnie uważają za legataryuszów, to zdaniem mojem były one nimi tylko formalnie, o ile majątek im przekazany otrzymywały dopiero pośrednio z rąk familiae emptoris. Ze stanowiska materialnego zaś rzecz biorąc, powierzał spadkodawca swe mienie amico nie na to, aby mógł poczynić legata, ale raczej w tym celu, aby za pośrednictwem familiae emptoris dziedzictwo w ogóle dostało się tym, których spadkodawca chciał mieć dziedzicami, a z powodu zbliżającej się śmierci nie mógł ustanowić w testamencie publicznym. Rozporządzeń spadkodawcy, poleconych do wykonania familiae emptori, nie przedstawiam sobie tedy jako odnoszące się do poszczególnych przedmiotów majątkowych z osobna, chociaż i to mogło zachodzić, lecz jako rozporządzenia mające właściwie i istotnie za przedmiot familiam w ogóle, przeznaczoną w całości jednemu lub kilku wspólnie. Materialnie rozchodziło się tu zatem nie o wykonanie legatów, ale o wydanie, a względnie o rozdział dziedzictwa. (Por. Puchta Inst. II. §. 306. str. 436).

²¹⁾ Gai. II. 102, Theophilus ad §. 1. I. 2. 10: Porro . . . accidebat, ut nonnulli repentino morbo correpti morerentur intestati, neque enim calatis comitiis testabantur, quia nondum tempus aderat, neque procinctu, quia bellum non erat, aliter autem aliquis inauspicatum credebat, testari sano corpore, ideo excogitatum est tertium genus, quod dicebatur per aes et libram. Por. Hölder Zeits. l. c. str. 67 i 75, Beiträge str. 49 i 57, Bechmann l. c. str. 297.

²²⁾ Gai. II. 103, Ulp. XX. 2, §. 1. I. h. t.

sów klasycznej jurysprudencji następująca. Najpierw odbywała się *mancipatio familiae* w zwykły sposób, ale z odpowiednią zmianą formuły ze względu na odmienne stanowisko *familiae emptoris*. [*Familiae emptor* wygłaszał następujące słowa: *Familia pecuniaque tua endo mandatalem custodelamque meam*,²³⁾ *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta*, — potem trącał wagę kawałkiem kruszcu i wręczał ten kruszec testatorowi niby cenę kupna.] Po dokonanej *mancypacji* oświadczał testator swą ostatnią wolę w obecności wszystkich siedmiu osób, przy *mancypacji* udział biorących, wzywając je na świadectwo w wyrazach uroczystych (*itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote*). To oświadczenie zwano *nuncupatio* (*nuncupare est enim palam nominare*).²⁴⁾ *Nuncupatio* mogła się odbywać w dwojaki sposób, albo wyłącznie ustnie, albo przy pomocy pisma, ale ostatni sposób był więcej w używaniu.²⁵⁾ W pierwszym razie oświadczał

²³⁾ Gai. II. 104. edit. Krüger et Studemund. Inni czytają ten ustęp: *Endo mandatela tua custodelaque mea* (Mommсен eod. p. XX), lub: *familiam pecuniamque tuam endo mandatela, tutela, custodelaque mea* (Huschke).

²⁴⁾ Gai. II. 104, L. 21. pr. D. qui test. fac. pos. 28. 1. (Ulpian): *Quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit, exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus. Ulp. XX. 9: . . . quae nuncupatio et testatio vocatur. Fest. ad v. Nuncupata* (Bruns Font. edi. 3. str. 249).

²⁵⁾ Chęć utrzymania rozporządzeń ostatniej woli w tajemnicy, większa łatwość stwierdzenia ich treści po śmierci testatora, a wreszcie wzgląd na przepisy edyktu pretorskiego o B. P. *secundum tabulas* (ob. pon. str. 216 sq.) wspierały zwyczaj sporządzania testamentów przy pomocy pisma i zepchnęły na drugi plan testamenta ustne. Z tego powodu Gaius (II. 103. 104) i Ulpian (XX 9), mówiąc o formach testamentu, opisują tylko testamenta piśmienne. Ale mylnem jest zdanie, z tych opisów wysnute, że ze zmianą formy testamentu *per aes et libram* pismo było istotną częścią formalności testamentowych, czyli innymi słowy, że odtąd *ius civile* znało tylko testamenta piśmienne (Löhr w Arch. f. civ. Prax. T. VI. str. 332. 336, Kuntze Cur. 2 wyd. § 819, Esmarch str. 148), że zaś testamenta ustne wprowadziła ponownie dopiero praktyka z czasów poklasycznych (Kuntze Cur. §. 820, Quaritsch str. 288). Zdaniu temu sprzeciwiają się, prócz innych wskazówek historycznych

testator ostatnią swą wolę w całości i szczegółowo ustnie, mianując dziedziców i czyniąc inne rozporządzenia.²⁶⁾ W drugim razie były rozporządzenia spadkodawcy, obejmujące mianowanie dziedziców i inne możliwe postanowienia, spisane w osobnym dokumencie (tabulae testamenti), a testator, trzymając w ręku gotowy już dokument, oświadczał owym siedmiu osobom w uroczystych wyrazach, iż jego ostatnią wolą jest wszystko to, co jest spisane in tabulis. (Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote).²⁷⁾ To ogólne odwołanie się do osnowy pisma miało takie znaczenie, jak gdyby testator poszczególne rozporządzenia, tamże zawarte, z osobna ustnie wymienił,²⁸⁾ i to właśnie ustne oświadczenie (nuncu-

(Sueton. in vita Horat. cap. ult: herede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas), szczególnie liczne ustępy w Digestach, pomiędzy nimi także z dzieł Ulpiana, w których wyraźnie i niedwuznacznie jest mowa o testamentach ustnych. L. 21. pr. §. 1, L. 25. D. qui test. fac. 28. 1, L. 1. §. 1, L. 59. (58) pr. D. de hered. inst. 28. 5, L. 20. §. 1. D. de vulg. et pup. sub. 28. 6, L. 20. D. de iure cod. 28. 7, L. 8. §. 4. D. de bon. pos. sec. tab. 37. 11, wreszcie z końca klasycznej epoki L. 2. §. 1. C. de B. P. secu. tab. 6. 11. (an. 242). Por. zresztą mianowicie Leist Bon. Posses. I. str. 148 sq., tudzież w Glück'a Comm. Ser. 37 et 38 T. I. str. 444 sq., Vering Erbr. str. 189 sq., i poniżej not. 30.

²⁶⁾ L. 21. pr. D. qui test. fac. pos. 28. 1: Heredes palam ita, ut exaudiri possunt, nuncupandi sint.— Że nowa forma testowania per aes et libram, opisana przez prawników klasycznych, nie wysnuła się od razu z pierwotnej, to jest bardzo prawdopodobnem, ale jakie w swym rozwoju przybierała kształty i znaczenie, o tem możemy czynić tylko przypuszczenia. Z tego powodu nie wchodzimy tu w rozbiór zdania Höldera (Zeits. l. c. str. 77 sq., Beiträge str. 59 sq.), że w stadium pośredniem między pierwotną a ostatecznie wykończoną formą testamentu per aes et libram nuncupatio służyła tylko do czynienia legatów. O ile zdanie to opiera się na interpretacyi ustawy XII. tablic, odwołujemy się do naszych uwag w nocie 2.

²⁷⁾ Gai. II. 104, Ulp. XX. 9.

²⁸⁾ Gai. II. 104: . . . nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

patio) osnowy dokumentu ²⁹⁾ generali sermone nada-
wało poszczególnym rozporządzeniom moc prawną („ita ius
esto“), według przytoczonej poprzednio reguły ustawy XII.
tablic. W obydwóch tedy przypadkach oświadczenie ostat-
niej woli było istotnie ustnem, tylko że w drugim przy-
padku szczegółowa osnowa nuncupationis była zawarta
w piśmie.³⁰⁾ W tem tylko znaczeniu można testament, spo-

²⁹⁾ Ulp. XX. 9: . . . „nuncupatur“ testamentum in
hunc modum: tabulas testamenti testator tenens ita dicit: Haec
ita ut in his tabulis rel.

³⁰⁾ Według reguły ustawy XII. tablic miały tylko ustne
oświadczenia (uti lingua nuncupassit), uczynione przy mancypacji,
moc prawną (ita ius esto), azatem także oświadczenie ostatniej
woli musiało być ustnem, jeśli mancypacja miała mu nadać moc
prawną. Jeżeli tedy w dalszym rozwoju form testamentowych
dopuszczono, by testator rozporządzenia swe spisał w osobnym
dokumencie, jużto w celu utrzymania takowych w tajemnicy,
jużto w celu ułatwienia testowania, szczególnie przy obszernych
rozporządzeniach, to jednak pismo to nie miało znaczenia jako
pismo, nie było piśmiennem oświadczeniem woli, lecz nabierało
mocy prawnej dopiero przezto, iż testator rozporządzenia pi-
śmienne ustnie wymienił, chociaż tylko generali sermone, przezco
osnowa pisma stawała się częścią składową ustnego oświadcze-
nia — nuncupationis. (L. 9. §. 5. D. de hered. inst. 28. 5: . . .
nec nuncupatum videri quod contra voluntatem scriptum
est). Nuncupatio przy testamentach piśmiennych nie była tedy
prostem oświadczeniem, że tabulae zawierają rozporządzenie
ostatniej woli, lecz owszem ustnem oświadczeniem tej ostatniej
woli. Nuncupatur testamentum in hunc modum. Ulp.
XX. 9. (Por. not. 28 i 29). — Słusznie tedy zauważył Dern-
burg l. c. str. 130 sq., (choć nieztrafne są jego argumenta i
niektóre ztąd wyprowadzone wnioski), że testament per aes et
libram, sporządzony przy pomocy pisma, był istotnie testamen-
tum per nuncupationem. Por. także Rein str. 791, Rosshirt
Testa. Erbr. §. 9, Kohler w Zeitschrift für das Privat- und
öff. Recht T. VII. str. 715 sq., wreszcie Leist l. c. T. IV. str
192 sq., który zmienił dawniejsze swe przeciwne zapatrywanie
(Bon. posses. I. str. 152 sq.). Innego zdania jest Vering Erbr.
str. 190. not. 6, ale sam zbija się na str. 195.

Powyższe uwagi służą także na poparcie kwestyi, w nocie
25 omówionej. Jeżeli piśmienne rozporządzenia miały tylko dla-
tego moc prawną, że je testator ustnie generali sermone wymie-
nił, to trudno przypuścić, iżby szczegółowe ustne oświadczenie
ostatniej woli nie miało mieć mocy prawnej.

rzędzony przy pomocy pisma, nazwać testamentem piśmiennym, w przeciwstawieniu do testamentu (czysto) ustnego. Przy testamencie piśmiennym świadkowie nie potrzebowali znać jego treści.

Akt sporządzenia testamentu per aes et libram, w formie wykończonej, składał się tedy z dwóch części: *mancipatio familiae* i *nuncupatio*.³¹⁾ *Nuncupatio* zawierała w sobie wszystko to, co należy do istoty testamentu, zawierała bowiem ustanowienie dziedzica. Wewnętrzne znaczenie formalności testamentowych zmieniło się więc zupełnie. Dawniej cała waga spoczywała w *mancypacji familiae*, ona zastępowała ustanowienie dziedzica, o ile wywierała analogiczne z dziedziczeniem skutki, obecnie testator mianował osobno wprost i bezpośrednio jednego lub kilku dziedziców *nuncupatione*. Obok tych dziedziców dawniejsze stanowisko *familiae emptoris* było niemożliwe i zbędne. To też *familiae emptor* nie był więcej uważany za dziedzica, a jakkolwiek przy *mancypacji* odgrywał jeszcze osobną rolę, to już przy *nuncupatio* zeszedł on zupełnie, tak samo jak *libripens*, do rzędu świadków testamentowych.³²⁾ *Mancipatio familiae* odbywała się tedy tylko dla formy (*dicis gratia*),³³⁾ ale była zawsze niezbędną według *ius civile*, ponieważ na niej opierała się moc *nuncupationis*, według przytoczonej reguły ustawy XII. tablic. Nie sama *mancipatio*, ani też sama *nuncupatio*, lecz obydwie części aktu razem czyniły rozporządzenie testamentem:³⁴⁾ *nuncupatio* zawierała ostatnią wolę, a *manci-*

³¹⁾ Ulp. XX. 9: *In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti.*

³²⁾ Gai. II. 107: *De libripende eadem quae et de testibus dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est.* — Gaius (II. 119), Ulpianus (XXIII. 6), Iulianus (L. 7. D. de B. P. secu. tab. 37. 11) nazywają wszystkich siedmiu, przy sporządzeniu testamentu obecnych, *septem testes*. Por. także Cicer. *Ad Herenn.* I. §. 23, *De inven.* II. §. 149. — Hölder *Zeitsch.* str. 85, *Beiträge* str. 69.

³³⁾ Gai. II. 103. Por. *Bechmann* l. c. str. 177 sq.

³⁴⁾ Gai. II. 119: *... si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.*

patio nadawała tej objawionej woli siłę prawną.³⁵⁾ Z tego powodu nuncupatio musiała następować bezpośrednio i natychmiast po mancytacji; akt sporządzenia testamentu winien był tworzyć czynność jednolitą (*unitas actus* — *uno contextu actus*), t. z. nie mógł być przerwany inną obcą czynnością i miał być dokonany w całości w obec tych samych osób.³⁶⁾

Względem świadków stanowiło prawo, iż świadkowie winni być wyraźnie wezwani do wzięcia udziału w sporządzeniu testamentu w przymocie świadków (*testes rogati*),³⁷⁾ winni brać w tem udział dobrowolnie (*testes voluntarii*),³⁸⁾ i mieć zdolność na świadków testamentowych (*testes idonei*).³⁹⁾

Tabulae przy testamentach piśmiennych podlegały w szczególności następującym regułom. Tabulae mogły być spisane, albo własnoręcznie przez testatora, albo przez kogoś trzeciego,⁴⁰⁾ ale spisywanie dokumentu nie było częścią

³⁵⁾ Por. Danz II. §. 165. c. II, Maynz III. str. 236, Kuntze Excur. (2 wyd.) str. 142. — Reguła ust. XII. tab.: *Uti legassit rel.* wypowiedziała jedynie zasadę, że *civis* może rozporządzić swem mieniem na wypadek śmierci, a formę oświadczenia ostatniej woli wysnuła dopiero praktyczna *iurisprudencia* z drugiej reguły ust. XII. tab.: *Cum nexum faciet rel.*

³⁶⁾ L. 21. §. 3. D. qui test. fac. pos. 28. 1. (Ulpian): *Uno contextu actus testari oportet, est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiat. L. 20 §. 8. D. eod.* (Ulpian): *Et veteres putaverunt eos, qui propter sollemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur.*

³⁷⁾ L. 21. §. 2. D. qui test. fac. pos. 28. 1: . . . *alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet, quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorantur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.*

³⁸⁾ L. 20. §. 10. D. qui test. fac. pos. 28. 1.

³⁹⁾ Ob. §. 13.

⁴⁰⁾ Por. L. 27, L. 28. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 9. §§. 3. 6. D. de hered. inst. 28. 5, L. 102. §. 1. de leg. III. i inne. Zwykle posługiwano się osobami, upoważnionymi do spisywania dokumentów (*tabularii*) Ob. Keller Insti. str. 257.

składową aktu testowania, owszem dokument miał już być gotowy przed rozpoczęciem tego aktu.⁴¹⁾ Zwykle umieszczano w testamentie datę (miejsce i dzień), ale to nie było koniecznem do ważności testamentu.⁴²⁾ Podobnie nie wymagano ani podpisu (subscriptio) testatora, ani podpisu świadków.⁴³⁾ Natomiast było zwyczajem, iż w celu zamknięcia testamentu i stwierdzenia w swoim czasie jego tożsamości, wszystkie osoby, przed któremi odbywała się nuncupatio, azatem pięciu świadków, familiae emptor i libripens, opieczętowały dokument testamentowy (signatio, obsignatio),⁴⁴⁾ przypisując do pieczęci swe nazwiska z dodatkiem: cuius testamentum signaverint (adnotatio, adscriptio, superscriptio).⁴⁵⁾ Przypisywanie nazwiska do pieczęci nie miało znaczenia podpisu, lecz miało ułatwić odszukanie świadków, którzy po śmierci testatora przed otwarciem te-

⁴¹⁾ Gai. II. 104: ... postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui rel.

⁴²⁾ Modestinus: Cum in testamento dies et consules adiecti non sunt, non nocet, quominus valeat testamentum. (Krüger Coll. lib. iuris anteius. II. str. 161).

⁴³⁾ Przeciwno odmiennej opinii, którą podziela także Vering Erbr. str. 198, *Zielonacki* II. §. 370. przy końcu, por. zamiast innych Bruns Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden. Abhandlungen der könig. Akademie der Wissenschaft. in Berlin 1876. Philolog. u. Hist. str. 88 sq.—Ob. poniż. do not. 93. 94 i 96.

⁴⁴⁾ Testamenta pisano zwykle, podobnie jak inne dokumenta, na tabliczkach drewnianych, obciążniętych woskiem. Tabliczki związywano sznurkiem (linum), którego końce przypieczętowywano. Można było jednak położyć pieczęcie także na płóciennej opasce (linteum), którą testament obwijano. L. 22. §. 7. D. qui test. fac. pos. 28. 1. — Testament można było zresztą spisać na jakim bądź materiale, na papierze, skórze bydłowej itp. L. 1. pr. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

⁴⁵⁾ L. 22. §. 4, L. 30. D. qui test. fac. pos. 28. 1. — Aby pomienione osoby mogły przekonać się z samego testamentu, nie czytając jego osnowy, iż jest w samej rzeczy testamentem testatora, postanowił Neron: ut in testamentis primae duae cerae, testatorum modo nomine inscripto, vacuae signaturis ostenderentur. (Sueton. Nero. 17). Co do interpretacyi tego postanowienia, rozmaicie pojmovanego, por. Bruns l. c. str. 91 sq.

stamentu rekognoskowali swe pieczęcią.⁴⁶⁾ Zwyczaj ten stał się prawem obowiązującym; signatio et adnotatio były przepisane iure civili.⁴⁷⁾ Lecz jedno i drugie nie było częścią formalności testamentowych,⁴⁸⁾ temi były tylko man-

⁴⁶⁾ Paul. R. S. IV. 6. §. 1, L. 4—7. D. test. quemadm. aper. 29. 3. — Por. Vangerow §. 445. 2. b, tudzież Bruns Fontes str. 208 sq. (Gesta de aperiundo testamento).

⁴⁷⁾ Ze względu na §. 2. I. de test. ordin. 2. 10. utrzymuje wielu, że signationem testamenti przepisało dopiero prawo pretorskie, ale przeciwko temu przemawia Cicer. in Verrem II. 1. §. 117: . . . tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet, dalej L. 30. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 1. C. de test. 6. 23. (Hadryan), Paul. R. S. IV. 6. §. 1, wreszcie nazwy signatores, obsignatores, oznaczające świadków L. 3. §. 9. D. de tab. exhib. 43. 5, Cice. pro Cluent. 13. 14. — Por. Puntchart Grundgesetz. Civilr. d. Römer str. 373 sq., Bachofen l. c. str. 256 sq., Keller Inst. str. 256, Vering Erbr. str. 198 sq., Mayer §. 48. not. 4, Bruns Die sieben Zeugen des römischen Rechts str. 493 sq., i poniżej not. 49. — Vering (l. c. Cf. str. 211, tudzież Geschichte und Pandekten 4 wyd. str. 676) podziela jednak mylnie zdanie, że owe signa umieszczano wewnątrz testamentu. Por. Bruns Die Unterschriften str. 92.

Niemniej jest spornem, czy ius civile wymagało pieczęci tylko pięciu świadków, lub także familiae emptoris et libripendis. Leist (Bon. pos. II. 2. str. 87 sq.) mianowicie podziela pierwsze zdanie, dodając jednak, że według zwyczaju przykładali pieczęć także familiae emptor i libripens. Zdanie przeciwne uważamy za więcej uzasadnione; popierają je przepisy edyktu pretorskiego o B. P. secu. tabulas (ob. poniżej str. 216 sq.). Według przytoczonego powyżej ustępu z Cicerona, trzymał się pretor co do ilości pieczęci przepisów iuris civilis, jeżeli tedy później pretor wymagał wyraźnie siedmiu pieczęci, to liczba ta musiała być wziętą z ius civile, inaczej musielibyśmy przypuścić, co jest nieprawdopodobnem, że pretor, którego przepisy dążyły do uproszczenia form testamentowych, w tym właśnie względzie formy te pomnożył, wymagając nie tylko pieczęci pięciu świadków, jak ius civile, ale jeszcze dwóch pieczęci więcej, których przydawanie miało być według Leista tylko zwyczajem. Por. także Bruns Die sieben Zeugen d. röm. R. str. 493 sq.

⁴⁸⁾ Miało jednak swe skutki. Por. L. 6. pr. D. de lege Cornel. de fal. 48. 10. — Testamentum non signatum zowie ta lex imperfectum, wyraz ten ma jednak rozmaite znaczenie. Por. n. p. not. 78 i str. 226.

cipatio et nuncupatio,⁴⁹⁾ ani też czems przy testamentach wyłącznem, ponieważ signatio et adnotatio były wymagane także przy innych dokumentach.⁵⁰⁾

Z pod ogólnych przepisów o formalnościach testamentowych wyjęły konstytucye już pierwszych cesarzy testamenta wojskowych:

*Testamentum militare (militis).*⁵¹⁾ Na mocy postanowień Tytusa i następných Imperatorów, które ostatecznie utrwalił Trajan,⁵²⁾ dozwołonem było wojskowym (militibus)⁵³⁾ jako takim, ze względu na ich stan, sporządzać testamenta bez wszelkich formalności. Nie wymagano od nich ani przepisanej iure communi ilości świadków, ani mancytacji, ani nuncypacyi.⁵⁴⁾ Ostatnią swą wolę mógł

⁴⁹⁾ Por. Vering Erbr. str. 205, Beckhaus str. 83. — Innego zdania jest Keller Inst. str. 256, atoli ani Gaius (II. 104. 109. 115. 119. 121. 149), ani Ulpian (XX. 9) nie czynią żadnej wzmianki o signatio, opisując formalności testamentowe, owszem Ulpian, zestawiając w krótkości formy testamentu per aes et libram i to widocznie wyczerpująco, powiada wyraźnie: In testamento duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio. To samo wynika także z §. 2. I. de test. ordi. 2. 10. (pow. not. 47). W tytule tym jest mowa o formach testamentu, słowa (§. 2): iure civili signa testium non erant necessaria mogą tedy tylko znaczyć, że ius civile nie wymagało pieczęci jako formy testamentu.

⁵⁰⁾ Por. Bruns Die Unterschriften str. 41 sq.

⁵¹⁾ Gai. II. 109. 114, Ulp. XXIII. 10, Tit. Inst. de militari testamento 2. 11, Tit. Dig. de testamento militis 29. 1, Tit. Cod. de testamento militis 6. 21. — Kuntze Coursus (2 wyd.) §§. 932. 933 i 936, Mühlenbruch w Glück'a Comm. T. 42. str. 19 sq.—Testam. militare nie stoi w żadnym związku z test. in procinctu, a przeto nie można obydwóch kłaść na równi, jak to czyni Maciejowski II. §. 203. Por. Mühlenbruch w Glück'a Comm. T. 42. str. 25, i powyż not. 7.

⁵²⁾ L. 1. pr. D. h. t. Por. Fitting Castrense pecul. str. 10 sq. Już Juliusz Cesar uwolnił wojskowych od zachowania formalności testamentowych, ale postanowienie to było tylko czasowe. (L. 1. pr. D. cit.).

⁵³⁾ Por. L. 42. D. h. t.: Ex eo tempore quis iure militari incipit posse testari, ex quo in numeros relutus est rel., §. 3 I. h. t. . . . quatenus militant, L. 20. pr. D. h. t., L. 92. D. ad leg. Fal. 35. 2. Cf. L. un. §. 2. D. de B. P. ex test. mil. 37. 13, L. 16. C. h. t. Mühlenbruch l. c. str. 42 sq.

⁵⁴⁾ Gai. II. 109, pr. I. h. t.

miles⁵⁵⁾ oświadczyć w jakibądź sposób (*quomodo velit et quomodo possit*).⁵⁶⁾ To tylko musiało być pewnem, że miles, czyniąc oświadczenie, miał w samej rzeczy szczerą wolę sporządzenia testamentu.⁵⁷⁾ Testament, w ten uprzywilejowany sposób (*iure militari*) sporządzony, pozostawał w mocy i po uwolnieniu testatora z wojska — „*post missionem*“ — jeszcze przez rok jeden, jeżeli testator należał do rzędu tych, którzy po upływie czasu służby otrzymywali osobne uwolnienie z wojska (*qui mitti solent*), t. j. do żołnierzy szeregowych (*militēs caligati usque ad centurionem*). Testamenta wojskowych wyższych stopni (dowódców armii, legionów i tychże oddziałów, — *praefecti, tribuni etc.*), których czasowa służba wojskowa, będąca szczeblem do innych godności, kończyła się z zamianowaniem następcy w dowództwie, traciły swą moc natychmiast z ustaniem służby wojskowej testatora.⁵⁸⁾ Toż samo tracił testament swą moc na-

⁵⁵⁾ Tak *pater familias*, jak *filius familias miles* ze względu na *peculium castrense*. L. 37. §. 1e. C. de inoff. testa. 3. 28, Paul. R. S. III. 4A. §. 3. Por. *Fitting Castren. Pecul.* str. 204 sq., *Mühlenbruch l. c.* str. 41 sq.

⁵⁶⁾ *Gai.* II. 114, *Ulp.* XX. 10, L. 1. pr. D. h. t.: . . . *faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad honorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris*. L. 3, L. 34. §. 2, L. 35, L. 36. pr., L. 40. pr. D. eod., L. 3. pr., L. 15. C. h. t., pr. I. h. t. — Tak n. p. wystarczało do sporządzenia testamentu, si miles *quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverit, aut in pulvere inscripserit gladio* (L. 15. §. 1. C. h. t.). — Miles mógł sporządzić testament także w formie umowy. L. 19. C. de pact. 2. 3. Por. §. 6. not. 12. — Testament, sporządzony przed wstąpieniem do wojska, podlegał prawidłom *iuris militaris* „*quasi ex nova militis voluntate*“, jeśli testator później jako miles potwierdził go w jakibądź sposób. Postanowienie to było doniosłem szczególnie w przypadku, si *quis ante militiam non iure fecit testamentum*. §. 4. I. h. t., L. 9. §. 1, L. 15. §. 2, L. 20. §. 1, L. 25. D. h. t.

⁵⁷⁾ §. 1. I. h. t., L. 24, L. 40. pr. D. h. t. — Por. §. 18. do not. 15 sq.

⁵⁸⁾ L. 21, L. 26, L. 38 pr. D. h. t., L. 5. C. h. t., §. 3. I. h. t., *Ulp.* XXIII. 10. — Powszechna opinia stosuje wprawdzie przywilej, nadający moc testamentowi jeszcze przez rok jeden po ustaniu służby wojskowej, do wszystkich wojskowych bez wyjątku, lecz o różnicy, w tekście podanej, poucza nas wyraźnie

tychmiast w razie wydalenia testatora z wojska *ignominiae causa*.⁵⁹⁾

Do wojskowych należeli także i mieli ten sam przywilej kapitanowie, majtkowie i załoga na okrętach wojennych.⁶⁰⁾

Przywilej wojskowych zastosowano także do osób, które nie należały do stanu wojskowego, ale ze względu na swe powołanie⁶¹⁾ dzieliły przygody wojenne. Osoby te

Africanus w L. 21. D. h. t. (Por. Donellus Comm. d. iure civi. lib. VI. cap. 28. §. 37). Wprawdzie powiada Africanus, że ta różnica opierała się na wyrazach odnośnych konstytucyi — „quantum ad verba“ (sc. post missionem = qui mitti solent), ale ztąd nie wynika jeszcze koniecznie, jakoby Africanus chciał dać przez to do poznania, że ex sententia tych konstytucyi było inaczej, (jak sądzą szczególnie Cuiacius Ad Africa. IV. ad h. l. (Op. omnia. Ed. Neapoli. T. I. p. 1316), Mühlenbruch w Glück'a Comm. T. 42. str. 122, Heimbach l. c. str. 814). Przeciwno temu wnioskowi przemawia owszem nietylko ta okoliczność, że stanowisko żołnierzy, qui mitti solent, a dowódców, qui successores accipiunt, w organizacyi wojskowej było z gruntu odmienne, (ob. o tem Marquardt i Mommsen Handbuch der römischen Alterthümer T. V, szczególnie str. 352 sq., 441 sq. i 521 sq.), ale nadewszystko przepis Basylików, w których (lib. 35. tit. 21. cap. 17) w mowie będąca lex 21 oddana jest w następujących apodyktycznych wyrazach: Quod constitutum est, ut militare testamentum post missionem intra annum valeat, de his dictum est, qui stipendiis decursis mitti solent, non de his, qui successores accipiunt, veluti de magistris militum, tribunis et similibus. Przepis ten (ob. także Scholi. ad. h. l.) dowodzi niewątpliwie, że w państwie rzymskiem pod względem przywileju, w mowie będącego, trzymano się właśnie słownego brzmienia odnośnych konstytucyi. — Moc testamentu zależała jedynie od śmierci testatora przed upływem roku post missionem, chociażby dziedzic był ustanowiony pod warunkiem, i ten ziścił się dopiero po upływie roku. §. 3. I. h. t., L. 38. pr. D. h. t. — Jeśli testator przed upływem roku post missionem wstąpił napowrót do wojska, natenczas testament, sporządzony podczas poprzedniej służby wojskowej, pozostawał w mocy i po upływie roku bez osobnego w tej myśli oświadczenia testatora, quasi coniuncto munere militiae. L. 38. §. 1. D. h. t.

⁵⁹⁾ L. 26. D. h. t. Cf. L. 13. §. 3. D. de re milita. 49. 16.

⁶⁰⁾ L. un. §. 1. D. de B. P. ex test. mili. 37. 13.

⁶¹⁾ Por. Arndts §. 487. Uwa. 1, Vering Erbr. str. 230. do not. 2, Hartitzsch §. 401. — Za daleko idą Mühlenbruch w Glück'a Comm. T. 42. str. 52 sq., Sintenis

mogły sporządzić testament bez wszelkich formalności, ale tylko podczas walki i pod warunkiem, jeśli w tej walce utraciły życie.⁶²⁾

**b) Według prawa pretorskiego (ius honorarium). —
Bonorum possessio secundum tabulas.⁶³⁾**

Obok testamentu per aes et libram powstała w biegu czasu, na podstawie przepisów prawa pretorskiego, osobna forma testowania, więcej uproszczona. Pretor udzielał bon. possessionem secundum tabulas temu, kto był ustanowiony dziedzicem w testamencie piśmiennym, opatrzonym siedmiu pieczęciami świadków⁶⁴⁾ Według pierwotnej osnowy edyktu winien był prosić o udzielenie bonorum possessionis przed-

§. 170. not. 7, i inni, stosując rzeczony przywilej do każdego, kto tylko znalazł się wśród walki, chociażby nawet przypadkowo, a nie z powodu swego powołania. Zdaniu temu sprzeciwiają się przykłady, przytoczone w odnośnych (not. 62) ustępach źródeł (praeses provinciae, legatus).

⁶²⁾ L. 44. D. h. t., L. un. pr. D. de B. P. ex test. mili. 37. 13. — Co do znaczenia użytych w tych ustępach wyrazów: in hostico, in hosticolo (= podczas walki), por. Mühlenthal l. c. str. 48 sq.

⁶³⁾ Cicer. in Verr. II. 1. §. 117, Gai. II. 119—122, 147—149, Ulp. XXVIII. 5. 6, §. 2. I. de test. ordi. 2 10, Tit. Dig. de B. P. secun. tab. 37. 11, Tit. Cod. de B. P. secun. tab. 6. 11. — Z literatury por. prócz autorów, wymienionych pod *) i **), szczególnie: Leist w Glück'a Comm. Ser. 37 et 38. T. I. str. 432 sq., T. II. str. 81 sq., T. IV. str. 140 sq., Flach La Bonorum Possessio sous les empereurs romains str. 37 sq.

⁶⁴⁾ Postanowienie edyktu brzmiało wprawdzie pierwotnie (Cicer. in Verre. II. 1. §. 117. Por. powyż. §. 9. not. 3): obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet, ale o tem była już mowa (not. 47), że według ius civile było potrzeba właśnie siedmiu pieczęci. Później wymagał pretor wyraźnie siedmiu pieczęci. Por. Gai. II. 119. 147, Ulp. XXIII. 6, XXVIII 6, L. 7. D. h. t., L. 3. D. si tab. test. nul. ext. 38. 6, L. 2. pr. C. h. t. Rozumie się, że większa ilość pieczęci nie szkodziła, superflua enim facta prodesse iuri tantum, nocere non possunt. (Paul. R. S. III. 4A. §. 10, L. 7. D. h. t.).—Septem signis testium signatum tłumaczy *Maciejowski* (II. str. 14): opatrzony podpisami (?!) siedmiu świadków.

łożyć tabulae obsignatae pretorowi,⁶⁵⁾ później wystarczała sama pewność, że taki testament w chwili śmierci spadkodawcy istniał (tabulas extitisse mortis tempore).⁶⁶⁾ Postanowienie to edyktu o formach testamentu było pierwotnie wydane jedynie w myśli umocnienia przepisów iuris civilis (confirmandi gratia); przez tabulae testamenti obsignatae rozumiał pretor testament piśmienny, sporządzony z zachowaniem form iuris civilis. Przepisane signa były dla niego zewnętrzną oznaką dopełnienia tych formalności.⁶⁷⁾ Na podstawie przedłożonego testamentu z siedmiu pieczęciami udzielał zatem pretor de plano bon. pos. secundum tabulas⁶⁸⁾ w tem przypuszczeniu, że przy sporządzeniu tego testamentu formalności iuris civilis (mancipatio et nuncupatio) należycie były dopełnione, że testamentum est iure factum. Jeżeli w następstwie okazało się, że rzecz ma się przeciwnie, udzielona de plano B. P. była w zupełności nieważna — non ex edicto data.⁶⁹⁾ Później, prawdopodobnie już w czasach Augusta,⁷⁰⁾ zajęli pretorowie pod względem formy testamentu (iur. civ. emendandi gratia) stanowisko samoistne, niezależne od postanowień iuris civilis. Czyniąc w edyktie udzielenie bonorum possessionis secundum tabulas zależnem od istnienia testamentu piśmiennego, opatrzonego septem signis testium, rozumieli przez to, że według prawa pretorskiego te właśnie, a nie inne formalności są wymagane, że te formalności wystarczają do uzyskania bonorum

⁶⁵⁾ Por. §. 9. not. 3.

⁶⁶⁾ L. 1. §§. 2—7. D. h. t., L. un. D. si tab. test. exta. 37. 2, L. 3. D. si tab. test. nul. ext. 38. 6. Cf. L. 1. §. 10. D. h. t. (pon. §. 32. not. 31). Por. o tem Leist l. c. T. IV. str. 241 sq., a co do czasu tej zmiany poniż. do not. 70.

⁶⁷⁾ W tej kwestyi dzielimy zdanie Leista l. c. T. I. str. 446 sq., por. także Rein str. 790. — Przeciwnego zdania, że pretor od początku, iuris civilis supplendi gratia, formy iuris civilis uważał za zbyteczne, są szczególnie Puntschart Grundge. Civile. d. Römer str. 367 sq. i *Maciejowski* II. str. 14. — Ob. §. 9. not. 17.

⁶⁸⁾ Ulp. XXVIII. 5: . . . scilicet si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere nolint. L. 2. pr. D. h. t.

⁶⁹⁾ Por. §. 9. str. 118 sq. i do not. 54 sq.

⁷⁰⁾ Por. Leist l. c. T. I. str. 467. not. 90.

possessionis. Bon. pos., udzielona na podstawie takiego testamentu, była odtąd *ex edicto data* i wtedy, gdy testament dla braku *mancipationis et nuncupationis iure civili* był nieważny (*non iure factum*).⁷¹⁾

Reforma ta pretorska nie była li zewnętrznem uproszczeniem aktu testowania, przez uznanie *mancipationis et nuncupationis* za zbyteczne, sięgała owszem głębiej, nadała *tabulis testamenti* odmienne od *ius civile* znaczenie. Według *ius civile* nie miały *tabulae testamenti* mocy prawnej jako takie, lecz jako część składowa *nuncupationis*. Testamentem była *nuncupatio*, oparta na *mancypacji*, w niej oświadczał testator swą ostatnią wolę, a treść pisma służyła jedynie za środek do wykazania osnowy tego oświadczenia.⁷²⁾ Przeciwnie według prawa pretorskiego cała waga testowania spoczywała w piśmie. *Tabulae signatae* były dla pretora wcieleniem ostatniej woli spadkodawcy, piśmiennem jej oświadczeniem.⁷³⁾

Jakkolwiek przepisy edyktu odbiegły znacznie od postanowień *iuris civilis*, to mimo to nie stworzyły one osobnej, samoistnej formy testamentu, obok testamentu *per aes et libram*.⁷⁴⁾ Prawomocny testament wyklucza dziedziczenie *ab intestato*, tej mocy nie miał testament, sporządzony

⁷¹⁾ Ulp. XXVIII. 6: *Etiam si iure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur.* Gai. II. 119. Por. Leist l. c. T. I. str. 465 sq.—Prawie zbyteczne jest dodawać, że pretor udzielał *bon. pos. secun. tab.* toż tamo z testamentu, *septem signis signato*, przy którego sporządzeniu zachowano formalności *iuris civilis*.

⁷²⁾ Por. not. 30.

⁷³⁾ Różnica ta uwydatnia się szczególnie w przepisach o unieważnieniu testamentu. Por. Leist l. c. T. IV. str. 191 sq., i poniżej §. 32. licz. 2. a).

⁷⁴⁾ Przeciwną, dawniej rozpowszechnioną opinią, jakoby już w czasach Rzeczypospolitej były dwie samoistne formy testamentu, według *ius civ.* i według prawa pretorskiego, zarzucono powszechnie od czasu, gdy znaleziono Instytucje Gaia, który nam podał dokładniejsze o tem wiadomości. Por. Dernburg l. c. str. 213 sq., Fabricius *Bon. posse.* str. 121 sq., Puntschart l. c. str. 370 sq.

z zachowaniem jedynie form edyktałnych. Odnosne przepisy edyktu nie były wydane iur. civ. corrigendi gratia, lecz miały jedynie na celu określenie formalnych warunków bonorum possessionis secundum tabulas. To też uzyskana bon. pos. secun. tab. wykluczała wprawdzie bonorum possessionem ab intestato, ale jeśli testament nie miał form iuris civilis (mancipatio et nuncupatio), była bez skutku (sine re)⁷⁵⁾ w obec heredes ab intestato, którzy praw swych hereditatis petitione dochodzili.⁷⁶⁾ Toż samo mógł dziedzic, ustanowiony w testamencie wcześniejszym, sporządzonym według form iuris civilis, avocare hereditatem (bon. pos. sine re). W ostatnim przypadku zachodził wyjątek tylko wtedy, gdy bon. possessor secu. tab. był oraz najbliższym dziedzicem ab intestato, ten bowiem już z mocy prawa pretorskiego⁷⁷⁾ mógł się skutecznie zasłonić exceptione doli przeciwko hereditatis petycyi dziedzica z testamentu wcześniejszego (bon. pos. cum re).⁷⁸⁾ Doniosłej reformy dokonał dopiero reskrypt Marka Aureliusza, który postanowił, iż bonorum possessor z testamentu non iure facto⁷⁹⁾ może się

⁷⁵⁾ Por. §. 9. str. 123 sq. i do not 54 sq.

⁷⁶⁾ Gai. II. 119. 148. 149. Por. jednak §. 9. not. 10.

⁷⁷⁾ Nie zaś dopiero na mocy konstytucyi cesarskich. Por. Leist l. c. T. IV. str. 237 sq.

⁷⁸⁾ Gai. II. 149, L. 2. D. de iniu. rup. 28. 3. Że Ulpian w L. 2. cit. przez testamentum posterius imperfectum rozumiał testament, sporządzony jedynie według form edyktu, to nie może ulegać wątpliwości. Por. Vangerow §. 398. str. 15. i §. 460. str. 204, Fabricius Bonorum possessio str. 127 sq., Leist l. c. T. IV. str. 191 i 237 sq., Krüger kritische Versuche str. 20. Inaczej Maynz §. 394. not. 16. w związku z opinią swą co do kwestyi, o której mowa poniżej w noc. 80. W prawie Justyniańskim zmieniło się jednak znaczenie tego fragmentu. Por. §. 32 not. 14. — W przypadku, gdy testator po sporządzeniu testamentu według form edyktu, sporządził później drugi testament z zachowaniem formalności iuris civilis (testamentum posterius iure factum), była bon. pos., uzyskana z pierwszego testamentu, wprost non ex edicto data, ponieważ te tabulae nie były supremae (L. 1. §. 1. D. de bon. pos. secu. tab. 37. 11. Por. §. 10. not. 2), i to właśnie, a nie kolidują między prawem heredis, a prawem dziedzica pretorskiego było powodem, iż spadek należał do dziedzica ex posteriore testamento. Gai. II. 149. Por. zresztą Leist l. c. T. IV. str. 270. 271.

⁷⁹⁾ Por. Fabricius l. c. str. 115 sq.

zasłonić *exceptioe doli* przeciwko skardze *heredis ab intestato*⁸⁰⁾ i w ten sposób utrzymać się przy spadku (*bon. pos. cum re*).⁸¹⁾ W skutek tego reskryptu wykluczał testament, sporządzony jedynie według form edyktałnych, dziedziczenie *ab intestato* w ogóle, miał zatem w praktycznym rezultacie to samo znaczenie, jak *testamentum per aes et libram*.⁸²⁾ Na tej podstawie dopiero urabiało się powoli pojęcie, że testament, sporządzony według form edyktałnych, ma równe znaczenie *prawnie*, jak *testamentum iure civili factum*, a ustaliło się stanowczo w czasach Dyoklecyana, kiedy to wewnętrzna różnica między *hereditas* a *bonorum possessio* zupełnie się zatarła, a ze zmianą postępowania sądowego odpadła także różnica w formalnym skargi układzie.⁸³⁾ *Tabulae testamenti, septem signis testium signatae*, były według tego pojmowania, osobnym, samodzielnym testamentem piśmiennym. Obok form testamentowych według *ius civile* były osobne formy pretorskie, obok testamentu *iuris civilis* osobny piśmienny testament pretorski o równej z nim mocy prawnej.⁸⁴⁾

Przepisy edyktu o formach testamentowych stanowiły jedynie o testamencie piśmiennym, nie dały tedy powodu do wytworzenia się osobnej formy pretorskiej testamentów

⁸⁰⁾ Słuszną, w źródłach uzasadnioną jest powszechna opinia (por. mianow. Fabricius l. c. str. 118, Vangerow II. str. 15, Danz II. str. 150. licz. 3), że reskrypt ten nic nie zmienił w stosunku *bon possessoris* do dziedzica, ustanowionego w testamencie wcześniejszym, *iure facto* (not. 78) Inaczej Maynz §. 365. do not. 42 sq.

⁸¹⁾ Gai. II. 120. 121, Collat. XVI. 3. §. 1. — Cf. Gai. II. 149. (Edit. Krüger et Studem.).

⁸²⁾ Por. §. 9. str. 127 sq.

⁸³⁾ Por. §. 9. II. — O tem powolnem wytworzeniu się testamentu pretorskiego por. szczególnie Leist. Bon. posses. II. 2. str. 80 sq.

⁸⁴⁾ Kiedy Gaius i Ulpian testament, sporządzony li według form edyktałnych, zowią *testamentum non iure factum*, to przeciwnie źródła po Dyoklecyanie stawiają na równi *testamentum iuris civilis et testa. iuris praetorii*. Por. L. 7. §. 2. Cod. Theod. de testam. et codic. 4. 4, Interpret. ad L. 3. eod., ad Nov. Theod. II. XVI. (edi. Hänel), Nov. Vale. III. de testam. XX. §. 2. (ed. Hänel).

ustnych. Według słów edyktu, które wymagały przedłożenia, a względnie istnienia testamentu piśmiennego (*tabulae testamenti*), były nawet testamenta ustne od dobrodziejstwa *bonorum possessionis* wykluczone, ale w myśl edyktu (*sententia praetoris*) zaczęli pretorowie, w czasach klasycznej iuryssprudencji, udzielać *bonorum possessionem* także z testamentu ustnego (*secundum nuncupationem*).⁸⁵⁾ Na podstawie testamentu ustnego udzielano jednak *bonorum possessionem* tylko pod warunkiem, jeśli testament był sporządzony z zachowaniem formalności *iuris civilis* (*confirmandi gratia*).⁸⁶⁾ Taki testament wykluczał samo przez się *heredes ab intestato*, ztąd też reskrypt Marka Aureliusza nie stosował się wcale do *bon. poss. z testamentu ustnego*.⁸⁷⁾

⁸⁵⁾ Rzecz ta jest sporna. Niektórzy autorowie (por. szczególnie Mayer §. 48. not. 2 i 5) sądzą, iż na podstawie testamentu ustnego nie można było wcale uzyskać *bon. possessionem*, ale zdanie przeciwne jest więcej uzasadnione. Wzmianki o *bon. pos. z testamentu ustnego* są wprawdzie w excerptach z pism prawników klasycznych bardzo skąpe, ale jeśli się zważy, że testamenty ustne były mało używane (not. 25), że zatem z tego powodu prawnicy rzymscy mniej się nimi zajmowali, to skąpe te wzmianki w połączeniu z tem, co znachodzimy w konstytucjach cesarskich, wystarczają do uzasadnienia opinii, w tekście przyjętej. W następujących ustępach jest mowa o *bon. posse. z testamentu ustnego*: L. 8. §. 4. D. h. t. (Iulianus), L. 20. D. de vul. et pup. sub. 28. 6. (Ulpianus), L. 2. C. h. t. (Gordianus a. 242), L. 1. C. de bon. pos. cont. tab. lib. 6. 13. (Gordianus a. 239), L. 8. §. 1. C. de codicili. 6. 36. (Theodosius a. 424. Cf. L. 7. C. Th. de test. et cod. 4. 4). Por. szczególnie Leist *Bonorum possessio* T. I. str. 188 sq., tudzież w Glück'a *Com. l. c.* T. I. str. 440 sq., T. IV. str. 144 i 146, prócz tego Vering *Erbr.* str. 217, Keller *Inst.* str. 259 sq., Krüger *kritische Versuche* str. 22 i 23, Danz §. 180. 2. c.

⁸⁶⁾ Już to samo, że w edykcje nie było żadnych przepisów o formach testamentu ustnego, prowadzi do wniosku, że pretor trzymał się tu form *iuris civilis*.

⁸⁷⁾ Por. Leist *Bonorum possessio* II. 2. str. 81. 96. z dołu i 101, Flach *La Bon. possessio* str. 40. — Inaczej Vering *Erbr.* str. 218. i Rein str. 793. not. 2, ale niesłusznie. Powołana przez Reina konstytucya Gordiana L. 2. C. h. t. dowodzi właśnie przeciwnie, że i po reskrypcie Marka Aureliusza, udzielenie *bon. pos. z testamentu ustnego* zależało od jego wa-

Względem uprzywilejowanego testamentum militare, trzymało się prawo pretorskie przepisów iuris civilis.⁸⁸⁾

c) W okresie czwartym.

Obydwie formy testamentu, iuris civilis et iuris praetorii, przetrwały obok siebie aż do czasów panowania cesarzy chrześcijańskich, ale uległy znacznym zmianom, które poczęły się już przy końcu okresu trzeciego. Uproszczona forma pretorska nie mogła pozostać bez wpływu na formy iuris civilis. Skoro na podstawie testamentu pretorskiego dochodziło się do tego samego rezultatu, jak w razie zachowania form iuris civilis, to z koniecznością musiało wyłonić się przekonanie, że te ostatnie są zbyteczne, zwłaszcza w czasach, które przez samo swe oddalenie od źródła tych form poczęcia utraciły poczucie właściwego ich znaczenia.⁸⁹⁾ Z cza-

żności według ius civile (si eundem (septem) numerum adfuisse sine scripto testamento condito doceri potest, iure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bon. possessionem deferri explorati iuris est), że zatem tylko z takiego testamentu udzielona bon. possessio wykluczała heredes ab intestato. Z powołanej konstytucji to tylko da się wysnuć, że pretor udzielał de plano bon. pos. z testamentu ustnego, jak tylko zachodziła pewność, że przy sporządzeniu testamentu było 7 świadków obecnych, podobnie jak od testamentu piśmiennego wymagał de plano tylko septem signa, ale z testamentu ustnego udzielał bon. pos. tylko pod warunkiem zachowania form iuris civilis, kiedy przeciwnie co do testamentu piśmiennego odstąpił później od tego wymogu. Por. Flach l c.

⁸⁸⁾ Por. Leist l. c. T. IV. str. 31 sq, Mayer §. 48. not. 1.— Kwestya, czy z testamentum militare można było używać bon. pos., nie jest wolną od wątpliwości, gdyż w źródłach nie ma nigdzie o tem wprost mowy. Za potwierdzającym jej rozwiązaniem przemawia jednak szczególnie napis tytułu Dig. 37. 13: „De bon. possessione ex testamento militis,“ który prawdopodobnie odpowiada podobnemu ustępowi w edykcji. Powtóre, umieszczony w tym tytule fragment, traktujący o formie testamentu wojskowych, jest wyjęty z dzieła Ulpiana ad edictum, a z tego samego dzieła pochodzi także L. 11. D. de test. mili. 29. 1, w której jest mowa o formie testamentu militis, skazanego za delictum militare (§. 12. not. 4).

⁸⁹⁾ Por. pow. do not. 31 sq.— Już Gaius (II. 103) widzi w familiae mancipatio tylko veteris iuris imitationem.

sem zarzucono tedy familiae mancipationem i sporządzano testamenta piśmienne w obecności pięciu tylko świadków, pozostałych po odpadnięciu familiae emptoris i libripendis. W skutek zarzucenia familiae mancipationis straciła i nuncupatio swój pierwotny charakter, była prostem tylko oświadczeniem, że tabulae zawierają rozporządzenie ostatniej woli, przezco tabulae te nabrały podobnego jak w prawie pretorskiem znaczenia.⁹⁰⁾ Za panowania Konstantyna istniał już stanowczo ten stan prawny, iż testamenta piśmienne sporządzano albo iure civili w obecności pięciu, albo iure praetorio z przybraniem siedmiu świadków.⁹¹⁾ Przy testamentach ustnych zarzucono także familiae mancipationem, ale zatrzymano liczbę siedmiu świadków.⁹²⁾

⁹⁰⁾ Por. not. 30. i tekst do not. 72 i 73.

⁹¹⁾ L. 1, L. 3, L. 7. §. 2. C. Th. de testam. et codi. 4. 4, Nov. Val. III. de test. XX. const. 1. §. 4. (ed. Hänel). — Stan prawny pod względem formalności testamentowych w okresie czwartym nie da się dokładnie sprawdzić, to też rozmaite pojawiły się o tem w nauce przypuszczenia. To jednak stwierdzają niewątpliwie przytoczone ustępy, tudzież interpretatio ad L. 1 i 3. cit. że najmniej od Konstantyna ius civile wymagało tylko 5 świadków. W źródłach tych jest toż samo wyraźnie mowa o subscriptio, tak ze względu na 7 jak 5 świadków, azatem tu i tam o testamentach piśmiennych, mylnem jest przeto, jeśli Puchta (Inst. II. §. 306. str. 437), bez podania powodu, utrzymuje, że w okresie czwartym testamenta iuris civilis sporządzano tylko ustnie, że zatem różnica między test. iur. civilis a iur. praeto. polegała nietylko na odmiennej ilości świadków, ale także na tem, iż pierwszy sporządzano ustnie, drugi pisemnie. — Co do powodu tej zmiany w formalnościach iuris civilis są także zdania podzielone (por. np. Leist Bon. poss. II. 2. str. 87 sq.), najwięcej uzasadnionem jest jednak przypuszczenie, przez wielu podzielane (por. prócz innych Vering Erbr. str. 215, Rein str. 792, Quaritsch str. 288, Maynz §. 365. do not. 46), że tym powodem było zarzucenie familiae mancipationis, z czem odpadł familiae emptor et libripens.

⁹²⁾ Że przy testamentach ustnych zatrzymano 7 świadków, to przyjmują prawie wszyscy autorowie, lubo nie z jednokowych powodów. (Inaczej Vering Erbr. str. 208: 7 albo 5, jak przy testamentach piśmiennych) W każdym razie nie ma w źródłach z okresu czwartego żadnej o tem wzmianki, iżby przy testamentach ustnych liczba świadków została zmniejszona.

Już przed Konstantynem weszło to w zwyczaj, że testator zaznajamiał świadków z całą osnową testamentu piśmiennego, tudzież że świadkowie kładli swe podpisy (subscriptiones) na testamentach. Konstantyn uznał pierwsze za niepotrzebne do ważności testamentu, potwierdził natomiast podpisywanie przez świadków.⁹³⁾ Do obsignatio i superscriptio przybyła w ten sposób jeszcze subscriptio świadków, tak przy testamentach iuris civilis, jak iuris praetorii.⁹⁴⁾

Dwoistości prawa pod względem form testamentowych położyła koniec konstytucya Theodozyusza II. z r. 439.⁹⁵⁾ Konstytucyą tą uchylił Theodozyusz testamenta z pięciu świadkami, stanowiąc w ślad za prawem pretorskiem, iż testamenta piśmienne mają być sporządzane w obecności siedmiu świadków. Tę samą liczbę świadków przepisał Theodozyusz także dla testamentów ustnych. Prócz tego zawierała ta konstytucya inne jeszcze postanowienia co do formy testamentu, bądź wzięte z przepisów iuris civilis i iuris praetorii, bądź nowe. Do ostatnich należał mianowicie przepis, wymagający przy testamentach piśmiennych podpisu testatora.⁹⁶⁾ W skutek tej reformy wstąpiła w miejsce dotychczasowej różnaitości form jedna tylko zwyczajna forma testamentu, która łączyła w sobie wymogi, pochodzące i z dawniejszego ius civile, i z prawa pretorskiego, i z konstytucyi cesarskich (ius tripartitum.)⁹⁷⁾ Odtąd nie było więcej mowy o osobnym

⁹³⁾ O tem poucza nas konstytucya Arkadiusza i Honoriusza z r. 396. L. 3. C. Th. de test. 4. 4. Por. Bruns Die Unterschriften str. 93 sq. Zwyczaj wymagania od testatora, by podał osnowę testamentu do wiadomości świadków, utrzymał się jednak nadal mimo postanowienia Konstantyna, o nim wspominają bowiem Theodozyusz II. (Nov. XVI. §. 1. edi. Hänel) i Walentynian III. (Nov. XX. const. 2. §. 5. ed. Hänel), uchylając go ponownie.

⁹⁴⁾ Por. not. 91.

⁹⁵⁾ Nov. Theod. XVI. (ed. Hänel).

⁹⁶⁾ Por. Bruns Die Unterschriften str. 93 sq.

⁹⁷⁾ §. 3. I. h. t.— Że tej reformy dokonała właśnie pomieniona konstytucya Theodozyańska, co jest wprawdzie panującą, ale nie powszechną opinią (ob. np. Flach l. c. str. 46 sq., Glück Com. T. 34. str. 269 sq., Rosshirt Test. Erb. §. 78), o tem por. szczególnie Leist Bon. pos. II. 2. str. 106 sq.— Ob. jednak §. 18. not. 21.

testamencie pretorskim; tak hereditas ex testamento, jak bon. pos. secun. tabul. zależały od jednych i tych samych formalności testamentowych.⁹⁸⁾ Forma testamentu Theodozyańska, uzupełniona późniejszymi przepisami, pozostała w mocy i w prawie Justyniańskim. Pomieniona konstytucya przeszła do kodeksu Justyniańskiego. (L. 21. C. de testa. 6. 23).

Konstytucya Theodozyańska była wydana dla państwa wschodniego. Odmienny stan prawny istniał w państwie zachodniem. Tam jeszcze w roku 446 uznał Walentynian III. dwie formy testamentu, z 5 i 7 świadkami, za obowiązujące.⁹⁹⁾ Okoliczność ta tem się tłumaczy, że konstytucya Theodozyańska została ogłoszona na zachodzie dopiero w roku 448.¹⁰⁰⁾ Ale mimo to, i mimo zaprowadzenia tamże później (554) prawodawstwa Justyniańskiego, reforma Theodozyańska nie przyjęła się widocznie w państwie zachodniem, w rozkładzie będącem, albowiem jeszcze w dziewiątym wieku spotykamy się z testamentem z pięciu świadkami w państwach, powstałych na gruzach rzymskiego państwa zachodniego.¹⁰¹⁾ Tenże sam Walentynian postanowił w drugiej konstytucyi z r. 446, że testament, własnoręcznie przez testatora spisany, może się obejść bez świadków.¹⁰²⁾ Konstytucya ta nie uzyskała mocy na wschodzie i nie znajduje się w kodeksie Justyniańskim, a i na zachodzie została formalnie uchylona przez ogłoszenie tamże prawodawstwa Justyniańskiego.

Obok formalności testamentowych zwyczajnych powstały za panowania cesarzy, a szczególnie w okresie czwartym, formy wyjątkowe. Na mocy konstytucyi cesarskich wymagano w niektórych przypadkach dla szczególnych przyczyn więcej lub mniej formalności.

Testamenta, sporządzane w obec świadków, były aktem

⁹⁸⁾ O różnicy między hereditas a bonorum possessio w owych czasach i w prawie Justyniańskim por. §. 9. II i III.

⁹⁹⁾ Nov. Vale. III. Tit. XX. de test. const. 1. §. 4. (edi. Hänel).

¹⁰⁰⁾ Nov. Vale. III. Tit. XXV. (edi. Hänel).

¹⁰¹⁾ Por. Savigny Verm. Schrif. I. str. 141 sq.

¹⁰²⁾ Nov. Val. III. Tit. XX. c. 2. §. 1. (edi. Hänel).

prywatnym. W czwartym okresie dozwolono sporządzać testamenta także w obec władzy publicznej.

Wszystkie te reformy przeszły do prawa Justyniańskiego. W prawie Justyniańskim dzielą się tedy testamenta ze względu na formę, na testamenta prywatne i publiczne, a formalności pierwszych były znowu dwojakie: zwyczajne, t. z. przez prawo z reguły wymagane, i wyjątkowe. Rozporządzenie testamentowe, które nie miało form, prawem przepisanych, zwyczajnych lub według okoliczności wyjątkowych, albo którego formy nie były skończone, było ze względu na formę testamentum imperfectum, i nie miało mocy testamentu. Ustanowienia dziedziców były w każdym razie nieważne, a podobnie nieważnymi były inne rozporządzenia, chociażby formalności o tyle były dokonane, o ile to do ważności tych rozporządzeń wystarczało, jeśli tylko zachodziła pewność, że testator chciał właśnie sporządzić testament, a nie kodycył.¹⁰³⁾

¹⁰³⁾ L. 29. pr. D. qui test. fac 28. 1, L. 11. §. 1. D. de leg. III, §. 7. (6) in fi. I. quib. mod. 2. 17, L. 8. §. 1a C. de cod. 6. 36, L. 3, L. 21 §. 2a. C. de testam. 6. 23. Por. Sintenis §. 171. do not 47 sq, Vangerow §. 433. Uwa. 1. II.— Testament militis był zawsze co do formy testamentum perfectum. L. 3, L. 35. D. de test. mil. 29. 1. Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 61 sq.— Od reguły, że testamenta imperfecta były w zupełności nieważne, były jednak wyjątki. Por. poni. §. 32. do not. 15, tudzież rzecz o klauzuli kodycylniej.

Chciwość Imperatorów posuwała się często do pomijania formalności testamentowych na swą korzyść. Zaslaniając się źle zastosowaną regułą: „princeps legibus solutus est,“ uznawano jakiegobądź oświadczenie ostatniej woli bez wszelkich formalności za ważne, jeśli tylko było uczynione na korzyść Imperatorów. Przeciwno temu wystąpili jednak późniejsi Imperatorowie, tak że ustanowienie Imperatora dziedzicem podlegało odtąd co do formy powszechnym regułom. §. 8. (7) quib. mod. test 2. 17, L. 31. D. qui test. fac. 28. 1, L. 23. D. de leg. III, L. 3, L. 20. C. de test. 6. 23. Cf. L. 2. 5. Cod. The. de test. et cod. 4. 4. Por. o tem szczególnie Mühlenbruch w Glück'a Comm. T. 39. str. 308 sq., tudzież poni. §. 24. not. 9.

2. W prawie Justyniańskim.*)

a) Testamenta prywatne.

§. 17.

α) Formalności zwyczajne.

Zwyczajne formalności (*iuris sollemnitatis*), tak piśmieniowych, jak ustnych testamentów, polegały w ogólności na przyzwaniu siedmiu¹⁾ świadków i jednolitości działania.

Świadkowie winni być wyraźnie wezwani do wzięcia udziału w sporządzeniu testamentu w przymocie świadków (*testes rogati*),²⁾ winni wziąć w tem udział dobrowolnie (*test. voluntarii*),³⁾ i w chwili sporządzenia testamentu mieć zdolność, wymaganą od świadków testamentowych (*test. idonei*).⁴⁾

*) Tit. Inst. de testa. ordinandis 2. 10. Tit. Dig. qui test. facere possunt et quemadmodum testamenta fiant 28. 1. Tit. Cod. de testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur 6. 23.

Z literatury prócz zacytowanych w nocie *) przed §. 16. por. Mayer §§. 9 — 14. Tewes I. §§. 24 — 33. Beckhaus §§. 42 — 51. Hartitzsch §§. 50 — 76. 395. 402 — 409. Sintenis §§. 168 — 170. Windscheid §§. 541 — 545. Arndts §§. 485 — 490. Brinz (1 wyd.) §. 178. Puchta Pand. §§. 464 — 469. Baron §§. 393 — 395. Maynz §§. 380 — 381. *Zielonacki* §§. 370. 373 374.

¹⁾ L. 21. C. h. t., §. 3. I. h. t. — Siedmiu najmniej, większa ilość nie szkodziła. L. 17. C. h. t., L. 7. D. de B. P. sec. tab. 37. 11. W 9 wieku zniżył *Leo philosophus* liczbę świadków na pięciu (*Nov. 41. ed. Beck*). — Świadkowie przy testamentach służyli przede wszystkim do podniesienia uroczystości aktu (*propter sollemnia testamenti* L. 20. §. 8. D h. t.), ich obecność, mająca zresztą historyczne uprawnienie, była częścią formalności, bez których testament był nieważny, ale zarazem byli oni także przyszłymi świadkami dowodowymi, szczególnie przy testamentach ustnych. Por. *Windscheid* §. 615. not. 10, *Sintenis* §. 190. not. 8. — O znaczeniu form uroczystych, wymaganych przy czynnościach prawnych w ogóle, a w szczególności przy testamentach, por. mianowicie *Ihering Geist d. röm. R.* (2 wyd.) II_{1/2}. §. 45 sq., *Pfaff et Hofmann Commentar* II. str. 132 sq.

²⁾ L. 21. §. 2. D. h. t. (cit. §. 16. not. 37), L. 21. pr. C. h. t., L. 24. D. de test. mili. 29. 1

³⁾ L. 20 §. 10. D. h. t.

⁴⁾ Por. §. 13 i §. 11. not. 10 i 11.

Jednolitość działania polega w ogóle na tem, aby akt sporządzenia testamentu stanowił jedną nieprzerwaną całość, azatem:

a) Świadkowie winni się zebrać na tem samym miejscu (uno eodemque loco) z testatorem tak, iżby się znajdowali w obliczu (in conspectu) testatora⁵⁾ (t. zw. unitas loci).

b) Świadkowie winni być obecni wszyscy razem jednocześnie od początku do końca aktu testowania, a sam akt winien się odbyć w obec nich bez przerwy co do czasu⁶⁾ (uno eodemque die ac tempore — t. zw. unitas temporis). Na mocy postanowienia Justyniana⁷⁾ nie czyniło to jednak ujmy ważności testamentu, jeśli w toku aktu który ze świadków z powodu słabości musiał odstąpić i w jego miejsce wezwano kogo innego na świadka. Nowo wezwany miał jednak przed rozpoczęciem dalszego ciągu testowania otrzymać od testatora i pozostałych świadków zapewnienie, że wszystko, dotąd dokonane, odbyło się należycie w ich obecności. Mylnem jest zdanie, że akt sporządzenia testamentu nie mógł się przeciągnąć z jednego dnia na drugi, że zatem testament, rozpoczęty przed północą, a ukończony po północy, był nieważny. Uno eodemque die ac tempore oznacza to jedynie, że aktu testowania nie można dokonywać częściami w rozmaitych odstępach czasu, że zatem nie można mianowicie, dokonawszy części aktu, reszty odkładać na dzień późniejszy.⁸⁾

⁵⁾ L. 9. 12. 21. C. h. t., L. 8. §. 1. C. qui test. fac. 6. 22. Cf. L. 3. §. 2. C. Th. de test. et codi. 4. 4. — Testament można sporządzać w nocy (L. 22. §. 6. D. h. t.), ale oczywista nie po ciemku (in conspectu). L. 3. §. 2. C. Th. de test. et cod. 4. 4: ... qui extremas ordinant voluntates... et praesentes videant subscriptores. Por. Glück Comm. T. 34. str. 308 sq.

⁶⁾ §. 3. I. h. t., L. 20. §. 8. D. h. t., L. 21. pr. §. 2. C. h. t. — Odmiennie od postanowienia L. 21. §. 2. C. h. t.: sufficet... testes omnes simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum, dozwolił Walentynian III. w r. 446. (Now. XX. c. 2. §. 4. edit. Hänel), by świadkowie kładli swe podpisy w rozmaitych godzinach, jeśli się niektórzy z nich spóźnili. Konstytucya ta, wydana dla zachodu, nie zyskała mocy obowiązującej na wschodzie.

⁷⁾ L. 28. §§. 4 i 5. C. h. t.

⁸⁾ Nihilque eius in diem alterum differatur. L. 7. §. 2. C.

c) Akt sporządzenia testamentu winien się odbyć w jednym ciągu (uno contextu), nie może być przerwany żadną inną, obcą mu czynnością (prawną lub zwykłą, nullum actum alienum testamento intermiscere, — t. zw. unitas actus).⁹⁾ Wymóg ten, wzięty z dawniejszego ius civile, nie miał być jednak na mocy przepisu Justyniana¹⁰⁾ nadto ściśle brany, owszem nieznaczne przerwy, spowodowane zaspokojeniem potrzeb choroby testatora, lub naturalnej potrzeby testatora albo świadka, lub wreszcie chwilową słabością którego ze świadków, nie czyniły ujmy ważności testamentu.

Z zachowaniem pomienionych ogólnych wymogów można było testament sporządzić albo piśmiennie albo ustnie.

Formalności testamentu piśmiennego były w szczególności następujące: Istotnem było tu pismo, zawierające rozporządzenie ostatniej woli testatora. Akt testowania (ordinatio testamenti) odbywał się zaś w ten sposób, iż testator przedkładał świadkom dokument i w obec nich oświadczał, że dokument ten zawiera jego ostatnią wolę. Następnie miał testator w obecności świadków, a toż samo wszyscy świadkowie w obecności testatora dokument testamentowy własnoręcznie podpisać (subscribere). W końcu winni byli świadkowie testament opieczętować (obsignare)¹¹⁾ i przy pieczęciach położyć znowu swe podpisy (superscribere) z do-

Th. de test. et cod. 4. 4. Por. zamiast innych Vangerow §. 444. II. Trafnie powiada Sintenis (§. 169. not. 5), że czepiając się tak silnie litery ustawy (L. 21. cit), jak to czynią zwolennicy przeciwnej opinii (szczególnie Marezoll Zeit. f. Civil. u. Proc. T. IV. str. 68 sq.), wypadaloby także dalsze jej słowa (not. 6) tak rozumieć, że wszyscy świadkowie winni, jakby na komendę, w tej samej chwili chwytać za pióro i w tej samej chwili podpisywać testament, co byłoby fizycznie niepodobnem i śmiesznem do żądania.

⁹⁾ §. 3. I. h. t., L. 21. §. 3. D. h. t., L. 21. §. 2, L. 28. pr. C. h. t.

¹⁰⁾ L. 28. C. h. t.

¹¹⁾ Pieczętować mogli świadkowie bądź własną, bądź cudzą pieczęcią, nawet pieczęcią testatora, nawet wszyscy jedną i tą samą, chodziło tu bowiem o zamknięcie testamentu. §. 5. I. h. t., L. 22. §§. 2 i 5. D. h. t., L. 12. pr. C. h.

datkiem: cuius testamentum signaverint.¹²⁾ Podpis testatora nie był wymagany tylko wtedy, jeśli testator cały testament sam własnoręcznie napisał i to wyraźnie w testamencie oświadczył.¹³⁾ Gdyby zaś testator pisać nie umiał, lub w chwili sporządzenia testamentu pisać nie mógł („nequeat“), należało przyzwać octavum subscriptorem, który testament zamiast testatora miał podpisać („pro Seio testatore — Titius.“)¹⁴⁾ — Świadkowie nie potrzebowali znać osnowy testamentu, a z tego powodu nie potrzebowali także rozumieć języka testatora, byleby tylko byli tego świadomi, do jakiej czynności ich wezwano.¹⁵⁾ Dla utrzymania osnowy testamentu w tajemnicy mógł testator przedłożyć dokument w jakibądź sposób zamknięty lub zawinięty, a wtedy testator i świadkowie kładli swe podpisy zewnątrz testamentu.¹⁶⁾ — Spisywanie dokumentu nie było częścią aktu testowania, testator mógł zatem albo sporządzać dokument w przytomności świadków, albo mieć już gotowy, przedtem spisany dokument. Akt testowania rozpoczynał się dopiero

¹²⁾ §. 3. I. h. t., L. 21, L. 12. pr. C. h. t., L. 22. §§. 4 i 7, L. 30. D. h. t. — Co do sub- i superskrypeyi świadków por. Bruns Die Unterschriften str. 102 sq. i Vangerow §. 445. 2. b. — tudzież powy. §. 16. do not. 46.

¹³⁾ L. 28. §. 6. (1) C. h. t. (Justynian).

¹⁴⁾ L. 21. §. 1, L. 28. §. 6. (1) C. h. t. Cf. L. 10. D. qui test. fac. pos. 28. 1. — Octavus subskryptor nie był wcale ósmym świadkiem. jak wielu utrzymuje. (Por. prócz innych Brinz (1 wyd.) str. 760. f, Puchta Pand. §. 466. not. g, Tewes §. 25. licz. 3, *Louis* str. 131). Justynian przeciwstawia go wyraźnie testibus (L. 28. §. 6. (1) C. h. t.). Jego zadaniem było jedynie podpisać testament zamiast testatora (pro eo), nie dlatego, aby mieć jeden podpis więcej (Puchta l. c.), ale dlatego, że podpis testatora był niezbędną formalnością. Jako subscriptor był on „octavus“, a nie jako testis (Tewes l. c.), zatem nie potrzebował mieć zdolności na świadka testamentowego (por. Vangerow §. 445. 2. a). Testamentu, sporządzanego przez spadkodawcę, który pisać nie umie lub nie może, nie można tedy w prawie rzymskiem zaliczać do testamentów wyjątkowych, jakoby wymagających ośmiu świadków.

¹⁵⁾ L. 21. pr. C. h. t., L. 20. §. 9. D. h. t., Paul. R. S. III. 4A. §. 13. Por. Danz II. str. 17.

¹⁶⁾ L. 21. pr. C. h. t. Cf. §. 16. not. 93. — Bruns Die Unterschriften str. 95, Windscheid §. 541. not. 4.

przedłożeniem dokumentu świadkom, z przytoczonym powyżej oświadczeniem.¹⁷⁾ Z wyjątkiem głuchoniemego, którego kalectwo nie pochodziło od urodzenia, tudzież niemego, którzy testament mieli pisać własnoręcznie,¹⁸⁾ mógł być zresztą testament spisany albo własnoręcznie przez samego testatora (t. zw. testamentum holographum), albo przez kogoś trzeciego (t. zw. testam. allographum).¹⁹⁾ Przepis Justyniana z r. 531,²⁰⁾ że testator winien przynajmniej nazwiska dziedziców wypisać własnoręcznie, a jeśli tego uczynić nie może, wymienić je świadkom, którzy w tym razie nazwiska dziedziców mają wypisać w swych podpisach, uchylił sam Justynian Now. 119. c. 9. z r. 544. Pisarzem testamentu (testamentarius) mógł być ktokolwiekbądź, także jeden ze świadków, lub servus.²¹⁾ — Datowanie testamentu nie było prawem wymagane, ale zwykle umieszczano datę.²²⁾

Przy testamentach ustnych (testamentum sine scriptis, testa. per nuncupationem, — także test. nuncupativum²³⁾) oświadczał testator w obec wszystkich siedmiu świadków, w języku dla nich zrozumiałym, swą ostatnią wolę w całości ustnie, mianując dziedziców i czyniąc inne rozporządzenia.²⁴⁾ Ustne podanie rozporządzenia

¹⁷⁾ L. 21. §. 2. C. h. t. Cf. Nov. Vale. III. Tit. XX. c. 2. §. 3, i L. 7. §. 2. C. Th. de test. et codic. 4. 4. Por. Heimbach l. c. str. 778.

¹⁸⁾ Por. §. 12. not. 36.

¹⁹⁾ L. 21. pr. C. h. t. Por. §. 16. not. 40.

²⁰⁾ L. 29. C. h. t., §. 4. I. h. t.

²¹⁾ Por. §. 13. not. 20. i §. 16. not. 40. — Obojętnym był także materyał, na którym testament spisano. §. 12. I. h. t., L. 1. pr., L. 4. D. de B. P. sec. tab. 37. 11, L. 15. §. 2. C. h. t. — Por. jeszcze L. 6. §. 2. D. de B. P. 37. 1: Notis („znakami“) scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas litteras non esse rel. Ob. Glück Com. T. 34. str. 400 sq.

²²⁾ Por. Glück Comm. T. 34. str. 468 sq., Bruns Die Unterschriften str. 96, powy. §. 16. not. 42.

²³⁾ Pierwsze dwie nazwy są źródłowe, trzecia jest po dziś dzień zwykle używana, w ślad za niemiecką ordynacją notaryalną z r. 1512.

²⁴⁾ §. 14. I. h. t., L. 21. pr. D. h. t., L. 21. §. 4, L. 26. C. h. t. Według konstytucji Theodozjusza II. (Now. XVI. §. 6) winien był testator przy testamentach ustnych dla zape-

ostatniej woli do wiadomości świadków było tu istotnem. Testator lub świadkowie mogli wprawdzie dla ułatwienia swej pamięci, lub w innym zamiarze, ustne rozporządzenia spisać, ale tego rodzaju pisma nie miały ze względu na formalności testamentu żadnego znaczenia.²⁵⁾ Testament nie przestawał być ustnym, i tylko ustne oświadczenie miało prawne znaczenie. Nazwa, używana zwykle dla oznaczenia takiego przypadku: *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*, nie jest tak bardzo niewłaściwą,²⁶⁾ tylko nie należy przez nią rozumieć osobnego rodzaju testamentu.

Testator miał wolny wybór między jedną i drugą formą testowania. Gdyby akt testowania odbył się w ten sposób, iż mógłby uchodzić za sporządzenie testamentu tak pisemnie, jak ustnie, natenczas z reguły wystarczyło do ważności testamentu, jeżeli jedna z tych form należycie była dopełniona. Wyjątek zachodził w tym przypadku, jeśli było pewnem, że testator miał wolę sporządzić testament w jednej z tych form, wtedy ta forma musiała być dopełniona, inaczej testament był ze względu na formę *testamentum imperfectum* i jako taki nieważny, chociażby nawet istniały wszelkie wymogi drugiej, przez testatora nie zamierzony formy. Tak mianowicie, jeśli testator chciał sporządzić testament pisemnie, ale nie dopełnił wszystkich wymaganych formalności, dajmy na to brakło podpisu świadków, testament nie mógł być uważany za sporządzony ustnie z tego powodu, że testator w toku aktu zaznajomił świadków ustnie z osnową swej ostatniej woli, albowiem ustne oświadczenie testatora nie nastąpiło w tym razie *cum animo testandi* („*ut testamentum sine scriptura facientis.*“)²⁷⁾.

wnienia, że oświadczenia swe czyni *cum animo testandi*, a nie dla pogadanki, oświadczyć to osobno świadkom. Justynian uznał tę formalną obserwację za zbyteczną (L. 26. C. h. t.); *animus testandi*, zawsze niezbędny („*nisi testes... voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis audierint*“ L. 21. §. 4. C. h. t.), mógł być w inny sposób stwierdzony.

²⁵⁾ Pismo, podpisane przez wszystkich siedmiu świadków, służyło jednak za środek dowodowy. Por. poniż. *Hereditatis petitio*.

²⁶⁾ Wytykają ją szczególnie Keller Pand. §. 478, Maynz §. 380. not. 29.

²⁷⁾ Por. Sintenis §. 169. not. 17 i 18b, Pfaff i Hof-

§. 18.

β) Formalności wyjątkowe.

W niektórych przypadkach dozwalało prawo sporządzać testamenta z zachowaniem mniej formalności jak zwykle — testamenta uprzywilejowane, — w innych znowu wymagało więcej formalności. Powodem tych wyjątkowych postanowień był wzgląd na osobę spadkodawcy, lub na stosunki, wśród których testament sporządzano, lub wreszcie na osnowę testamentu.

Więcej formalności wymagał:

*Testament ślepego.*¹⁾ Testator, pozbawiony wzroku, winien był przyzwać, prócz siedmiu świadków, tabularium,²⁾ a w miejscowościach, ubi tabularius reperiri non possit, ósmego świadka. Wszystkie pomienione osoby miały być zaznajomione z całą osnową ostatniej woli, testament był zatem istotnie ustnym, ale osobnego rodzaju.³⁾ Akt testowania odbywał się w sposób następujący: W obec zebranych ośmiu osób miał testator najpierw oświadczyć, że zamierza sporządzić testament ustnie,⁴⁾ potem oświadczał swą ostatnią wolę albo w ten sposób, iż sam ustnie podawał do wiadomości wszystkich ośmiu osób swe rozporządzenia, oznaczając dokładnie, dla uchylenia wszelkiej wątpliwości, tak dziedziców, przez podanie ich nazwiska, godności i innych znamion, jak części spadku, dla każdego z nich wyznaczone, albo też w ten sposób, iż tabularius, a względnie ósmy świadek odczytywał w obec testatora i reszty siedmiu świadków rozporządzenia, spisane poprzednio w osobnym

mann Commen. II. str. 139, Excur. II. str. 68 sq, tudzież pow. not. 24. — Inaczej było później w państwie byzantyńskim na mocy Now. 42. Leonis philosophi.

¹⁾ L. 8. C. qui test. fac. pos. 6. 22. Przed tą konstytucją Justyna z r. 521. wymagały testamenta ślepych zwyczajnych tylko formalności. Paul. R. S. III. 4A. §. 4. — Co do literatury por. not. *) przed §. 17, Marezoll Magazin für RW. u. Gesetzgeb. T. IV. str. 168 sq., Glück Com. T. 34. str. 26 sq.

²⁾ Por. §. 16. not. 40.

³⁾ L. 8. pr. C. h. t.: . . . carentes oculis . . . per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis.

⁴⁾ Odmiennie od ogólnej reguły. Por. §. 17. not. 24.

dokumencie, a testator w obec nich wszystkich potwierdzał, że to, co odczytano, jest jego ostatnią wolą. W pierwszym przypadku winien był tabularius, resp. ósmy świadek, w obecności innych siedmiu świadków, bezzwłocznie spisać objawioną przez testatora ostatnią wolę, w obydwóch zaś przypadkach miał być dokument podpisany przez siedmiu świadków,⁵⁾ tudzież opieczętowany przez wszystkich ośmiu świadków, a względnie siedmiu i tabularium (obsignatio et superscriptio).⁶⁾

Zresztą podlegał testament ślepego pod względem formalności zwyczajnym ogólnym wymogom, tyczącym się świadków i jednolitości działania.⁷⁾

Testator, pozbawiony wzroku, mógł testament prywatny sporządzić tylko z zachowaniem opisanych formalności, chociażby się nawet był znalazł w takim położeniu, które kogo innego upoważniało do testowania w formie uprzywilejowanej.⁸⁾ Natomiast wolno mu było sporządzić testament publiczny w zwykłej formie.⁹⁾

⁵⁾ L. 8. C. cit. wymaga podpisu tylko siedmiu świadków. (Inaczej, ale mylnie Maynz §. 381. do not. 2). W Niemczech przepisała ordy. notaryalna z r. 1512 (§. 9), że także tabularius (notaryusz) resp. ósmy świadek mają testament podpisać. — Mylnem jest zdanie, że według prawa rzymskiego (inaczej o rd. notary.) świadkowie winni byli położyć swe podpisy na końcu dokumentu, owszem testament ślepego podlegał co do miejsca podpisu ogólnym regułom. Konstytucya Justyna nie stanowi nic odmiennego pod tym względem, słowa jej: „in fine“ subscriptio sequatur testium, powołane przez Glück'a (Com. T. 34. str. 37), nie odnoszą się do dokumentu, lecz do całego aktu testowania. Po dopełnieniu tego i owego, „w końcu“ ma nastąpić podpis świadków.

⁶⁾ L. 8. C. cit. mówi wprawdzie tylko o obsignatio, a nie o superscriptio, ale superscriptio była częścią składową obsignationis i jako taka rozumiała się zawsze samo przez się. Por. Bruns Die Unterschriften str. 103 sq., Vangerow §. 445. 2. b.

⁷⁾ Por. §. 17. do not. 2 sq. — W 9 wieku postanowił Leo philosophus, uchylając dawniejsze prawo, że ślepy może sporządzić testament w formie zwyczajnej, w ten sam sposób, jak testator, nie umiejący pisać. Nov. 69. (edit. Beck).

⁸⁾ §. 4. I. quib. non est permi. testa. fac. 2. 12: Caecus autem non potest facere testamentum nisi per observationem, quam lex divi Iustini patris mei introduxit. Por. Glück l. c. str. 44 sq.

⁹⁾ Kwestya sporna, por. jednak, co ze względu na formę publiczną powiada L. 19. pr. C. h. t.: „Omnium testamentorum sollemnitate superare videatur rel.“

Testamenta uprzywilejowane były następujące:

1) *Testamentum militare*. Przywilej dawniejszego prawa, uwalniający milites od zachowania formalności testamentowych, uległ w prawie Justyniańskim znacznemu ograniczeniu. Na mocy przepisu Justyniana ¹⁰⁾ wolno było wojskowym sporządzać testamenta pisemnie lub ustnie bez wszelkich formalności (*quomodo velint et quomodo possint*)¹¹⁾ tylko podczas wyprawy wojennej — *in expeditione*;¹²⁾ *citra expeditionem* podlegał testament *militis* ogólnym regułom o formach testamentu. Kiedy więc dawniej możność sporządzania testamentu bez wszelkich formalności była przywilejem wojskowych jako takich, przywilejem osobnego stanu, z którego miles mógł korzystać tak podczas wojny, jak w czasie pokoju, to przeciwnie w prawie Justyniańskim zależał ten przywilej wprawdzie zawsze od stanu wojskowego ¹³⁾; testatora, ale zarazem także od szczególnych stosunków, wśród których miles testament sporządzał. Zresztą pozostało w mocy prawo dawniejsze.¹⁴⁾

Okoliczność, że miles uczynił swe oświadczenie w zamiarze sporządzenia testamentu,¹⁵⁾ tudzież osnowa ustnie

¹⁰⁾ L. 17. C. de test. mil. 6. 21, pr. §. 3. I. de milit. test. 2. 11. Że to postanowił dopiero Justynian, powiadają wyraźnie przytoczone ustępy źródeł. Wyraz „*in expeditione*“ w L. 1 i 15. C. h. t. jest tedy niezawodnie interpolacją kompilatorów. Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 37 sq.

¹¹⁾ Co do poszczególnych przypadków zastosowanie tej zasady: *quomodo velit et quomodo possit*, por. §. 16. not. 56, a do zacytowanej tamże L. 40. pr. D. de test. mil. 29. 1. („*notis dictavit*“) por. §. 17. not. 21.

¹²⁾ *In expeditione* = podczas wyprawy wojennej. Por. Mühlenbruch l. c. str. 33 sq., Heimbach l. c. str. 798 sq.

¹³⁾ Por. §. 16. not. 53.

¹⁴⁾ Por. §. 16. po nocie 57 sq. Mianowicie utracił testament *militis caligati*, podczas wyprawy wojennej bez wszelkich formalności sporządzony, swą moc jak dawniej dopiero w rok po ustaniu służby wojskowej — *post missionem*—(§. 16. not. 58), nie zaś, jak *Lous* (str. 134) bez wszelkiej podstawy sądzi, w rok po ukończeniu wojny.

¹⁵⁾ §. 1. I. h. t., L. 24, L. 40. pr. D. h. t.—Ze względu na te ustępy źródeł, które nic innego nie wymagają, jak tylko udowodnienia *animi testandi*, rozumieli jednak Glossatorowie i późniejsi prawnicy aż do 16. wieku, postanowienie prawa Justy-

oświadczonej ostatniej woli mogły być udowodnione wszelkimi środkami dowodowymi, szczególnie zaś zeznaniem dwóch świadków.¹⁶⁾ Świadkowie ci, chociaż obecni przy sporządzeniu testamentu, nie służyli jednak do uroczystości aktu, lecz byli jedynie świadkami w przyszłości dowodowymi.¹⁷⁾ Nie potrzebowali być tedy przez testatora wezwani na świadków (rogati),¹⁸⁾ ani mieć zdolność świadków testamentowych, lecz tylko zdolność świadków dowodowych.

2) Jeżeli testator w chwili sporządzenia testamentu dotknięty był zaraźliwą chorobą, natenczas (adversus timorem contagionis) nie było koniecznym, aby świadkowie znajdowali się bezpośrednio w jego obliczu, mogli zatem n. p. w przyległej izbie słuchać oświadczeń testatora, a na testamentie piśmiennym kłaść swe podpisy i pieczęcie (t. zw. *testamentum tempore pestis conditum*). Formalności testamentowe były tu zatem o tyle tylko zmniejszone, iż nie wymagano unitatem loci.¹⁹⁾

niańskiego w ten sposób, że miles może sporządzić testament bez wszelkich formalności tylko w czasie walki, jeżeli zaś sporządza testament in expeditione, ale nie w chwili walki, winien przyzwać dwóch świadków. Tego tłómaczenia, które znajduje się także u *Meciszskiego* T. I. str. 326. ust. 41, trzymała się też praktyka w Niemczech i przyjęła je ordynacya notaryalna z r. 1512 (§. 2). Dopiero w 16. wieku wykazała szkola francuska mylność tego tłómaczenia (por. n. p. Donellus Com. d. iure civ. lib. 6. cap. 28. §§. 40 sq.), i po dziś dzień jest ono powszechnie zarzucone. Por. zamiast innych Fitting Zur Geschichte des Soldatentestamentes.

¹⁶⁾ L. 40. pr. D. h. t. . . . militibus, quoquo modo velint et quo modo possint, testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur. L. 12. D. de testibus 22. 5: Ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient.

¹⁷⁾ Por. §. 17. not. 1. Keller Pand. §. 499. B, Hartitzsch §. 395. — Czy *Maciejowski* (II. §. 203) jest tego samego zdania? Wymagając dwóch świadków do ustnego testamentu, wyraża się tak, iż można to rozumieć i w jeden i w drugi sposób.

¹⁸⁾ L. 11. D. de testi. 22. 5.

¹⁹⁾ L. 8. C. h. t. Reskrypt ten Dyoklecyana i Maxymiana (z r. 290) nie wprowadził nowego postanowienia, owszem powołuje się na prawo, przedtem obowiązujące, którego początku jednak

3) T. zw. *testamentum ruri conditum*²⁰⁾ (*s. rusticano-rum*). Testamenta, sporządzane na wsi, to jest w ogóle

nie znamy. Nieudała stylizacja tego reskryptu jest powodem rozmaitych co do jego treści opinii. Dokładny ich przegląd i literaturę podają Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 262 sq. i Ackermann w Arch. f. civ. Pra. T. 32. str. 55 sq. Z pomiędzy rozmaitych, głównie pięciu opinii, najczęściej rozpowszechnionem jest zdanie, (por. prócz innych: Hartitzsch §. 407, Tewes I. str. 168, Mühlenbruch l. c. str. 279 sq., Arndts §. 488, Zielonacki II. §. 373, Maciejowski II. §. 203), iż reskrypt ten stanowi o sporządzeniu testamentu w czasie morowego powietrza (ztańd zwykła nazwa test. tempore pestis conditum) i na ten wypadek zezwala, by świadkowie nie byli jednocześnie obecni, lecz by ich przyzywano jednego po drugim z osobna, czyli innymi słowy, że ustawa w tym wypadku uwalnia od unitas temporis et actus. Temu tłómaczeniu sprzeciwiają się jednak słowa reskryptu, odnoszące się do świadków: non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.—Tłómaczenie przez nas w tekście przyjęte, opiera się na Basylikach (lib. 35. tit. 2. cap. 7: Testibus, qui metuunt propius ad testatorem accedere, ne morbi participes fiant, permittatur, ut separatim ab eo testamentum signent), i najlepiej da się pogodzić z brzmieniem reskryptu. Por. szczególnie Vangerow §. 444. II. 1, Heimbach l. c. str. 820 sq., toż samo Windscheid §. 544. licz. 2, Sintenis §. 170. B. Nie możemy się jednak zgodzić z zapatrywaniem Sintenisa i Heimbacha, że reskrypt w mowie będący odnosi się tylko do testamentów piśmiennych, bo to nie wynika ani z natury położenia, ani z brzmienia legis. Ustne oświadczenie testatora może być dokładnie słyszane w drugiej i trzeciej izbie, a jeśli w L. 8. cit. powiedziano: aliquid de iure laxatum est, non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est, to nie ma żadnej konieczności, przez „reliqua sollemnitas“ rozumieć podpisywanie, pieczętowanie i t. d., gdyż i przy testamentach ustnych są inne jeszcze wymogi formalne, prócz unitatis loci, od której prawo zwalnia, jak unitas temporis et actus, o nich też, jako o reliqua sollemnitas, mówi wyraźnie L. 8. cit.: non tamen conveniendi rel.

Że według prawa Justyniańskiego inne położenia przymusowe testatora, n. p. testowanie w podróży, na okręcie, podczas połogu, nie zwalniały od zachowania formalności testamentowych, jak niektórzy z dawniejszych prawników utrzymywali, o tem por. Mühlenbruch l. c. str. 285 sq., Pfaff i Hoffmann Com. II. str. 201.—Dopiero po Justynianie postanowił Leo philosophus (Now. 41. edit. Beck), iż w podróży (in itineribus) wystarcza przyzwać trzech świadków.

²⁰⁾ L. 31. C. h. t. (Justynian). Cf. Nov. 73. cap. 9. —

w miejscowościach poza obrębem miast (*civitates, castra*), przez mieszkańców tychże miejscowości, zwolnił Justynian (w r. 534) częściowo od zwykłych form, potwierdzając, a względnie zmieniając to, co pod tym względem zwyczajowo w mocy się utrzymało.²¹⁾ W szczególności postanowił

Osobna literatura do tej kwestyi: Marezoll w Arch. f. civ. Prax. T. IX. N. 15, Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 245 sq., Fritz Zeit. f. Civ. u. Proc. T. V. N. 2.

²¹⁾ Że przepis konstytucyi Justyniańskiej, ciemnej i niemal w każdym punkcie spornej, nie odnosi się wyłącznie do rolników (*rusticis*), nie jest przywilejem osobnego stanu, jakby się ze wstępu konstytucyi zdawać mogło, lecz owszem przywilejem, nadanym ze względu na miejscowość (wieś), gdzie się testament sporządza, tego dowiódł przekonywająco Marezoll (l. c. str. 298 sq.) i to jest po dziś dzień panującą, chociaż nie powszechną opinią. (Inaczej n. p. Brinz (1 wyd.) str. 759. d). Ale nie każdy, sporządzający testament na wsi, mógł korzystać z tego przywileju, lecz tylko mieszkaniec wiejski (*rusticanus*), lubo bez różnicy, czy się trudnił rolnictwem lub nie. (Por. szczególnie Mühlenbruch l. c. str. 258 sq., Sintenis §. 170. not. 15. licz. 6). Przyczyną przywileju był wzgląd na zachodzące często na wsi niepodobieństwo zebrania potrzebnej liczby świadków, szczególnie umiejących pisać, ta okoliczność zaś przemawiała jedynie za uwzględnieniem tych, którzy z koniecznością, jako mieszkańcy wiejscy, na wsi sporządzali testamenta, nie zaś tych, którzy przypadkowo byli w tem położeniu. (Inaczej Puchta §. 467).— W kwestyi spornej, jak należy rozumieć postanowienie Justyniana (§. 2): *rusticanis concedimus „antiquam eorum consuetudinem legis vicem“* obtinere, ita tamen, ut rel., najbliższem prawdy jest przypuszczenie, że owa *antiqua consuetudo* była zgodną z przepisem Justyniana, t. j. że Justynian swem postanowieniem to właśnie usankcjonował z pewnemi zmianami, co przedtem było na wsi zwyczajem, nie zaś, jak sądzi szczególnie Marezoll (l. c. str. 304 sq.), że Justynian obok swych postanowień utrzymał nadto w mocy rozmaite miejscowe zwyczaje. Mimo konstytucyi Theodozyańskiej z r. 439 utrzymał się prawdopodobnie na wsi dawny zwyczaj („*antiqua*“ *consuetudo*) sporządzania testamentów piśmiennych w obecności pięciu tylko świadków (por. §. 16. do not. 91), i temu to zwyczajowi nadał Justynian *legis vicem*, tak jednak (ita tamen), iż dla pogodzenia go z powszechnym o formach przepisem nadał mu znaczenie prawa wyjątkowego, którego zastosowanie miało zależeć od niepodobieństwa zachowania formalności zwyczajnych. (Por. Mühlenbruch l. c. str. 247 sq., Sintenis §. 170. not. 15. licz. 1, Leist Bon. pos. II. 2. str. 112 sq.). Zjawisko to, że zwycza-

Justynian: a) Testament może być sporządzony w obecności mniej jak siedmiu świadków, najmniej jednak pięciu, pod warunkiem wszakże, jeżeli więcej świadków zdolnych znaleźć nie można. Jakkolwiek Justynian w swej konstytucyi mówi tylko o testamentach piśmiennych, to jednak nie ulega wątpliwości, że z tego samego powodu, w myśl tej konstytucyi, także przy testamentach ustnych wystarczało pięciu świadków.²²⁾ b) Testament piśmienny nie wymaga własnoręcznego podpisu wszystkich świadków, jeśli 7 do 5 umiających pisać znaleźć nie można, w takim razie mogą świadkowie, umiejący pisać, podpisać także w zastępstwie innych, w ich obecności, a jeśli żaden z nich nie umie pisać, nie potrzeba w ogóle podpisu świadków.²³⁾ W ostatnich dwóch przypadkach winni być jednak świadkowie obeznani z osnową testamentu, szczególnie z odnoszącą się do ustanowienia dziedziców, a po śmierci testatora mają być w tym względzie pod przysięgą przesłuchani.²⁴⁾ — Inne wymogi zwyczajnych formalności stosowały się i do tych testamentów.²⁵⁾

jowo odstępowano częściowo od zwykłych formalności, czy to propter imperitiam, czy dla niemożności uczynienia im zadość, powtarzało się zresztą dość często Por. §. 16. not. 93. i poniż. not. 25.

²²⁾ Tak utrzymuje słusznie panująca opinia, i tak pojmują to postanowienie późniejsze konstytucye w państwie byzantyńskiem. Now. 41 i 43 Leonis philosophi. Ob. jednak Brinz (1 wyd.) str. 759. d.

²³⁾ O tem, że testament może się obejść zupełnie bez podpisu świadków, wielu autorów wcale nie wspomina, (ob. n. p. Windscheid §. 543. licz. 3, Puchta Pand. §. 467, Arndts §. 488. licz. 2, Baron §. 394. II. 3), Brinz zaś (l. c.) stanowczo twierdzi przeciwnie, a jednak wyraźnie postanawia to Justynian w słowach: ubi autem non inveniuntur litterati, septem testes et sine scriptura testimonium adhibentes admitti . . . Si vero unus aut duo vel plures scierint litteras rel. Że zaś tych słów nie można tak rozumieć, iż w braku siedmiu świadków, umiejących pisać, należy sporządzić testament ustnie w obec siedmiu (Mühlenbruch l. c. str. 253, Heimbach l. c. str. 828), o tem por. Marezoll l. c. str. 309.

²⁴⁾ Żeby ten przepis odnosił się tylko do świadków, nie-umiejących pisać, a nie do wszystkich (Mühlenbruch l. c. str. 254 sq., Marezoll l. c. str. 309, Sintenis §. 170. not. 15. licz. 4, Keller Pand. §. 501), tego w postanowieniach konstytucyi dopatrzeć się nie mogą.

²⁵⁾ To wynika konsekwentnie z tego, co powiedziano w no-

4) T. zw. *testamentum parentum inter liberos*.²⁶⁾ Testament, w którym spadkodawca ustanawiał dziedzicami jedynie swych descendentów, mających prawo dziedziczyć po nim ab intestato,²⁷⁾ mógł się zupełnie obejść bez świadków, ale w tym razie miał być sporządzony na piśmie,²⁸⁾ a testator winien był wypisać własnoręcznie nazwiska dziedziców, części spadku, dla każdego z nich przeznaczone, i to słowami a nie liczbami, tudzież datę. Podpis testatora nie był wymagany. Testament, sporządzony w tej

cie 21. o antiqua consuetudo. — Innego zdania jest Marezoll (l. c. str. 313 sq.), który pod tym względem uważa za rozstrzygające miejscowe zwyczaje, według jego zapatrywania, obok przepisów Justyniańskich w mocy utrzymane.

Wyjątkowe postanowienie Justyniana stało się później w państwie bizantyńskim regułą (ius commune). Na mocy zwyczaju sporządzano testamenta nie tylko na wsi, ale także w miastach w obecności pięciu tylko świadków, a testamenta piśmienne w obecności świadków, nie umiejących pisać. O tem pouczają nas Scholie do Basylików (lib. 45. tit. 1. §. 3. Schol. 2), tudzież Now. 41 i 43 Leonis philosophi. Zwyczajowi temu nadali moc prawa Basilius Macedo i Leo phi., ostatni z dodatkiem, iż na wsi wystarcza przyzwanie trzech świadków.

²⁶⁾ Nov. 107. cap. 1. 2.—Nowela ta Justyniana jest ostatecznym rezultatem powolnego rozwoju wyjątkowych pod tym względem przepisów, poczynszy od Konstantyna (L. 1. C. Th. fami. erci. 2. 24). — Osobna literatura o tej kwestyi: Bülow Abhandl. über einz. Theile des bürger. Rechts I. 6, Euler De testamento et divisione parentum inter liberos, Fritz Versuch einer historisch-dogmatischen Entw. d. Lehre von d. Testamenten d. Eltern unter ihren Kindern, Mueller De testamento parentum inter liberos privilegiato, Zaprotos Zur Geschichte d. testam. parentum inter liberos, Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 151 sq. O mnogich kwestyach spornych por. szczególnie Mühlenbruch (l. c.) i Sintenis §. 170. not. 18.

²⁷⁾ Nie descendentów w ogóle, ani też odwrotnie descendentów tylko pierwszego stopnia. Por. Mühlenbruch l. c. str. 171 sq.

²⁸⁾ Tego wymaga wyraźnie Nowela. Ustnie mogli tedy rodzice testować tylko w formie zwyczajnej. Mühlenbruch l. c. str. 178 sq. Ustne sporządzanie testamentu parentum inter liberos w obecności dwóch świadków, co *Maciejowski* (II. §. 203) i *Zielonacki* (§. 373. licz. 4) uważają za postanowienie prawa rzymskiego, wprowadziła dopiero niemiecka ordy. notaryalna (§. 2), jeśli ją w ogóle tak należy tłómaczyć. Por. Mühlenbruch l. c. str. 219 sq.

formie, Nowelą Justyniana dopuszczonej, mógł zawierać inne jeszcze rozporządzenia na rzecz pomienionych descendentów, natomiast nie można było w nim ustanowić dziedzicem kogoś trzeciego z poza koła tych descendentów, a zapisy na rzecz trzecich osób wtedy tylko miały moc, jeżeli testator w obecności pięciu ²⁹⁾ świadków oświadczył, że je sam własnoręcznie napisał i uznaje je za ważne. Nadto postanowił Justynian, że testament tego rodzaju może być unieważniony przez testatora tylko przez sporządzenie nowego testamentu piśmiennego lub ustnego w formie z wyjąznej, połączone z oświadczeniem testatora w obec siedmiu świadków, iż poprzedni testament uchyla.³⁰⁾

Od testamentu parentum inter liberos należy ściśle odróżnić tak zwaną *divisio parentum inter liberos*.³¹⁾ Divisiones w ogóle są to rozporządzenia spadkodawcy co do sposobu podziału dziedzictwa pomiędzy dziedziców. Celem ich nie jest ustanowienie kogoś dziedzicem, ani też wyznaczenie części spadku dla dziedziców, lecz tylko określenie sposobu, jak przy rozdziale dziedzictwa poszczególne przedmioty spadku mają być rozdzielone między dziedziców z testamentu lub ab intestato.³²⁾ Tego rodzaju rozporządzenia mogły być umieszczone w testamencie, albo tworzyć akt osobny. W ostatnim razie nie wymagały według dawniejszego prawa, na wzór fideikomisów, żadnych formalności.³³⁾ Dopiero od czasu, gdy Konstantyn

²⁹⁾ Liczba świadków jest sporna, bo Nowela mówi tylko o świadkach, a nie oznacza ich liczby. Jedni wymagają 7, inni 5, a inni tylko 2 świadków dowodowych. Por. Mühlenbruch l. c. str. 212 sq.

³⁰⁾ Osobnego oświadczenia co do odwołania testamentu prócz sporządzenia nowego, wymaga wyraźnie Now. 107. cap. 2.

³¹⁾ Por. Mühlenbruch l. c. str. 152—176. 231—245, Fein w Glück'a Com. T. 45. str. 227 sq., Sintenis §. 170. E. 2.—*Louis* (str. 136) pomieszał jedno z drugim.

³²⁾ L. 20. §§. 3. 5, L. 32. 33. 39. §§. 1. 5. D. fami. erciscu. 10. 2, L. 10. 16. 21. C. fami. ercis. 3. 36, L. 8. pr. C. de inof. test. 3. 28.

Czy takie rozporządzenie można uważać za pozostawienie prelegatów, o tem będzie mowa na właściwem miejscu.

³³⁾ L. 16. 21. C. fami. erci. 3. 36.

(w r. 326) dla rozporządzeń nietestamentowych—kodycyłów—przepisał osobne formalności, podlegały i te rozporządzenia formom kodycylnym, a tylko ojciec, dzielący spadek pisemnie pomiędzy descendentów, uprawnionych do dziedziczenia ab intestato, miał pewne pod tym względem przywileje.³⁴⁾ Według prawa w zbiorach Justyniańskich wreszcie mógł tak ojciec, jak matka, uczynić rozporządzenie pisemne co do działu spadku pomiędzy swych descendentów bez wszelkich formalności.³⁵⁾ Przywilej ten ograniczył później Justynian swemi Nowelami ³⁶⁾ stanowiąc, że rozporządzenia rodziców co do działu spadku inter liberos, jeśli nie są uczynione w testamencie lub z zachowaniem form kodycylnych,³⁷⁾ winny być spisane i podpisane przez testatora lub dotyczących descendentów. W rozporządzeniu, uczynionem w tej formie, można było jednak pomieścić tylko postanowienia co do działu spadku między descendentów, mających dziedziczyć z testamentu lub ab intestato;³⁸⁾ inne postanowienia, mianowicie na rzecz osób trzecich, nie miały mocy.

§. 19.

b) Testamenta publiczne.

Testamenta publiczne, t. j. testamenta, sporządzane w obec władzy publicznej, której współdziałanie zastępowało formalności testamentów prywatnych, były dwojakie:¹⁾

³⁴⁾ L. 1. C. The. fami. ercis. 2. 24, Nov. The. II. Tit. XVI. §. 5. (ed. Hänel). Co do szczegółów por. Mühlenbruch i Fein l. c.

³⁵⁾ L. 26. C. fam. erci. 3. 36, L. 21. §. 3. C. de testam. 6. 23.

³⁶⁾ Nov. 18. cap. 7, 107. cap. 3.

³⁷⁾ Testament, a względnie kodycył, mógł być zresztą sporządzony w formie uprzywilejowanej testamenti parentum inter liberos.

³⁸⁾ Przeciwno panującej opinii, która formę Justyniańską uważa za wystarczającą tylko dla działów spadku rodzicielskiego pomiędzy dziedziców ab intestato, por. Mühlenbruch l. c. str. 231 sq., Fein l. c. str. 81 sq.

¹⁾ L. 19. C. b. t. Honorius et Theodosius anno 413. — Cf. Nov. Val. III. T. XX. c. 1. anno 446. (edi. Hänel). — Glück Com. T. 34. str. 154 sq.

1) T. zw. *testamentum principis oblatum*. Na mocy konstytucyi Honoriusza i Theodozyusza II. można było sporządzić testament w ten sposób, iż testator wręczał cesarzowi w formie prośby pismo, zawierające jego ostatnią wolę. Testament przechowywano w archiwach cesarskich. Przyjęcie testamentu przez cesarza było tu formą testamentową, która czyniła zbędnymi zwykle formalności, ale nie inne wymogi ważności testamentu.²⁾ Osobny reskrypt cesarski w odpowiedzi na wniesioną prośbę nie był potrzebny. Zdaje się, że testament wręczano cesarzowi na posiedzeniu consistorii principis,³⁾ i że go na tem posiedzeniu, przed złożeniem do archiwów, odczytywano.⁴⁾ Słowa konstytucyi są pod tym względem nad miarę zagadkowe.

2) T. zw. *testamentum apud acta conditum*. Forma tego testamentu polegała na tem, iż testator objawiał swą ostatnią wolę ustnie w obec sądu lub władzy municypalnej, a oświadczenie spisywano protokolarnie.⁵⁾ Protokół przechowywano zwykle w archiwach urzędowych, ale to nie było koniecznem, nie należało do formalności testamentowych.⁶⁾ Testator mógł zatem dokument zabrać ze sobą do przechowania. — Forma ta testowania nie była znana w czasach klasycznej jurysprudeneyi, powstała dopiero później na mocy zwyczaju. Konstytucye Honoriusza i Theodozyusza II. z r. 413 wspominają o niej jako o formie będącej już w użyciu.⁷⁾

²⁾ Mylnie zatem sądzi *Louis* (str. 124), że w tej formie mógł sporządzić testament także nie mający zdolności testowania, L. 19. §. 4. C. h. t. wyraźnie temu przeczy: „cui testandi facultas suppetit.“ Por. Glück l. c. str. 177 sq.

³⁾ Por. Glück l. c. str. 171 sq.

⁴⁾ Por. *Tewes* I. §. 27. I. B, *Keller* Pand. §. 480, *Maynz* §. 380. A. 2.

⁵⁾ L. 19. §. 1. C. h. t.: . . . „actis cuiuscumque iudicis aut municipum . . . postremum publicavit iudicium„.

⁶⁾ L. 19. C. h. t. tego nie wymaga. Por. Glück l. c. str. 218 sq., *Vangerow* §. 460. III. 2, *Windscheid* §. 545. do not. 4, *Puchta* Vorles. §. 469. 1.—Inaczej *Brinz* (1 wyd.) str. 761. II. 1.

⁷⁾ Por. *Savigny* *Geschi. d. röm. R. im Mittelalter* (1 wyd.) I. str. 82 sq., Glück l. c. str. 156 sq.

W prawie niemieckiem wytworzyła się przez praktykę druga forma testowania w obec sądu, na tem polegająca, że testator gotowy już dokument testamentowy wręcza sądowi (t. zw. testamentum iudici oblatum). Forma ta przeszła do prawodawstw nowszych; prawu rzymskiemu nie była wcale znana.⁸⁾

§. 20.

Dopełnienie. Testament w kilku egzemplarzach.

Testamenta wspólne i wzajemne.

Testator mógł testament piśmienny sporządzić w kilku egzemplarzach.¹⁾ Każdy z tych egzemplarzy miał równą moc prawną,²⁾ był dla siebie osobnym oryginałem, ale mimo ich mnogości istniał zawsze jeden tylko testament.³⁾ Jedność testamentu mimo kilku dokumentów zależała jednak od tego, by względem nich wszystkich dokonano jednocześnie tych samych formalności testamentowych, tudzież by wszystkie co do swej istotnej osnowy, t. j. co do ustanowienia dziedziców były ze sobą zgodne.⁴⁾ Wbraku jednego z tych wymogów każdy dokument był osobnym testamentem.⁵⁾

Od kilku egzemplarzy jednego testamentu należy odróżnić oryginał i odpis (kopia — exemplum). Odpis testamentu nie miał tej mocy, co oryginał.⁶⁾

⁸⁾ Por. Glück l. c. str. 159 sq., Spangenberg w Arch. f. civ. Prax. T. V. str. 171, Müller §. 182. not. 16.

¹⁾ §. 13. I. de test. ord. 2. 10: . . . quod interdum et necessarium est, si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere iudiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quae humanis necessitatibus imminet. L. 24. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 4. D. de his quae ut indig. 28. 4, L. 47. D. de leg. II, L. 1. §. 5. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.—Por. o tem Glück Com. T. 34. str. 475 sq., Brinz (1 wyd.) str. 762. licz. 2.

²⁾ L. 24. D. cit., L. 1. §. 5. D. cit.

³⁾ L. 3. §. 1. D. de tabu. exhi. 43. 5, L. 24. D. cit., §. 13. I. cit.

⁴⁾ Arg. L. 1. §. 6. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

⁵⁾ Por. jednak L. 1. §. 6. D. cit. Poniż. §. 32. do not. 21 sq.

⁶⁾ L. 1. §. 7. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

Wspólnym zowie się testament, sporządzony przez dwóch lub więcej testatorów w jednym i tym samym akcie (*testamentum simultaneum*). Co do swej osnowy obejmuje takie rozporządzenie tyle testamentów, ilu jest testatorów, ale co do formy jest jeden tylko testament. Jeżeli spadkodawcy ustanowili siebie nawzajem dziedzicami, testament wspólny jest oraz testamentem wzajemnym (*testamentum reciprocum, mutuum*). Wspólnie można właściwie sporządzić testament tylko na piśmie, w jednym i tym samym dokumencie, jeśli bowiem dwóch testatorów sporządza testament ustnie w tym samym czasie i w obec tych samych świadków jeden po drugim, to akta testowania graniczą wprawdzie ze sobą co do czasu, ale mimo to są zupełnie od siebie oddzielone.⁷⁾ Zanim drugi testator rozpocznie testować, testament pierwszego jest już w całości ukończony.

Testamenta wspólne, a względnie wzajemne, znane prawu niemieckiemu⁸⁾ i prawodawstwom nowszym, nie były znane prawu rzymskiemu *iure communi*; były one dopuszczone tylko wyjątkowo, bez osobnych zresztą dla tych wyjątków postanowień. Powszechnemu uznaniu testamentów wspólnych stały widocznie na przeszkodzie wymogi formalności testamentowych.⁹⁾ W dawniejszem prawie mianowicie była wspólna *familiarum mancipatio* wprost niepodobną, a prócz tego, po dokonaniu dwóch mancytacji, *nuncupatio* jednego z testatorów musiałaby być od jego aktu mancytacji przegrodzona *nuncupatione* drugiego testatora.¹⁰⁾ W późniejszym prawie nie możnaby było przy testamencie, najpierw sporządzonym, zachować *unitatem actus*; oświadczenie pierwszego testatora, a podpisywanie dokumentu, byłyby oddzielone oświadczeniem drugiego testatora.¹¹⁾ Dlatego też w czasach klasycznej

⁷⁾ Por. Windscheid §. 568. not. 1.

⁸⁾ Ob. literaturę u Windscheida §. 568. not. *) i Van-gerowa §. 448.

⁹⁾ Inaczej Brinz (1 wyd.) str. 763.

¹⁰⁾ Por. §. 16. do not. 36.

¹¹⁾ Trafności tej uwagi nie zbija, jak sądzi Windscheid (§. 568. not. 2. in fl.), *testamentum apud acta conditum*, tudzież *parentum inter liberos*. Pierwszy był testamentem ustnym, nie mógł być zatem sporządzony wspólnie (powyż. do not. 7), drugi jest wytworem najnowszego prawa (Now. 107) i nie może służyć za przeciwdowód ze względu na prawo wcześniejsze.

jurysprudencji mogli sporządzać testamenta wspólne tylko wojskowi,¹²⁾ których nie krępowały wcale formalności testamentowe. Później w r. 446 dozwolił Walentynian III.¹³⁾ i niewojskowym sporządzać testamenta wspólne i to wzajemne, ale tylko w formie testamenti principi oblati, gdzie zatem znowu wręczenie dokumentu cesarzowi zastępowało wszelkie wymogi formalne. Konstytucya ta nie przeszła do kodeksu Justyniańskiego, a przeto słusznem jest zdanie, że i prawo Justyniańskie nie zna testamentów wspólnych, z wyjątkiem sporządzonych przez wojskowych.¹⁴⁾

C) Oświadczenie woli.*)

§. 21.

1. Pogląd ogólny.

Testament, jak również poszczególne ustanowienie dziezica, jest oświadczeniem woli. Potrzebnem jest własne spadkodawcy oświadczenie woli. Spadkodawca nie może swej woli objawić za pośrednictwem trzeciej osoby, ani też nie może ktoś inny sporządzić testamentu w zastępstwie spad-

¹²⁾ L. 19. C. de pactis 2. 3. (a. 290).

¹³⁾ Nov. Tit. XX. de testamen. con. 1. (edi. Hänel).

¹⁴⁾ O tem, że prawo rzymskie iure communi nie znało testamentów wspólnych, por. szczególnie Hasse w Rhein. Museum III. str. 239. i Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 35. str. 50 sq. Zdanie ich podziela, choćby co do rezultatu, przeważna część autorów (prócz innych: Tewes I. §. 34. A, Vering Erbr. str. 359 sq., Mayer §. 8. not. 4, Göz w Archi. f. civ. Prax. T. 54. str. 147, Brinz (1 wyd.) str. 763, Louis str. 137), ale nie brak także zwolenników przeciwnego, przez Hartmanna (Zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaft. Testam. str. 98 sq.) bronionego zdania (por. Windscheid §. 568. not. 2, Schmidt Das formelle Recht d. Notherben str. 189. not. 86).

*) Tit. Inst. 2. 14. Dig. 28. 5. de heredibus instituendis. Tit. Cod. 6. 24. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. — Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 351 sq., T. 40. str. 194 sq. Vangerow §§. 431—433. Windscheid §§. 546—548. Sintenis §. 171. Tewes §§. 35. 36. Maynz §. 382. Zielonacki §. 375.

kodawcy. Wyjątek zachodzi jedynie przy substytucyi pupilarnej i niby-pupilarnej.¹⁾ Aby zapobiec fałszowaniu rozporządzeń ostatniej woli, a nawet uchylić pozór sfałszowania, postanowiło Senatus consultum Libonianum (z r. 769 a. u. c.) i inne, po niem wydane przepisy,²⁾ iż wszelkie rozporządzenie, uczynione na korzyść pisarza (testamentarii) rozporządzenia ostatniej woli, jest nieważne (pro non scripto est), a nadto ulegał pisarz na mocy edictum Claudii karom ex lege Cornelia de falsis. Rozporządzenie mogło być uczynione na korzyść pisarza bądź bezpośrednio, bądź pośrednio przez uwzględnienie osób, zostających pod jego władzą, o ile przez nie nabywał.³⁾ Toż samo stosowały się te przepisy do przypadku, gdy rozporządzenie było uczynione na korzyść tego, pod czyją władzą pisarz się znachodził, lub z którym wspólnie pozostawał pod władzą trzeciego. Pomienione skutki tego rodzaju rozporządzeń następowały bezwarunkowo, nawet gdyby było stwierdzonem, że to, co pisarz napisał, było w samej rzeczy wolą spadkodawcy, wyjąwszy jeśli testator odnośnie rozporządzenie własnoręcznie potwierdził, lub jeśli pisarz był jedynym spadkodawcy dziezicem ab intestato.⁴⁾

Oświadczenie woli winno być uczynione w zamiarze sporządzenia testamentu (animo testandi)⁵⁾ i pod względem swej zewnętrznej, jak wewnętrznej jakości odpowiadać wymogom prawa. Każde postanowienie w testamencie podlegało tego rodzaju wymogom prawnym, i to z reguły tym

¹⁾ Por. §. 29. do not. 3. i §. 30.

²⁾ Tit. Dig. 48. 10. de lege Cornelia de falsis et de Senatus consulto Liboniano. Tit. Cod. 9. 23. de his qui sibi adscribunt in testamento. — Przepisy te stosowały się także do testamentu wojskowych. L. 15. §. 3. D. de test. mil. 29. 1, L. 1. §. 7. D. h. t., L. 5. C. h. t., L. 5. D. de his quae pro non scrip. 34. 8.

³⁾ Por. Fitting Castrense pecul str. 181 sq.

⁴⁾ Co do szczegółów por. Vangerow §. 433. Uwaga 2, Keller Inst. str. 361 sq.

⁵⁾ §. 1. I. de mil. test. 2. 11, L. 24, L. 40. pr. D. de test. mil. 29. 1, L. 17. D. de iur. cod. 29. 7, L. 21. §. 4. (in fi.) C. de testa. 6. 23. Por. §. 16. do not. 57, §. 17. not. 24, §. 18. do not. 15, i §. 22. II. do not. 19.

samym, ale na tem miejscu mamy je zważyć jedynie w odniesieniu do ustanowienia dziedzica i testamentu jako całości. Wymogi te tyczyły się, jużto oświadczenia spadkodawcy, jużto woli oświadczonej, a odnosiły się zarówno do hereditas, jak do bonorum possessio.⁶⁾

§. 22.

2. Wymogi ważności dotyczące się oświadczenia.

I. Według dawniejszego prawa można było testament sporządzić tylko w języku łacińskim, a wola ustanowienia dziedzica miała być objawiona w wyrazach uroczystych w sposób rozkazujący (verba sollemnia, imperativa): Titius heres esto, Titium heredem esse iubeo.¹⁾ Drugie postanowienie uchylili synowie Konstantyna w roku 339 (p. Ch. n.), pierwsze Theodozjusz II. konstytucją z roku 439.²⁾ Odtąd, a tak samo według prawa Justyniańskiego, mógł testator wysłowić się w jakibądź sposób (quibuscumque verbis), byleby jego oświadczenie wyrażało niewątpliwie wolę ustanowienia pewnej osoby dziedzicem. W tym celu nie było niezbędnem, aby testator użył technicznego wyrazu „heres“, a na odwrót wyraz „heres“ sam przez się nie zawsze był rozstrzygającym.³⁾ Rozstrzygającym było, czy z oświadczenia wynikała wola powołania kogoś do spadku jako całości. Zawsze jednak winien był testator wolę mianowania dziedzica objawić wyraźnie; domniemanego ustanowienia dzie-

⁶⁾ O wyjątku co do *pustumos alienos* por. pon. §. 23. not. 27.

¹⁾ Gai. II. 116. 117, Ulp. XXI. Nie wystarczyło powiedzieć: *Titium heredem esse volo*, lub *Titium heredem instituo, facio*.

²⁾ L. 15, L. 21. §. 6. C. de testam. 6. 23. Cf. Nov. Theo. II. Tit. XVI. de testam. §. 8, tudzież Nov. Valen. III. Tit. XX. de testam. con. 1. pr. i §. 4. (edit. Hänel). Por. Glück Com. T. 34. str. 396 sq., Mühlenbruch eod. T. 40. str. 228 sq. — Konstytucya Theodozjusza mówi wprawdzie, uwzględniając język krajowy w państwie wschodniem, jedynie o dopuszczeniu języka greckiego, ale nie można wątpić, że to postanowienie jest wyrazem myśli, iż język w ogóle jest obojętny.

³⁾ Por. L. 1. §§. 3. 5. 6. 7. D. h. t., L. 7. C. de testam. 6. 23.—L. 13. §. 1. D. de iure cod. 29. 7.

dzica, któreby dopiero z innych rozporządzeń testamentu wywnioskować było potrzeba, nie znało prawo rzymskie.⁴⁾ — Z wyjątkiem testamentu testatora ślepego, względem którego co do sposobu oznaczenia dziedzica obowiązywały osobne postanowienia,⁵⁾ można było zresztą osobę dziedzica oznaczyć bądź przez podanie nazwiska, bądź innych znamion lub przymiotów, jeżeli tylko z tego opisu można było niewątpliwie poznać, kto jest ustanowiony.⁶⁾ Nie można było jednak pod nieważnością wskazać osoby dziedzica przez podanie znamienia obelżywego.⁷⁾ Sporządzający testament ustnie mógł oznaczyć dziedzica także w ten sposób, że wskazał ręką na osobę obecną.⁸⁾ Można było wreszcie wskazać osobę dziedzica przez odwołanie się do innego dokumentu, w którym nazwisko jego było umieszczone (t. zw. *institutio mystica, testamentum mysticum*).⁹⁾

⁴⁾ L. 19. D. h. t., L. 66. (65) D. de hered. inst. 28. 5, L. 16. §. 1. (in fi.) D. de vul. et pup. 28. 6. Nowsi wyrażają to przysłowiem: *Positus in condicione non est positus in dispositione*. N. p. „*Si mihi Seius heres non erit*“, — *quem non instituerat*, — „*Sempronius heres esto*“ (L. 19. cit.). Że temu nie sprzeciwia się L. 86. (85) D. h. t., to jest prawie powszechnie uznane, że zaś regułę tę dawniejszego prawa nie uchylila L. 15. C. de test. 6. 23 (powyż. not. 2), o tem por. szczególnie Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 40. str. 234 sq., Sintenis III. §. 172. not. 4, Arndts Civ. Schrif. II. str. 76. not. 75. Inaczej atoli mianowicie Vangerow §. 449. Uwa. 1, Windscheid §. 546 not. 11, Zielonacki §. 376 (in fi.).

⁵⁾ Ob. §. 18. po nocie 4.

⁶⁾ L. 9. §§. 8. 9. D. h. t. Cf. L. 34. pr. D. de cond. et demon. 35. 1, tudzież poniż. not. 32. przy końcu.

⁷⁾ L. 9. §. 8. D. h. t. Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 40. str. 196 sq., Arndts Civ. Schrif. II. str. 77. Temu przeczy niesłusznie Maynz §. 382. not. 36. Ważnem było jednak ustanowienie, jeżeli ubliżające znamię było tylko dodatkiem do innych, osobę dziedzica dokładnie określających (*institutio cum maledicto*), L. 49. (48) §. 1. D. h. t.

⁸⁾ L. 59. (58) pr. D. h. t.: . . . „*hic mihi heres esto*“, *cum sit coram, qui ostenditur*.

⁹⁾ L. 78. (77) D. h. t., L. 10. D. de cond. institu. 28. 7. Niektórzy ograniczają ten przepis, w ślad za zdaniem Glück'a Com. T. 35. str. 13 sq., do testamentów piśmiennych, por. atoli zamiast innych Arndts §. 493. not. 2.

Pewne niedokładności lub niejasności nie czyniły ujemy ważności oświadczenia, jeżeli tylko za pomocą interpretacji można było poznać właściwą wolę testatora.¹⁰⁾ Co do tłumaczenia rozporządzeń ostatniej woli obowiązywały ogólne reguły¹¹⁾ z tym atoli dodatkiem, że najpierw spadkodawca mógł pozostawić własne wyjaśnienia swych oświadczeń, które należało uwzględnić,¹²⁾ że powtórne rozporządzenia ostatniej woli miały być benigne tłumaczone, aby je o ile można utrzymać w mocy, azatem w końcu według prawdopodobnej woli testatora, jeśli tę wolę w ogóle wysledzić było można.¹³⁾ Oświadczenia całkiem niezrozumiałe nie mogły mieć żadnego skutku (*ac si scripta non essent*).¹⁴⁾

II. Oświadczenie winno być wyrazem woli spadkodawcy, a to pod dwojakim względem. Najpierw to, co

¹⁰⁾ Z tem zastrzeżeniem nie szkodziły także dopiski ponad linią. L. 12. §. 1. C. de test. 6. 23.—Jeżeli w testamentie było coś przekreślone, wymazane, mianowicie ustanowienia dziedziców, a to się stało przed ukończeniem aktu testowania (*ante consummationem testamenti*), natenczas stanowiło różnicę, czy to się stało umyślnie z wolą testatora, lub bez jego woli. W pierwszym razie, co było przekreślone, nie miało znaczenia, chociażby nawet było czytelne (*non quasi adempta, sed quasi nec data*), w drugim razie zaś tylko wtedy, gdy było nieczytelne. L. 1. §§. 1. 2. 4. D. de his quae in test. del. 28. 4, L. un. D. si tab. test. ext. 37. 2, L. 2. §. 7, L. 8. §. 3. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.—Co do przekreśleń dokonanych *post consummationem testamenti* por. §. 32. not. 36.

¹¹⁾ Por. Windscheid §. 84, Brinz §. 358.

¹²⁾ L. 21. §. 1. D. qui test. face. 28. 1. Por. Windscheid l. c. not. 14.

¹³⁾ L. 24. (25) D. de reb. dub. 34. 5: *Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.* L. 12. D. de R. I. 50. 17, L. 12. §. 2. (*in fi.*) D. de usu. 7. 8.

¹⁴⁾ L. 63. (62) §. 1. D. h. t.: *Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, (quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat et ad designationem singulari nomine utatur), nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit.* L. 2. D. de his quae pro non scrip. 34. 8, L. 73. §. 3. D. de R. I. 50. 17, L. 33. §. 1. D. de condi. et dem. 35. 1, Paul. R. S. III. 4B. §. 3.

w oświadczeniu podane jest za wolę spadkodawcy (wola oświadczonej), winno być w samej rzeczy jego wolą, powtóre samo oświadczenie (zewnętrzne działanie) winno być wywołane wolą spadkodawcy (wola oświadczenia), być jego dziełem. W braku woli pod jednym lub drugim względem oświadczenie jest nieważne, nie ma tych skutków prawnych, któreby zresztą wyrzucić było zdolne. Qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia non loquitur.¹⁵⁾ Brak woli ma

¹⁵⁾ L. 3. D. de reb. dub. 34. 5.—Każda czynność prawna składa się z dwóch pierwiastków: z woli wywołania pewnych skutków prawnych (co kwestyonuje Lenel w Jahrbü. f. Dog. T. XIX. str. 154 sq.) i z oświadczenia tej woli. Oświadcza się wolę przez zewnętrzne, powszechnie przyjęte znaki (pismo, słowo itd.), kto więc chce objawić swą wolę, pierwiej wspomnianą, ten musi mieć także wolę wywołania potrzebnych do tego objawienia ruchów cielesnych. W każdej czynności prawnej należy tedy odróżnić wolę oświadczonej (zamiar, cel) i wolę oświadczenia. Na tę różnicę, którą dawniejsza nauka więcej odczuwała, niżeli wyraźnie wypowiadała, zwrócono dopiero w czasach najnowszych większą uwagę, (por. Bekker krit. Viertelj. T. 3. str. 192, Hölder tamże T. XIV. str. 561 sq., Schall Der Parteiwille im Rechtsgeschäft str. 15, Windscheid (5 wyd.) §. 76. not. 1, tudzież Arch. f. civ. Pr. T. 63. str. 77, Hasenöhrle Das österr. Obligationenrecht I. str. 527 sq.), a szczególnie Zitelmann (Jahrbü. f. Dog. T. 16. str. 362 sq., tudzież Irrthum u. Rechtsgeschäft 1879) uwzględnił i rozwinął ją nadzwyczaj wyraziście. To przeciwstawienie jednej woli drugiej jest wyprawdzie w pierwszym rzędzie zagadnieniem psychologicznym, ale mimo opozycji Scheiffa (Die Divergenz zwischen Wille u. Erklärung str. 10 sq.) uważam je za bardzo płodne w zastosowaniu na gruncie prawnym. Tylko za przewodem tego przeciwstawienia można się uchronić od mnogich błędów w kwestyi tu (II.) omawianej. Prawnicy rzymscy mówią także o woli w jednym i drugim znaczeniu.—Wola oświadczenia rozumie się w każdej czynności prawnej samo przez się, jest zawarta w pojęciu oświadczenia. Każde oświadczenie jest czynem, działaniem, a każde działanie ruchem zewnętrznym, wolą świadomą wywołanym (Zitelmann Irrthum u. Rechtsg. str. 29 sq.). W braku tej woli to, co się stało, nie jest wcale czynem (oświadczeniem), nie może być zatem także czynnością prawną. W braku woli oświadczonej jest znova czynność prawna dla tego nieważną, ponieważ prawo przywiązuje skutek prawny nie do samego oświadczenia, lecz do oświadczenia, wyrażającego wolę osoby działającej. Ani

jednak wtedy tylko to znaczenie, jeżeli może być przedmiotowo dostrzeżony. Oświadczenie jest wcieleniem woli,

sama wola, ani samo oświadczenie nie jest faktem prawnym, lecz dopiero wola i oświadczenie razem. Pewne oświadczenie ma zatem wtedy tylko skutek prawny, jeżeli wyrażona w niem wola wywołania tych skutków jest rzeczywiście wolą osoby działającej.— To, przez Savigny'ego zainaugurowane pojmowanie istoty czynności prawnej, było do najnowszych czasów w nauce powszechnem. W ostatnich czasach mnożą się jednak zwolennicy opinii, która cały nacisk kładzie na samo oświadczenie. Oświadczenie ma mieć skutek prawny wedle tej woli, którą podług powszechnego rozumienia, a względnie podług rozumienia drugiego kontrahenta wyraża, chociażby ta wola w rzeczywistości nie była wolą osoby działającej. Do twórców i zwolenników tej teorii należą szczególnie: Regelsberger *Civilrechtliche Erörterungen* I. (1868) str. 17 sq., Roeber Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Lotmar Ueber causa im römischen Recht str. 15 sq., Schlossmann *Der Vertrag* str. 80 sq., Schall *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft*, Bähr w *Jahrbü. f. Dog. T. 14.* str. 400 sq., Kohler tamże T. 16. str. 91 sq. i 325 sq., Hartmann tamże T. 20. str. 1 sq., Thon *Rechtsnorm u. objectives Recht* str. 358 sq., Hasenöhr l. c. str. 534 sq., a wreszcie Rittner *Oesterreichisches Eherecht* str. 163. (Rittner dochodzi jednak przeważnie do tych samych rezultatów, co panująca teoria, tylko z innego założenia). — W obronie dawniejszej teorii, przez nas podzielanej, którą zawsze jeszcze można nazwać panującą, wystąpili znowu mianowicie: Windscheid w *Arch. f. civ. Prax.* T. 63. str. 72 sq., Zitelmann w *Jahrbü. f. Dog. T. 16.* str. 357 sq., tudzież *Irrthum und Rechtsgeschäft* mianowicie str. 235 sq. 255 sq. 396 sq., Pernice w *Zeit. f. d. gesam. Handelsrecht* T. 25. str. 77 sq., i Scheiff (l. c.)

Nie możemy się wdawać w szczegółowy rozbiór tej obszernej kwestyi, sięgającej daleko poza obręb materyi, nas zajmującej, byłoby to nawet dla naszego celu zbyt zbytecznem, ponieważ cały ten spór prawie zupełnie nie dotyka rozporządzeń ostatniej woli. Prawie wszyscy zwolennicy nowej teorii ograniczają ją wyraźnie tylko do czynności prawnych pomiędzy żyjącymi, lub tylko do umów, lub nawet jedynie do umów obligatoryjnych, tylko Schall (str. 20 sq.) stosuje ją wyraźnie ze względów psychologicznych także do rozporządzeń ostatniej woli, a podobnie Kohler zdaje się odnosić swe argumenta do czynności prawnych w ogólności. Przeciwno obydwom przemawiają jednak stanowczo, pominięte przez nich, odnośne źródła, które w tej kwestyi najwięcej wazą. Właśnie ze względu na rozporządzenia

rzec można wolą w zmysłowej postaci, tem samem jest ono oraz środkiem zewnętrznym do poznania tej woli, z czego wynika, że zaszcze oświadczenie musi być tak długo uważane za wyraz rzeczywistej woli, jak długo osoba interesowana nie wykaże takich faktów, równie zewnętrznych, z którychby każdy nieuprzedzony brak woli mógł poznać.¹⁶⁾

Przypadki braku woli pod jednym lub drugim względem dzielą się na dwie kategorie, według tego, czy spadkodawca świadomie lub nieświadomie uczynił oświadczenie, które nie jest wyrazem jego rzeczywistej woli.

Świadomie czyni spadkodawca takie oświadczenie, jeżeli wie o tem, że nie ma woli oświadczenia, albo woli oświadczonej. Pierwsze zachodzi w przypadku, gdy spadkodawca gwałtem (*vi absoluta*) został zmuszony do sporządzenia testamentu, a względnie do ustanowienia kogoś dziedzicem. Gwałt wyklucza wolę oświadczenia; ruchy zewnętrzne spadkodawcy nie są spowodowane jego wolą, lecz siłą z zewnątrz pochodzącą.¹⁷⁾ Drugie ma znowu wtedy miejsce, gdy spadkodawca ma wprawdzie wolę oświadczenia,

ostatniej woli trzymają się źródła w swych rozstrzygnięciach stale i niedwuznacznie wyżej przytoczonej zasady: *Qui aliud dicit quam vult rel.*

¹⁶⁾ L. 69. pr. D. de lega. III: *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.* L. 25. §. 1. D. eod. Cf. L. 11. §. 3. D. de inst. act. 14. 3. — Por. *Źródłowski* II. §. 65. not. f, Windscheid §. 75. not. 1, Pernice l. c. str. 117, Schulin Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio str. 25 sq.—O tyle jest oświadczenie w samej rzeczy niezależne od rzeczywistej woli.

¹⁷⁾ Świadomy brak woli oświadczenia może zachodzić także w przypadku świadomej afazji. Jest to stan chorobliwy, który pomiędzy innymi i w ten sposób się objawia, iż odnośna osoba pewne pojęcia oddaje zupełnie niestosownie wyrazami, i to z pełną tego świadomością, n. p. chce powiedzieć kot, mówi okno, albo chce powiedzieć mój syn, mówi mój ojciec.—Gwałt i świadoma afazja dowodzą, że przypadki świadomego braku woli oświadczenia nie są niemożliwe, jak mniema Hasenöhr l. c. str. 527. I. Prawdą jest, że w razie gwałtu to, co się stało, nie ma nawet pozoru czynu (tamże str. 536), ale właśnie dlatego, ponieważ tu brak woli oświadczenia jest aż nadto widoczny.

ale nie czyni tego oświadczenia w zamiarze spowodowania przywiązanych do niego skutków prawnych (*animo testandi*), oświadcza n. p. ostatnią wolę dla żartu, dla pouczenia kogoś o sposobie sporządzania testamentu i t. p.¹⁸⁾ — Ze względu na formalności testamentowe mogły być tego rodzaju przypadki świadomego braku woli spadkodawcy bardzo rzadkimi. Gwałt mianowicie był tam jedynie możliwy, gdzie czynność spadkodawcy przy sporządzeniu testamentu ograniczała się li do pisania (*test. parentum inter liberos*, testament piśmienny *militis*); do mówienia nikt nie może być gwałtem zmuszony. Brak animi *testandi* mógł mieć znowu samoistne znaczenie tylko przy testamentach nie wymagających żadnych formalności; dopełnione formy, mianowicie *rogatio testium*, stwierdzały bowiem dowodnie byt animi *testandi*.¹⁹⁾ Z tego to powodu, z powodu braku form, stwierdzających wolę sporządzenia testamentu, wymagało prawo przy testamentach *militum* nie dowodu braku, ale odwrotnie dowodu bytu animi *testandi*.²⁰⁾

Brak świadomości spadkodawcy może zachodzić także w dwojakim kierunku:

1) Spadkodawca może być nieświadomy samego czynu, może nie wiedzieć o tem, że uczynił pewne oświadczenie. Przypadki takiego bezwiednego czynu, mimo potrzebnej zdolności do działań prawnych są rozmaite. Bezwiednie można coś oświadczyć w roztargnieniu, w zamyśleniu, a szczególnie w skutek pomylenia się w pisaniu lub mówieniu. Przytem może mieć działający wolę coś innego uczynić, jak to, co się stało, (n. p. napisać, wymówić inne słowo), i wyobrażać sobie, że właśnie to uczynił, czego chciał, wtedy działający jest w błędzie (*error*), albo też może nie mieć żadnego wyobrażenia o tem, co się stało. W każdym zaś razie czyn nieświadomy nie jest wpływem woli osoby działającej, nie jest w ogóle czynem; nie można tego chcieć,

¹⁸⁾ Arg. L. 3. §. 2. D. de oblig. et actio. 44. 7.

¹⁹⁾ Jeżeli zaś tych form dopełniono tylko dla pozorów, nateczas oświadczenie nie miało wprost potrzebnych formalności i już z tego powodu było nieważne.

²⁰⁾ Por. §. 16. not. 57. i §. 18. do not. 15 sq.

o czem nie mamy żadnej wiadomości. Oświadczenie jest zatem nieważne z powodu braku woli oświadczenia.²¹⁾

²¹⁾ Co właściwie w przypadkach takiego bezwiednego czynu str. daje popęd organom cielesnym do wykonania ruchów zewnętrznych, to jest i zagadkowem i dla nas obojętnem, żeby zaś tem coś mogła być nieraz świadoma wola, jak twierdzi Pernice (l. c. str. 134 sq.), to jest dla mnie psychologicznie niezrozumiałe.

Podobnie nie mogę się godzić na zdanie Brinza (1 wyd.) str. 1393 sq. 1398. (por. także Hölder l. c. str. 562 sq, tudzież Institutionen §. 18. III, Rittner Eher. §. 23. not. 9), że w niniejszych przypadkach nie może być w ogóle mowy o błędzie, owszem błąd istnieje we wielu z tych przypadków, a szczególnie w razie pomylenia się w pisaniu lub mówieniu. Kto chce ustanowić dziedzicem Piotra, daje popęd swym organom cielesnym do napisania Piotr, ten nie wie o tem, że organa te, zmyliwszy się w swych ruchach, napisały Paweł, owszem, ponieważ wie o tem, że im polecił napisać Piotr, sądzi, że wykonały należycie jego polecenie. Jego wyobrażenie o fakcie dokonanym nie zgadza się tedy z rzeczywistością. (Por. także *Źródłowski* II. str. 318. 319, *Zitelmann* Irrth. u. Rechtsg. str. 367. 368, *Schiffner* System. Lehrb. d. öst. allg. Civilr. §. 121. not. 12). — Za mylne uważam także zdanie Brinza (l. c., por. także *Hesse* Jahrb. f. Dog. T. 15. str. 67), że według rzymskiej terminologii wyraz „error“ ma obszerniejsze znaczenie od naszego wyrazu „błąd“ (Irrthum), że odnosi się w ogóle do przypadków nieświadomości samego czynu, choćby rzekomo działający nie był wcale w błędzie. Dowodu na to nie można znaleźć w źródłach, przeciwnie, gdzie źródła w przypadku nieświadomości samego czynu używają wyrazu „error“, tam zawsze wychodzą z założenia, że działający chciał spełnić pewien czyn, ale spełnił inny, a w takim razie według powyższych uwag działający jest w błędzie (por. L. 9. pr. §§. 1—7. D. h. t., L. 4. pr. D. de lega. I. — por. także Hölder l. c. str. 567. chociaż z innego stanowiska). Przytoczone przez Brinza (str. 1394) L. 19, L. 20. D. de aqua et aquae 39. 3, nie odnoszą się do przypadków nieświadomości samego czynu, lecz do przypadków nieświadomości znaczenia czynu, a ze względu na te przypadki reguła: errantis voluntas nulla est, jest zupełnie prawdziwą (por. poniż. not. i do not. 22).

Mimo tych uwag godzę się w rezultacie na to z Brinzem str. 1393 sq. (por. także *Rittner* Eherecht str. 165 sq., Hölder l. c., *Scheiff* l. c. str. 33 sq., *Zitelmann* Irrth. u. Rechts. str. 372), że przypadków nieświadomości samego czynu (czyli jak je Brinz nazywa: zblądzenia—Verirrung) nie należy łączyć w jedno z przypadkami nieświadomości znaczenia czynu (poniż.

2) Spadkodawca może być nieświadomy znaczenia swego czynu, może nie wiedzieć o tem, że jego oświadcze-

tekst licz. 2) i podporządkowywać je razem pod pojęcie działania w stanie błędu, jak się to zwykle dzieje w ślad za Savignym (por. zamiast innych Windscheid § 76, *Źródłowski* §. 65. not. b). Godzę się na to z tego powodu, ponieważ nie w każdym przypadku nieświadomości czynu można dopatrzeć się istnienia błędu. Tam, gdzie pewna osoba o pewnym czynie nie ma żadnego wyobrażenia, tam nie ma także wyobrażenia mylnego, nie ma błędu, (ani też chwilowej niezdolności do działań prawnych. Inaczej *Źródłowski* II. str. 318. Por. jednak *Zitelmann* na uwagi o różnicy między świadomością ogólną, a świadomością in concreto. *Irrth. u. Rechts.* str. 65 sq. i 360 sq.). Taki brak wszelkiego wyobrażenia o czynie zachodzi n. p. w następującym przypadku: Kto dajmy na to, zajęty rozmową z drugim i cały oddany tej rozmowie, kreśli bezwiednie swe nazwisko na papierach, przed nim leżących, i pomiędzy innemi nakreśla je na dokumencie, zawierającym zapis długu, który przypadkowo tam się znalazł, ten o swym czynie nie ma żadnego wyobrażenia, czyn dokonany nie istnieje wcale w jego wyobraźni, ani w formie mylnej, ani w formie trafnej. W tym przypadku nie ma także obiektywnie błędu, zblądzenia (*Verirrung*), t. j. nie ma niezgody między wolą a działaniem, ponieważ kładący podpis nie miał żadnej woli działania, z podpisem w związku będącej. Zbłądzić z drogi może zaś jeno ten, kto dążył do pewnego celu (por. *Hölder* l. c. str. 567). Przypadki opisanego rodzaju mogą być wprawdzie bardzo tylko rzadkie, przy testamentach są one nawet wprost niepraktyczne z powodu wymaganych formalności, ale w ogóle są one możliwe, a tem samem dowodzą, iż błąd nie może być ogólnym punktem wyjścia w rozważaniu przypadków nieświadomości czynu. Punktem stycznym jest tu jedynie nieświadomość czynu, a z tem brak woli oświadczenia. Każdy błąd jest wprawdzie oraz brakiem wiedzy o prawdziwym stanie rzeczy (*ignorantia*), ale nie odwrotnie, a chociaż *ignorantia* w prawie ma to samo znaczenie, jak błąd, ma je zaś dlatego, ponieważ błąd ze swej strony ma znaczenie z powodu mieszczącej się w nim nieświadomości, to zawsze czysta *ignorantia* co do swej istoty nie jest błędem (*Savigny* *Syst.* III. str. 111, *Brinz* str. 1397). Jeśli zaś mimo to czystą nieświadomość nazywają prawie powszechnie błędem w obszerniejszem znaczeniu, to jest to tylko nazwa, która nie zmienia istoty rzeczy, nazwa zresztą niewłaściwa, ponieważ pojęcie obszerniejsze (nieświadomość) podporządkowuje pod pojęcie ściślejsze (błąd), zamiast czynić odwrotnie.

Systematyczne przeciwstawienie przypadków nieświadomości samego czynu przypadkom nieświadomości znaczenia czynu przy-

nie przedmiotowo wyraża wolę sprowadzenia pewnych skutków prawnych, które nie są celem jego działania. Dzieje

czynia się zresztą do uwydatnienia tego, w jaki sposób w jednych i drugich przypadkach błąd wpływa na nieważność czynności prawnej. W pierwszych wyklucza błąd (jeśli istnieje) wolę oświadczenia, to zaś, że i wola, w tem oświadczeniu wyrażona, nie jest wolą osoby działającej, jest tylko konsekwencją braku oświadczenia (czynnu). Ostatecznie brakują w tych przypadkach i oświadczenie i wola oświadczona. W drugich wyklucza błąd wprost wolę oświadczoną (poniżej not. i do not. 22), a nie tyka wcale samego oświadczenia, tu zatem jest oświadczenie, a brakuje tylko wola oświadczona. Na tę różnicę zwraca się wprawdzie zwykle uwagę w notach i dodatkach, ale trafniej jest uwydatnić ją w samym założeniu.

Wreszcie, co jednak jest już mniejszej wagi, spełnia błąd w przypadkach nieświadomości znaczenia czynu psychologicznie jedną funkcją więcej, jest on tu powodem, że osoba działająca doбира nieodpowiednich znaków do wyrażenia swej woli. Tej funkcji nie spełnia błąd w przypadku nieświadomości samego czynu, tu nie błąd jest powodem nieudanego czynu, ale to zagadkowe coś, co staje poprzek mej woli i sprowadza me organa cielesne na bezdroża. Z tego przeciwstawienia nie wynika jednak wcale, jak Hasenöhrle (l. c. str. 552) sądzi, że w pierwszym przypadku błąd należy do kategorii błędu co do pobudki. Psychologicznie cel pewnego czynu jest zawsze oraz jego pobudką, wyobrażenie (trafne lub mylne) o skutkach pewnego czynu pobudką woli dokonania tego czynu (por. o tem nadzwyczaj bystre spostrzeżenia Zitelmann'a Irrth. u. Rechtsg. str. 157 sq. 328 sq.), ale ze względu na czynność dokonaną ma błąd wtedy tylko znaczenie błędu co do pobudki, jeżeli występuje jedynie i wyłącznie w tej funkcji, a zresztą nie stoi w żadnym związku z osnową działania. W takim tylko przypadku przedstawia się błąd czysto jako błąd co do pobudki; cała jego waga polega jedynie i wyłącznie na tej jego funkcji, azatem w takim tylko przypadku można mówić o błędzie co do pobudki. (Por. Vangerow §. 604. IV). W przypadkach wyżej pomienionych jest zaś błąd nie tylko pobudką woli oświadczenia, ale oraz błędem co do znaczenia (osnowy) tego oświadczenia. Ten związek z osnową oświadczenia jest właśnie tem, na czem tu polega główna i właściwa waga błędu, a wobec tego związku z osnową staje się funkcją błędu jako pobudki okolicznością nic nieznaczącą. — Dla wyróżnienia błędu co do pobudki od błędu innej kategorii, podalibyśmy następującą regułę. Jeżeli błąd jest pobudką woli oświadczenia, wtedy zawsze jest on błędem co do osnowy oświadczenia, i wtedy to ostatnie jego znaczenie ma wagę.

się to w ten sposób, iż spadkodawca, chcąc objawić pewną wolę, dobiera do tego pewnych środków oświadczenia w mniemaniu, że one przedmiotowo wyrażają tę jego wolę, kiedy w rzeczywistości wyrażają inną. Spadkodawca jest więc w błędzie (error) co do znaczenia użytych przez się środków oświadczenia, a z tego powodu jest on nieświadomy tego, co jego oświadczenie przedmiotowo wyraża. To, co oświadczenie przedmiotowo wyraża, jest zupełnie obce jego wyobraźni, a przeto także jego woli: *Errantis nulla voluntas est*. W tym przypadku istnieje tedy oświadczenie, wywołane wolą spadkodawcy, ale ta wola, którą to oświadczenie przedmiotowo wyraża (wola oświadczona), nie jest jego wolą, i ten właśnie brak woli oświadczonej jest przyczyną nieważności oświadczenia.²¹⁾

Jeżeli zaś błąd jest pobudką woli oświadczonej, wtedy ze względu na czynność dokonaną jest on błędem co do pobudki, innego znaczenia nie ma.

²¹⁾ Por. zamiast innych *Zitelmann Irrth. u. Rechtsg. str. 389 sq.* — *Brinz* (1 wyd. str. 1394. 1404 sq.), *Hölder* (l. c. str. 568 sq.) i *Rittner* (*Eher. str. 167*) przeczą temu, jakoby w przypadku błędu co do znaczenia pewnego oświadczenia, oświadczenie to nie było wyrazem rzeczywistej woli osoby działającej. Konsekwentnie utrzymują *Brinz* i *Hölder*, że błąd w tym kierunku nie może sam przez się sprowadzać nieważności czynności prawnej. (*Brinz* czyni jednak wyjątki. *Ob. pon. not. 32*). Zdanie to jest mylne, pochodzi ono z braku ścisłego odróżnienia woli oświadczenia od woli oświadczonej. To, czego działający w samej rzeczy chce, to są te zewnętrzne znaki, które mają objawić jego wolę wywołania pewnych skutków prawnych, i o tyle, ale tylko o tyle jest prawdą, że tu działający uczynił to, czego chciał. Ale wola, przez mylnie dobrane znaki przedmiotowo wyrażona (wola oświadczona), nie może być żadną miarą uważana za wolę osoby działającej, z powodów w tekście podanych. Nawet ze stanowiska osoby działającej nie można powiedzieć, że jej oświadczenie (sc. według jej słownika) zgadza się z wolą (*Hölder*, *Rittner*). Zdanie to, przypominające zapatrywanie *Tuberon*a, jest prostym sofizmatem i jest w źródłach stanowczo odrzucone. Kto dla z indywidualizowania pewnego przedmiotu użył nazwy, która *communi usu* tego przedmiotu nie wskazując, o tym powiada *L. 7. §. 2. D. de suppl. leg. 33. 10*, iż ten tego przedmiotu nie wymienił, którego chciał wymienić: *non videri dixisse, cuius non suo nomine usus sit*. Ze stanowiska osoby działającej to jest tylko prawdą, że działający mniema, iż jego oświad-

Obojętnem jest, czy błąd spadkodawcy da się uniewinnić lub nie, ponieważ w każdym razie oświadczeniu brakuje wola rzeczywista, a woli rzeczywistej oświadczenie.²³⁾ W niektórych atoli przypadkach ma rzeczywista wola spadkodawcy mimo zaszłego błędu skutek prawny, o ile oświadczenie może być za jej wyraz uważane, lub nawet bez tego zastrzeżenia.²⁴⁾

W obydwóch przytoczonych przypadkach nieświadomości spadkodawcy jest w każdym razie nieważne to oświadczenie, które nie jest wyrazem jego rzeczywistej woli, ale ztąd nie zawsze jeszcze wynika nieważność całego rozporządzenia ostatniej woli, a względnie ustanowienia dziedzica. Zależy to od tego, czy rozporządzenie ostatniej woli, a względnie ustanowienie dziedzica w całości nie jest wyrazem woli spadkodawcy, lub tylko pod tym lub owym względem. W pierwszym przypadku jest rozporządzenie ostatniej woli, a względnie odnośne ustanowienie dziedzica zawsze w całości nieważne, (n. p. spadkodawca podsunęty mu dokument w miejsce prawdziwego okazał świadkom z oświadczeniem, iż zawiera jego ostatnią wolę, — albo nie znając języka łacińskiego polecił podyktować sobie po łacinie

czenie wyraża jego wolę, ale ta strona dodatnia błędu jest obojętną, stanowczą jest strona ujemna: brak wiedzy o przedmiotem znaczeniu oświadczenia. Por. Zitelmann Irrth. u. Rechtsg. str. 326. 341 sq., 389 sq., Savigny Syst. III. str. 111.— Źródła stwierdzają stanowczo nasze zapatrywanie, uważając w przypadkach błędu co do znaczenia czynu brak woli za przyczynę nieważności: Errantis voluntas nulla est. Por. n. p. L. 19. 20. D. de aqua et aquae plu. 39. 3, L. 116. §. 2. D. de R. I. 50. 17.— Rittner (str. 166 sq.) nie dochodzi do podobnej, jak Brinz i Hölder konsekwencji, owszem uznaje w przypadkach niniejszych czynność prawną za nieważną, ale z przyczyn, zdaniem mojem, niedostatecznych. Rittner sądzi, że w tych przypadkach z powodu nieświadomości tego, co się stało nie może być wcale uważane za czyn osoby działającej (str. 164 i 168 w nocie), a jednak w tych przypadkach działający ma świadomą wolę oświadczenia, i to co się stało, jest wpływem jego woli.

²³⁾ Por. Windscheid §. 76. do not. 3, Vangerow I. §. 83. Uw. 1. III, Zitelmann Irrth. u. Rechtsg. str. 348, Pernice l. c. str. 133.

²⁴⁾ Ob. poniż. do not. 34 i 35.

list do przyjaciela, a dyktujący podyktował mu test. parentum inter liberos, albo spadkodawca dyktował testament, a pisarz mimo jego wiedzy dopisał jedno ustanowienie dziedzica więcej²⁵⁾), w drugim zaś tylko wtedy, jeżeli brak woli dotyczy okoliczności istotnej, t. z. jeżeli testament, a względnie ustanowienie dziedzica w tem, co stanowi jego istotę, nie jest wyrazem woli spadkodawcy.²⁶⁾ Tak mianowicie nieważny jest cały testament, jeśli z pomienionego powodu nieważnym jest jedyne, w nim zawarte ustanowienie dziedzica.²⁷⁾ Ustanowienie dziedzica jest nieważne w następujących przypadkach:²⁸⁾

1) Jeżeli oświadczenie co do natury czynności prawnej nie wyraża rzeczywistej woli spadkodawcy, n. p. spadkodawca chciał napisać: Titius tutor esto, a pomyliwszy się napisał Titius heres esto,²⁹⁾ albo spadkodawca dyktował wyraźnie tutor, a pisarz napisał heres.³⁰⁾

²⁵⁾ Nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. L. 9. §. 5. D. de her. inst. 28. 5.

²⁶⁾ Zwykle określają to w ten sposób: Oświadczenie jest w całości nieważne, jeżeli błąd jest istotny, t. z. jeżeli dotyczy istotnych części oświadczenia. (Por. Savigny Syst. III. §. 135, Windscheid §. 76. do not. 5, *Źródłowski* §. 65. do not. c.) Z naszego stanowiska nie możemy się posługiwać tem określeniem, ponieważ sądzimy, że w przypadkach nieświadomości samego czynu, rzekomo działający nie zawsze jest w błędzie (pow. not. 21). — Co jest istotną częścią w czynnościach prawnych, na to nie można podać ogólnej reguły, zależy to od natury odnośnej czynności prawnej. (Por. *Rittner* Eher. str. 170, *Źródłowski* §. 65. not. c.) — *Zitelmann* (Irrth. u. Rechtsg. str. 384. 385. 463 sq.) odrzuca w ogóle różnicę między błędem istotnym a nieistotnym (z naszego stanowiska: między oświadczeniem, które w częściach istotnych, a oświadczeniem które w częściach nieistotnych nie jest wyrazem rzeczywistej woli), ale zasada, którą w miejsce tego stawia (str. 493), jest co najmniej bardzo nieuchwytna i niepraktyczna.

²⁷⁾ Por. §. 10. not. 5. — Aby w razie ustanowienia kilku dziedziców wszystkie ustanowienia z tego powodu były nieważne, to jest przypadek praktycznie niemożliwy.

²⁸⁾ Por. *Vangerow* §. 433. Uwa. 1. I.

²⁹⁾ *Brinz* (1 wyd.) str. 1400. b. — T. zw. error in negotio.

³⁰⁾ Pomienione dwa przypadki, jakkolwiek zewnętrznie po-

2) Jeżeli spadkodawca ustanowił dziedzicem osobę, której ustanowić nie miał zamiaru, bądź to, że przez pomyłkę napisał, lub przy testamentie ustnym wymówił inną osobę (indywiduum), jak zamierzał, n. p. patronus meus, zamiast frater meus,³¹⁾ bądź też, że w celu oznaczenia osoby dziedzica podał takie znamię, które przedmiotowo wskazuje inną osobę, jak spadkodawca sądził, n. p. ustanowił dziedzicem „swego najstarszego niewolnika“, sądząc, że nim jest Stichus, tymczasem Pamphilus jest najstarszy, albo, sporządzając testament ustnie, wskazał osobę dziedzica palcem, ale w skutek krótkiego wzroku lub zmierzchu wskazał na Tycyusza, sądząc, że wskazuje na Sejusza.³²⁾

dobne, są wewnętrznie zupełnie odmienne. W pierwszym zachodzi brak woli oświadczenia, w drugim woli oświadczonej. W drugim przypadku jest bowiem spadkodawca swego czynu (tego, co dyktuje) świadomy, ale nie wie o tem, że czyn ten w końcowym swym objawie (piśmie) wyraża wolę, której on nie ma. Por. Zitelmann Irrth. u. Rechts. str. 398 sq., także Brinz (1 wyd.) str. 1397. b.

³¹⁾ L. 9. pr. D. h. t.: Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti „frater meus“ (sc. scribere volens scripserit) „patronus meus,“ placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. L. 9. §. 7. D. eod., L. 2. §. 7. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

³²⁾ W przytoczonych i podobnych im przypadkach zachodzi tak samo, jak w przypadkach poprzednich (do not. 31), fakt ustanowienia dziedzicem osoby, której spadkodawca w rzeczywistości ustanowić nie chciał. Por. Savigny Syst. III. str. 270, Rittner Eher. str. 167, Pfaff i Hofmann Comment. II. str. 114. do not. 7, także Zitelmann Irrth. u. Rechtsg. str. 447 ze względu na analogiczny przypadek. Innego zdania jest Brinz (1 wyd. str. 1399. 1400. c. 1405. 1407) Stosownie do swego ogólnego zapatrywania (powy. not. 22) sądzi on, że ustanowienie dziedzicem innej osoby, zamiast zamierzonej, może zachodzić tylko w przypadkach nieświadomości samego czynu, (czyli jak się Brinz wyraża zblądzenia — Verirrung, powy. not. 21), że zaś w niniejszych przypadkach spadkodawca wskazuje tę osobę, którą wskazać chciał, a tylko mniema, że wskazany jest innym indywiduum, błędzi zatem nie co do samej osoby (corpus), lecz tylko in substantia. Wprawdzie uznaje Brinz (str. 1410 i 767) i w tych przypadkach ustanowienie dziedzica za nieważne, ale zasadniczo jest jego stanowisko mylne. Por. powy. not. i do not. 22.

Inaczej ma się rzecz wtedy, gdy spadkodawca pomylił się jedynie w bliższym opisanu (demonstratio) osoby dziedzica, czy to pod względem jej imienia (nomen proprium), czy pod względem innych przymiotów. Tego rodzaju demonstratio nie ma żadnego znaczenia, czy jest prawdziwą, czy błędną, jeśli tylko zresztą osoba dziedzica niewątpliwie i zgodnie z wolą spadkodawcy jest oznaczona (nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstravit.³³)

Kwestya, kiedy pewne oświadczenie odnosi się do osoby, która w rzeczywistości nie była w woli działającego (zamiana osoby), jest zresztą w ogóle zasadniczo sporną i często w praktyce trudną do rozwiązania. Por. prócz Brinza, z jednej strony Windscheid §. 76. not. 6, Zitelmann Irrth. u. Rechtsg. str. 435 sq. 549 sq., z drugiej Rittner Eher. str. 167. 181 sq., Exner Rechtserwerb dh. Tradition str. 279 sq. Dla naszego celu wystarczy następująca uwaga. Nie zawsze zachodzi tam błąd jedynie co do przymiotów osoby (in qualitate resp. według nomenklatury Brinza in substantia), gdzie spadkodawca pomylił się co do wymienionych przymiotów dziedzica. Osoby dziedzica nie może spadkodawca inaczej oznaczyć, jak tylko przez podanie pewnego jej znamienia, przymiotu (n. p. nazwiska, stanu, pokrewieństwa, miejsca pobytu itp), po którym każdy inny mógłby poznać, kto jest ustanowiony. Przymiot osoby, podany w tym celu, traci in concreto charakter prostego przymiotu, a staje się znamieniem, wskazującym to indywiduum w odróżnieniu od innych. Przez podanie tego znamienia chce spadkodawca oświadczyć wolę ustanowienia dziedzicem tego indywiduum, które pod tem znamieniem istnieje w jego wyobraźni, każde inne indywiduum nie istnieje w jego wyobraźni, azatem nie istnieje także w jego woli. Jeżeli więc podane znamię wskazuje w rzeczywistości inne indywiduum, jak spadkodawca sądził, to błąd jego dotyczy samej osoby dziedzica (corpus). O błędzie co do przymiotów może być zatem wtedy dopiero mowa, gdy osoba dziedzica jest już w pewien sposób (indubitabili signo) należycie z indywidualizowaną, a spadkodawca prócz znamienia indywidualności podaje inne jeszcze przymioty dziedzica, i co do nich się myli. Błąd taki nie wyklucza woli ustanowienia wymienionej osoby dziedzicem, ponieważ ta w inny sposób jest należycie z indywidualizowaną (pon. not. i do not. 33), może mieć jednak znaczenie jako błąd co do pobudki (por. §. 23. not. 49).

³³) L. 34. pr. D. de cond. et demon. 35. 1, L. 17. pr., L. 33. pr. D. eod., L. 49. (48) §. 3. D. h. t. Cf. L. 1. §. 8. D. de dote prael. 33. 4:.. quidquid demonstrandae (demonstra-

3) Jeżeli spadkodawca ustanowił dziedzica bez dodania warunku, który przydać zamierzał (n. p. sam pomylił się w pisaniu, lub pisarz opuścił). Inaczej jest w przypadku odwrotnym, jeśli dziedzic jest ustanowiony pod warunkiem, którego dodanie nie było zamiarem spadkodawcy, tu warunek uważa się za niedołączony, ustanowienie warunkowe za bezwarunkowe. W tym razie ma tedy rzeczywista wola spadkodawcy skutek prawny, jako zawarta *implicite* w oświadczeniu: *utrumque scriptum est et quod voluit* (sc. *institutio*) *et quod adiectum est* (sc. *condicio*).³⁴⁾

Nieistotną okolicznością w ustanowieniu dziedzica jest mianowicie oznaczenie części spadku; jeśli tedy w oświad-

tae?) *rei additur satis demonstratae, frustra est* — §. 29. I. de leg. 2. 20, L. 8. §. 2. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 4. C. de testam. 6. 23, L. 5. C. de hered. instit. 6. 24. (powy. not. 32. przy końcu).—Jeżeli spadkodawca, który nie nazywał się, dajmy na to Plotius, tak się wyraził: „Sempronius Plotii heres esto,“ to prawnicy rzymscy uważali to za błąd li co do imienia testatora, a przeto analogicznie ustanowienie za ważne. Trafniejszym jest jednak postanowienie Justyniana w L. 14. C. h. t. (... non est verisimile in suum nomen quendam errasse).

³⁴⁾ L. 9. §§. 5 i 6. D. h. t.—Co do L. 9. (8) C. de inst. et subst. 6. 25. pozornie sprzecznej por. Vangerow §. 433. Uwa. 1. I. 4.—Przytoczone postanowienia dowodzą, że prawnicy rzymscy warunek dodany zaliczali do istoty ustanowienia dziedzica. (por. także Mühlenbruch in Glück'a Comm T. 38. str. 436, Unger Syst. II. §. 82. not. 3, Zitelmann Irtth. u. Rechtsg. str. 492), azatem ustanowienie bezwarunkowe za istotnie odmienne od zamierzonego ustanowienia pod warunkiem. Tem się tłumaczy i tem tłumaczą prawnicy rzymscy, (jak wynika ze związku L. 9. pr. §§ 1 — 7. D. h. t.), pierwsze postanowienie, (por. także Brinz str. 1568), mylnem jest zaś zwykle tłumaczenie tego postanowienia z zasady, iż w tym razie testament co do swej osnowy jest niedokończony (Windscheid §. 546. not. 13, Vangerow §. 433. Uwa. 1. II, Sintenis §. 171. do not. 45). Warunek nie może być żadną miarą uważany za *essentiale testamenti*, a tylko brak takiego szczegółu w testamencie czyni go niedokończonym (por. not. 37. i 38). I w odwrotnym przypadku jest warunkowe ustanowienie istotnie odmienne od woli ustanowienia bez warunku, i jako takie, jako warunkowe ustanowienie jest ono nieważne, atoli w tym przypadku uwzględnia prawo okoliczność w tekście podaną (por. także tekst do not. 24), a tego nie można uważać za prostą chirurgiczną operacją (Brinz str. 1569).

czeniu wyrażoną jest inna część spadku, jak spadkodawca dziedzicowi wyznaczyć zamierzał, ustanowienie dziedzica jest mimo to ważne, a tylko oświadczenie co do części spadku nieważne. Dziedzicowi należy się w tym razie ta część spadku, która odpowiada rzeczywistej woli spadkodawcy, bez względu na to, czy w oświadczeniu wyrażona jest większa lub mniejsza część. W pierwszym przypadku dlatego, ponieważ w wyrażonej części większej mieści się także zamierzona część mniejsza („inest quadrans in semisse“), do wysokości części mniejszej zgadza się zatem oświadczenie z rzeczywistą wolą, w drugim na mocy pozytywnego przepisu.³⁵⁾

III. Oświadczenie winno być co do swej osnowy skończone (perfectum),³⁶⁾ wyrażać wolę spadkodawcy w całości, inaczej i to, co spadkodawca oświadczył, jest nieważne, chociażby miało pełne formy testamentu.³⁷⁾ Reguła ta stosowała się jednak tylko do przypadku, jeśli to, co spadkodawca nie oświadczył, należało do istotnej osnowy testamentu, miało być zatem ustanowieniem dziedzica, nie zaś innem rozporządzeniem.³⁸⁾

³⁵⁾ L. 9. §§. 2 i 3. D. h. t. Cf. L. 110. pr. D. de R. I. 50. 17: In eo, quod plus sit, semper inest et minus.— Por. Zitelmann Irrth. u. Rechtsg. str. 604 sq.

³⁶⁾ Perfectum w tem znaczeniu, w przeciwstawieniu do perfectum co do formalności. Por. § 16. do not 103.

³⁷⁾ L. 25. D. qui test. face. 28. 1: Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse... itaque primos heredes ex eo testamento non futuros... si constaret voluisse plures... heredes pronuntiare.

³⁸⁾ Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 38. str. 413 sq., Vangerow §. 433. Uwa. 1. II, Tewes §. 36. licz. 2.— Czy i o ile reguła ta nie stosowała się do testamentu militis (L. 35. D. de testa. mil. 29. 1), por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 62 sq.

§. 23.

3. Wymogi ważności tyczące się woli oświadczonej.

I. Wola spadkodawcy winna być pewną, stanowczą: *Certum consilium debet esse testantis.*¹⁾ Z zasady tej wynika:

1) Testator winien mieć pewne wyobrażenie o własnej swej osobie, jak również o osobie tego, kogo ustanawia dziedzicem. Z pierwszego względu nieważnym był testament, jeśli spadkodawca, który w rzeczywistości miał testamenti factionem, sam nie był tego pewnym, wątpił o swej zdolności lub był co do niej w błędzie. (*Nec testari potest, qui an liceat sibi testari dubitat.*)²⁾ Z pod tej reguły nie byli wyjęci wojskowi, jak niektórzy mniemają,³⁾ bo jeśli w źródłach jest mowa o tem, że miles lub veteranus sporządzają ważne testament, chociaż pozostają w niepewności, czy są sui lub alieni iuris,⁴⁾ to orzeczenie to jest raczej kon-

¹⁾ Ulp. XXII. 4.

²⁾ L. 1. pr. D. de leg. III, L. 14. 15. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 6. §. 8. D. de inius. rup. 28. 3, Ulp. XX. 11.— W ustępach tych jest wprawdzie mowa tylko o wątpliwości co do własnego status, ale mimo to niuzasadnioną jest opinia, że tylko tego rodzaju wątpliwość była przyczyną nieważności testamentu (Tewes I. str. 145 sq., Keller Pand. §. 482. b, Mühlenbruch w Glück'a Comm. T. 42. str. 40), przytoczone w tekście zdanie z L. 1. pr. D. de leg. III. dowodzi owszem, że tą przyczyną była niepewność o własnej zdolności testowania w ogóle, a podane ustępy są tylko zastosowaniem tej reguły do przypadków najważniejszych i najzwyczajszych. Nie ma zresztą wewnętrznej przyczyny, dla którejby czyniono tę różnicę, bo i wtedy, gdy wątpliwość testatora o zdolności testowania pochodziła, dajmy na to, z niepewności, czy ma wiek potrzebny, pozostawało prawdą: *qui incertus... est, certam legem testamento dicere non potest.* L. 14. D. cit. Por. o tem szczególnie Fein w Glück'a Commen. T. 44. str. 38 sq., którego zdanie wielu podziela. (Por. n. p. Vangerow §. 428 in fi., Windscheid §. 547. licz. 4, Fitting Castr. peculi. str. 191 sq.)

³⁾ Por. Mühlenbruch w Glück'a Commen. T. 42. str. 39 sq., Arndts §. 484, Keller Pand. §. 499. do not. 10, Puchta Pand. §. 462. not. e, Brinz (1 wyd.) str. 766. a.

⁴⁾ L. 11. §. 1. D. de test. mil. 29. 1, L. 9. D. de iure

sekwencyą tej reguły. Miles i veteranus mieli testamenti factionem (ze względu na peculium castrense), i jako filii, i jako patres familias,⁵⁾ ich wątpliwość co do tego status nie była przeto oraz wątpliwością co do zdolności testowania. — Z drugiego względu nieważnem było ustanowienie dziedzicem personae incertae.⁶⁾ Przez persona incerta nie rozumiano osoby, takniedokładnie określonej, iż z oświadczenia testatora nie można było wcale dojść, kogo właściwie chciał ustanowić dziedzicem, w którym to przypadku ustanowienie było nieważne z powodu braku oznaczenia osoby dziedzica,⁷⁾ lecz rozumiano osobę, w pewien sposób określoną, której jednak testator w chwili ustanowienia nie mógł sobie przedstawić jako pewne indywiduum: quam per incertam opinionem animo suo testator subicit.⁸⁾ W tem rozumieniu zaliczano do personae incertae:⁹⁾

a) Osoby, które dopiero przyszłe jakieś zdarzenie, podane przez testatora, wskazać miało, n. p. qui primus ad funus meum venerit, albo quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit. Ważnem było jednak tego rodzaju ustanowienie, jeśli spadkodawca oznaczył pewne koło osób, z którego dziedzic miał pochodzić — sub certa demonstratione, n. p. ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit.¹⁰⁾ Reguła ta obowiązuje także w prawie Justyniańskim; Justynian nie uchylił jej konstytucyą de incertis personis,¹¹⁾ ograniczył się owszem

codicil. 28. 7. — Por. do tych ustępów Fein l. c str. 34 sq., Fitting Castre. pecul. str. 191 sq., Vangerow §. 428. in fi.

⁵⁾ Por. §. 12. licz. 2.

⁶⁾ Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 351 sq., Vangerow §. 429. Uwa. 3.

⁷⁾ Por. powy. §. 22. not. 14.

⁸⁾ Gai. II. 238, §. 25. I. de lega. 2. 20. — Por. Mayer §. 16. not. 3, Arndts Civi. Schrif. II. str. 69.

⁹⁾ Że osoby prawne nie należały do personae incertae, o tem była już mowa. §. 14. not. 21.

¹⁰⁾ Ulp. XXII. 4, Gai. II. 287. Cf. Ulp. XXIV. 18, XXV. 13, Gai. II. 238, §. 25. I. de leg. 2. 20: „nec miles incertae personae poterat relinquere.

¹¹⁾ Tego zdania jest Heimbach Ueber Justinians Constitution de incertis personis w Zeit. f. Civ. u. Pro. T. 5. (1848) str. 101, Tewes I. str. 151, Müller str. 733. α, a jak się

do tej jedynie zmiany, iż (w roku 531) uznał wyjątkowo („*pietatis intuitu*“) za ważne ustanowienie dziedzicem ubogich i jeńców w ogólności.¹²⁾

zdaje także Hölder §. 78. II. B, i Mainz §. 382. not. i do not. 18. — Inną jest jednak panująca opinia. Przeważna część autorów sądzi, że pomieniona reguła została w całości uchylona konstytucją *de incertis personis*, że zatem w prawie Justyniańskiem ustanowienie osoby, w chwili sporządzenia testamentu indywidualnie nieuchwytniej, jest ważne, jeśli tylko jej określenie samo przez się jest tego rodzaju, iż w chwili, gdy testament ma mieć skutek, można już wskazać pewne indywiduum jako ustanowione. — Opinia ta jest wysnutą z §§. 25 i 27. I. *de lega.* 2. 20, lecz z podanej tamże, zbyt ogólnikowej i niedostatecznej relacji o konstytucji *de incertis personis*, dowiadujemy się o tem jedynie z pewnością, że Justynian poczynił pewne („*nec penitus*“) zmiany w dawniejszych przepisach o *personis incertis*, ale czy te zmiany tyczyły się w szczególności także kwestyi, w mowie będącej, o tem nie podaje ta relacja nic pewnego, ani za, ani przeciw. W obec tego musimy więc oprzeć się na innych sprawozdaniach o tej konstytucji, a właśnie w wyciągu z tej konstytucji, podanym przez Tipucitusa (por. §. 3. not. 35 i 37), po dwakroć jest o tem mowa, że Justynian pod względem kwestyi, w mowie będącej, pozostawił prawo dawniejsze niezmiennione: *L. un. C. de incert. perso.* 6. 48. §. 2: *Heredes incertos sibi constitutio vetat, nisi in utero est (sc. postumos. Heimbach l. c. str. 25), — §. 27: Et si quis dixerit heredem sibi eum fore, qui primus post mortem suam consul factus fuerit vel ad sepulchrum suum venerit etc.. quomodo talis institutio ex omni parte nullius momenti sit ideo, quia proprium heredis nomen non habeat. Że zaś ta relacja jest prawdziwą, to potwierdza pośrednio L. 48. (49) pr. C. de episco. et cler. 1. 3. z r. 531. Gdyby bowiem Justynian konstytucją *de incertis personis*, wydaną najpóźniej w roku 529 (Heimbach l. c. str. 5), uchylił był w zupełności dawniejsze prawo, natenczas byłoby niepotrzebnem, a co najmniej niestosownem, wydanie specjalnego przepisu względem ustanowienia ubogich i jeńców w r. 531 (pon. not. 12) tem motywować: *ne videatur quasi incertis personis heredibus institutis iudicium suum oppugnandum reliquisse.* — W Digestach umieszczono wreszcie ustęp z Ulpiana (*L. 9. §§. 9 — 11. h. t.*), który silnie za tem przemawia, że i w prawie Justyniańskiem ważność ustanowienia osoby, indywidualnie nieuchwytniej, zależała tak samo jak dawniej od dodania *certae demonstrationis*.*

¹²⁾ *L. 48. (49) C. de episco. et cleri. 1. 3. Por. §. 14. not. i do not. 32.*

b) Według dawniejszego prawa *postumos*,¹³⁾ t. j. osoby, dopiero po sporządzeniu testamentu narodzić się mające, za życia lub po śmierci testatora.¹⁴⁾ Postumi mogli być albo *sui* albo *alieni* (*s. extranei*), według tego, czy ze względu na spadkodawcę byli jego *heredes sui* lub *extranei*.¹⁵⁾ Do pierwszych należeli wszyscy ci, po sporządzeniu testamentu narodzeni, którzy przez śmierć spadkodawcy stawali się *homines sui iuris*.¹⁶⁾ W szczególności: α) Właściwi postumi, t. j. dzieci spadkodawcy pierwszego lub dalszego stopnia, które przez samo swe narodzenie po sporządzeniu testamentu dostały się pod bezpośrednią władzę (*patria potestas*) testatora, lub byłyby się dostały, gdyby jeszcze za życia spadkodawcy były przyszły na świat, n. p. syn lub córka, urodzeni za życia lub po śmierci spadkodawcy, wnuk lub wnuczka, urodzeni za życia spadkodawcy z syna, przed ich urodzeniem zmarłego, lub po śmierci spadkodawcy z syna, przed spadkodawcą zmarłego i t. d.¹⁷⁾ β) *Qui postumorum loco*

¹³⁾ Gai. II. 242: *Est enim (postumus) incerta persona.*

¹⁴⁾ Nazwy „postumus,” jakiebądź jest zresztą etymologiczne pochodzenie tego wyrazu, używają źródła dla oznaczenia osoby, narodzonej po (*post*) pewnym fakcie, wziętym na uwagę. W dziedziczeniu testamentowem i przeciwtestamentowem jest takim faktem sporządzenie testamentu, w dziedziczeniu beztestamentowem śmierć spadkodawcy. Gai. Visig. II. 3. §. 2: *Postumorum duo genera sunt, quia postumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint et illi, qui post testamentum factum nascuntur.* L. 3. §. 1. D. de iniur. 28. 3. Z narodzonymi później są pod wielu względami zrównani *qui postumorum loco sunt.*

¹⁵⁾ L. 5. (6) §. 1. D. de reb. dubi. 34. 5, Gai. II. 241: *Est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est.* §. 26. I. de lega. 2. 20.

¹⁶⁾ §. 2. I. de her. quae ab int. 3. 1: *Sui autem heredes existimantur, ... qui in potestate morientis fuerunt. ... Qui, si vivo parente nati essent, in potestate futuri forent, sui heredes sunt.*

¹⁷⁾ Ulp. XXII. 15. 19. *Postumi quoque liberi, id est qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt, ... si post mortem nostram nascuntur ... si viventibus nobis.* Col. XVI. cap. 2. §. 4: *Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.* §. 2. I. cit. (not. 16). Cf. Gai. I.

sunt, jakoto: α) Dzieci spadkodawcy dalszego stopnia (wnuk, wnuczka, prawnuk, prawnuczka i t. d.), urodzone po sporządzeniu testamentu za życia spadkodawcy z syna (wnuka i t. d.), w chwili ich urodzenia jeszcze żyjącego, które w skutek śmierci (a względnie cap. diminu.) tego syna (wnuka i t. d.) za życia spadkodawcy, przez successio in locum filii przeszły pod bezpośrednią władzę testatora.¹⁸⁾ β) Dzieci spadkodawcy, po sporządzeniu testa-

147: . . . si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. §. 4. I. de tutel. 1. 13. — Ze śmiercią bliższego descendantę stała na równi tegoż capitis diminutio, n. p. emancipatio, datio in adoptionem po poczęciu dalszego descendantę. (§. 9. I. quib. mod. ius pot. 1. 12).

¹⁸⁾ Gai. II. 133, Ulp. XXIII. 3, §. 2. I. de exher. liber. 2. 13, L. 13. D. de iniu. rup. 28. 3, L. 29. §. 15. de liber. et postu. 28. 2, L. 2. C. de lib. praet. 6. 28. — Natomiast nie był suus spadkodawcy descendent dalszego stopnia, dajmy na to wnuk, urodzony po jego śmierci z syna, który przeżył spadkodawcę, bez różnicy, czy ten syn zmarł przed lub po narodzeniu się wnuka. W dziedziczeniu testamentowem (odmiennie od dziedziczenia beztestamentowego §§. 7 i 8. I. he hered. quae ab int. 3. 1, L. 7. pr. D. si tab. test. nul. 38. 6, L. 1. §. 8. D. de suis. 38. 16) rozstrzygającą była chwila śmierci testatora, jako chwila otwarczenia spadku. Ten tylko po śmierci testatora narodzony był jego suus, kto w tej chwili pozostawałby bezpośrednio pod jego władzą, gdyby się był za życia spadkodawcy („vivo parente“ powy. not. 17) narodził, w naszym zaś przypadku przegradzałby w tej chwili spadkodawcę od wnuka syn żyjący. L. 9. §. 2. D. de liber. et post. 28. 2, L. 6. pr. D. de iniu. rup. 28. 3, L. 7. pr. D. si tab. nul. 38. 6. in fi. Z pod tej reguły nie było także wyjątku w przypadku, gdy filius w chwili śmierci testatora pozostawał w niewoli nieprzyjacielskiej i zmarł w tej niewoli dopiero po śmierci testatora. Por. Schmidt Das formelle Recht der Notherben str. 13, Schröder Das Notherbenrecht str. 13 sq.) W takim razie filius, dostawszy się do niewoli, stawał się servus, wnuk nie mógł przeto po śmierci testatora dostać się pod jego władzę. Ze względu na możliwy powrót z niewoli był wprawdzie na mocy ius postliminii status wnuka w zawieszaniu, ale skoro powrót nie nastąpił, pozostawał przy tem, iż filius z chwilą dostania się do niewoli prawnie istnieć przestał (§. 5. I. quib. mod. ius 1. 12, L. 12. §. 1, L. 22. §. 2. D. de capti. 49. 15. Cf. Gai. I. 129), że zatem nie było bliższego descendantę, któryby w chwili śmierci testatora wnuka wykluczał z pod jego bezpośredniej władzy, czy ten wnuk już istniał, czy do-

mentu narodzone, które z tego powodu dostały się bezpośrednio pod jego władzę, iż ojciec spadkodawcy, dzierżący nad nim *patriam potestatem*, zmarł lub uległ *capi. dimin. maximae* lub *mediae*.¹⁹⁾ γγ) Każdy po sporządzeniu testamentu narodzony, który stał się bezpośrednio zależnym od władzy testatora przez *adopcya*, *arrogacya*, *legitymacya*, a według prawa przedjustyniańskiego także *causae probatione*. *Legitimatio* i *causae probatio* mogły zajść i po śmierci testatora.²⁰⁾ — Każdy inny, po sporządzeniu testamentu narodzony, był *postumus alienus*. Mógł to być zresztą *descendent* spadkodawcy (n. p. wnuk z syna *emancypowanego*, poczęty po *emancypacji*,²¹⁾ wnuk, urodzony za życia spadkodawcy z syna, zostającego pod władzą, który przeżył spadkodawcę²²⁾), lub jego krewny poboczny, lub osoba zu-

piero narodził się po śmierci testatora. L. 6. §. 1. D. de inu. rup. 28. 3: . . . quia supra scripta persona (sc. filius) ei non obstat, nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat. L. 9. §. 2, L. 29. §§. 6 i 14. D. de liber. et post. 28. 2: . . . possis dicere vivo patre hunc (sc. filium) suum heredem esse desisse, licet post mortem decedat, quia nec redit nec potest redire. Cf. L. 1. §§. 4 i 5. D. de suis et leg. 38. 16. — Por. Bechmann Das ius postliminii u. die lex Cornelia str. 25 i 40. not i do not. 1.

¹⁹⁾ L. 28. §. 1. D. de lib. et postu. 28. 2.

²⁰⁾ Gai. II. 138. 142, Ulp. XXIII. 5, Coll. XVI. cap. 2. §. 5, cap. 3. §. 7, §. 1. I. quib. mod. test. 2. 17. Co do *legitimatio* por. Müller str. 628 sq.— Należy tu także według przytoczonych źródeł, (por. nadto Gai. II. 141, Coll. XVI. cap. 2. §. 6, §. 4. I. de here. quae ab int. 3. 1), wyzwolenie dziecka ex *prima secundave mancipatione*, tudzież powrót z niewoli nieprzyjacielskiej, ale tego rodzaju zdarzenia były ze względu na osoby, narodzone po sporządzeniu testamentu, niepraktyczne.

Ze względu na *dziedziczenie przeciwtestamentowe*, o czem na właściwym miejscu będzie mowa, należały do tych, qui *postumorum loco sunt*, także osoby, które w chwili sporządzenia testamentu były już na świecie, ale dopiero po sporządzeniu testamentu w jeden z pomienionych sposobów stały się *sui heredes* spadkodawcy. Osoby te pominęliśmy, ponieważ one nie należały do *personae incertae*, a o tych jedynie jest tu mowa.

²¹⁾ Gai. I. 135, II. 241, §. 9. I. quib. mod. ius. 1. 12.

²²⁾ Gai. II. 133. 156, §. 2. I. de hered. quae ab int. 3. 1. — Por. powy. not. 18.

pełnie obca²³⁾ (n. p. syn przyjaciela, po sporządzeniu testamentu narodzić się mający).

Pierwotnie nie mogli być ustanowieni w testamencie postumi w ogóle, tak sui, jak alieni.²⁴⁾ Atoli wcześniej już poczęło ius civile czynić wyjątki od tej reguły na rzecz postumorum suorum, uznając powoli ich ustanowienie za dopuszczalne, tak że w czasach klasycznej jurysprudencji każdy postumus suus mógł być ważnie ustanowiony dziedzicem,²⁵⁾ nawet przez testatora nieżonatego, jeśli tylko tenże mógł wejść w związki małżeńskie.²⁶⁾ Względem postumos alienos pozostała natomiast dawniejsza reguła iuris civilis niezmieniona. Dalej poszło prawo pretorskie, przyznając także postumis alienis, ustanowionym w testamencie, bon. poss. secundum tabulas.²⁷⁾ W prawie Justyniańskim

²³⁾ Por. pon. not. 27.

²⁴⁾ Gai. I. 147, II. 242. 287. — Gaius mówi wprawdzie tylko o postumis alienis, ponieważ za jego czasów postumi sui mogli już być ważnie ustanowieni dziedzicami. Nie ulega jednak wątpliwości i to jest powszechną opinią, że pierwotnie nieważność ustanowienia odnosiła się także do postumos suos, ponieważ i oni podpadali pod pojęcie personae incertae. Dowodzi tego nadto powolne i uporne rozwijanie się przepisów iuris civilis, dopuszczających li krok po kroku postumos suos do ustanowienia w testamencie. Por. L. 29. D. de lib. et postu. 28. 2.

²⁵⁾ Por. szczególnie Mühlenbruch w Glück'a Commen. T. 36. str. 139 sq., Leist eod. Ser. 37 et 38. T. 3. str. 89 sq., Francke Das Recht der Notherben u. Pflichttheilsberechtigten, Heumann w Zeit. f. Civilrecht u. Proc. T. 19. (1844) str. 309 sq., Schmidt Das formelle Recht der Notherben, Schröder Das Notherbenrecht. — Poniżej: Dziedziczenie przeciwtestamentowe.

²⁶⁾ L. 4. 5. 6. 9. pr. §. 4, L. 27. 28. §§. 2 i 3. D. de lib. et post. 28. 2. Por. Leist l. c. T. 4. str. 11 sq.

²⁷⁾ L. 3. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, pr. I. de B. P. 3. 9. Theophilus ad h. l.— Por. Leist l. c. T. 4. str. 21 sq. Tę Bo. Pos. secu. tab. mają na uwadze słowa Instytucyi (§. 28. de lega. 2. 20): Postumus alienus heres institui et antea poterat.— Przeciwno opinii Heumanna (l. c. str. 331 sq., 338 sq., por. także Beckhaus §. 39. 2. a), że pretor udzielał B. P. secu. tab. tym jedynie postumis alienis, którzy byli descendentami spadkodawcy, że niemniej i w prawie Justyniańskim jedynie descendenci postumi mogli być ustanowieni dziedzicami, por.

wreszcie odpadły zupełnie dawniejsze ograniczenia. Konstytucją swą *de incertis personis* postanowił Justynian, że każdy postumus, tak *suus*, jak *alienus*, może być ważnie ustanowiony dziedzicem, zawsze jednak pod warunkiem, jeśli w chwili śmierci testatora był przynajmniej poczęty.²⁸⁾

2) Dziedzic winien być ustanowiony przez samego testatora, nieważnem było przeto rozporządzenie, jeśli testator oznaczenie osoby dziedzica pozostawił woli trzeciej osoby („*heredesunto, quos Titius voluerit*“),²⁹⁾ chyba że testator wymienił pewne koło osób, z którego ów trzeci dziedzica miał wybrać.³⁰⁾ Podobnie nie można było skuteczności ustanowienia kogoś dziedzicem uczynić zawisłą od nagej woli osoby trzeciej („*si Titius voluerit, Sempronius heres esto*“), ponieważ i w takim przypadku ustanowienie dziedzica wypływało ostatecznie z woli trzeciego, a nie z woli samego testatora. Natomiast można było skuteczność ustanowienia dziedzica uczynić zawisłą od dowolnego działania trzeciej osoby („*si Titius in Capitolium ascenderit*“). Działanie to miało znaczenie warunku, a jakkolwiek dopełnienie czynu zależało od dowolności trzeciej osoby, to jednak samo rozporządzenie testatora nie było tu zawisłe

Vangerow §. 429. Uwa. 3. licz. 2, Leist l. c. T. 4. str. 29 sq., Arndts eod. T. 46. str. 398 sq.

²⁸⁾ L. un. §§. 1. 2. C. de incert. perso. 6. 48, §. 28. I. de leg. 2. 20, pr. I. de bon. pos. 3. 9. — Por. §. 3. not. 37.

Z postanowieniem, że postumus może być ustanowiony dziedzicem, powstał samo przez się wyjątek od zasady, wymagającej od dziedzica zdolności dziedziczenia już w chwili sporządzenia testamentu (powy. §. 6. not. 30, §. 14. not. 34), ponieważ o zdolności lub niezdolności osoby, w tej chwili jeszcze nie narodzonej, nie mogła być wcale mowa.

²⁹⁾ L. 32. pr. D. h. t.

³⁰⁾ Za tem przemawia nietylko podobne postanowienie względem zapisów (L. 7. §. 1. D. de reb. dub. 34. 5: . . . *nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est, positum est*, por. Windscheid §. 547. not. 3, Sintenis §. 171. not. 8, Mayer §. 19. do not. 12), ale nadto analogia z przypadkiem, omówionym pod licz. 1. a. Jeżeliby trzeci nie uczynił wyboru, wszyscy wymienieni mają prawo do dziedzictwa. L. 16. 24. D. de lega. II. Pod obydwoma względami inaczej Arndts Civi. Schrif. II. str. 78. not. 88.

od nagiej woli tej osoby („scriptura non est expressa voluntas Titii“), lecz od jej działania, tak samo, jak gdyby było zawisłem od innego przypadkowego warunku.³¹⁾ Ważnem było także ustanowienie dziedzica, którego skuteczność testator uczynił zawiśłą od słusznego ocenienia (arbitrium boni viri) trzeciej osoby (Sempronius heres esto, si Titius aestimaverit,— comprobaverit,— iustum putaverit).³²⁾

3) Jeżeli testator ustanowił dwie lub więcej osób alternative („ille aut ille heres esto“), natenczas wedle pozytywnego przepisu Justyniana wszyscy wymienieni mieli być uważani za ustanowionych („aut“=„et“). Przedtem było to spornem, jak należy tłómaczyć takie rozporządzenie.³³⁾

II. Pobudki woli są z reguły obojętne. Prawo wymaga do istoty czynności prawnej woli i oświadczenia tej woli, to zaś, co było popędem tej woli, ów wewnętrzny proces powstania woli, to wszystko wychodzi już poza kres działalności prawa. Od tej reguły zachodzą atoli ważne wyjątki wtedy, gdy na postanowienie osoby działającej wpływały groźba, błąd, lub podstęp.

Groźba (przymus moralny), czyli właściwie mówiąc, bojaźń, trwoga (metus, vis metusve), wywołana groźbą trzeciej osoby, nie wyklucza woli. Quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.³⁴⁾ Czynność prawna, dokonana dla uniknięcia tego złego, którem ktoś trzeci grozi, jest zatem mimo to wyrazem rzeczywistej woli osoby działającej, a jako taka nie może być sama przez się uważana za nieważną.³⁵⁾ Lecz z drugiej strony widocznem jest

³¹⁾ L. 69. 68) D. h. t., L. 52. D. de cond. et demon. 35. 1 : . . . expressa nocent, non expressa non nocent.

³²⁾ Windscheid §. 547. do not. 6, Sintenis §. 171. not. i do not. 7.— Przeciwno zdaniu Windscheida §. 547. do not. 3, że także oznaczenie osoby dziedzica można było pozostawić słusznemu ocenieniu trzeciej osoby, przemawia i brak podobnego postanowienia względem zapisów, i istota rzeczy.

³³⁾ L. 4. C. de verb. et rer. signi. 6. 38.

³⁴⁾ L. 21. §. 5. D. quod metus cau. 4. 2, L. 22. D. de ritu. nup. 23. 2.

³⁵⁾ Przeciwno tej teorii, od czasów Savigny'ego (Syst. III. str. 101 sq.) panującej, wystąpili w nowszych czasach: Kritiz (Rechtsfälle V. str. 38 sq.), Schliemann (Die Lehre vom Zwange

także, że czyn, spowodowany groźbą, nie pochodzi z własnego popędu (non sua sponte), że działający nie powziąłby tej woli, którą objawił, gdyby nie był skrepowany obcą przemocą: si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.³⁶⁾ Groźba wdziera się więc krepująco w cudzą sferę swobodnego działania, a tem samem, jeśli jest bezprawna, przedstawia się jako czyn niegodziwy. Okoliczności tej nie może prawo nie uwzględnić, nie może dopuścić, aby ktoś ze swego czynu niegodziwego ze szkodą innych odnosił korzyści. Zadaniem prawa jest więc uchylić skutki czynności, groźbą wymuszonej, do tego potrzeba jednak osobnych pozytywnych przepisów, skoro czynność prawna, mimo przymusu, sama w sobie odpowiada warunkom ważności. Podobnie zaś, jak pozytywne prawo orzeka o tem, czy w ogóle skutki czynności, groźbą spowodowanej, mają być uchylone, tak samo zależy od pozytywnego prawa oznaczenie sposobu uchylenia tych skutków. Prawo może na wypadek zaszłej groźby, uwzględniając inne jeszcze stanowcze okoliczności, jedne czynności uznać wprost za nieważne (nulla), inne znowu uważać za ważne, a tylko podać środki prawne do uchylenia wywołanych przezeń skutków.³⁷⁾ To właśnie stanowisko zajmuje prawo rzymskie.³⁸⁾

str. 95 sq.), i Schloßmann (Zur Lehre vom Zwange str. 116 sq.), utrzymując, że czynność groźbą wymuszona, z istoty rzeczy jest samo przez się nieważna. Zdania tego nie podzielam z powodów, przez innych już przytoczonych. Por. Windscheid §. 80. not. 2, Schulin Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio str. 24 sq., tudzież recenzją o rozprawie Schloßmanna w Göttinger gelehrte Anzeigen z r. 1874. T. 3. str. 1651 sq.

³⁶⁾ Temu zapatrywaniu dają źródła wyraz na wielu miejscach. Por. Brinz (1. wyd.) str. 1421.

³⁷⁾ Por. Rittner Eherecht §. 28. not. 2, Bekker krit. Viertelj. T. 3. str. 201 sq., Karlowa Das Rechtsgeschäft str. 138.

³⁸⁾ Kwestya sporna od czasu Glossatorów (por. Schliemann l. c. str. 179 sq.). Według teorii, po dziś dzień panującej, ma mieć groźba w prawie rzymskiem z reguły ten skutek, iż poszkodowany może żądać uchylenia skutków czynności wymuszonej, a tylko wymuszona manumissio niewolnika ma być sama przez się nieważna. Por. zamiast innych Vangerow §. 605. Uwa. 2, Windscheid §. 80, Maynz II. §. 203.

Ze względu na rozporządzenia ostatniej woli w szczególności miała groźba następujące znaczenie.

Jeżeli testator groźbą był zniewolony do sporządzenia testamentu, a względnie ustanowienia kogoś dziedzicem, natenczas testament, a względnie odnośne ustanowienie dziedzica, były samo przez się ważne, ale ich skutki mogły być zniesione. W tym celu mogli przeciwko wymuszonemu rozporządzeniu wystąpić ci, którym w braku tego rozporządzenia dziedzictwo byłoby przypadło, azatem według okoliczności dziedzice beztestamentowi, dziedzice ustanowieni w testamencie wcześniejszym, lub wreszcie dziedzice ustanowieni ważnie w tym samym testamencie.³⁹⁾ Ten, kto

Atoli Brinz (1 wyd. str. 1423 sq.), Schliemann (l. c. str. 60 sq.), Schlossman (l. c. str. 31 sq.) i Czyhlarz (Jahrb. f. Dog. T. 13. str. 21 sq.) przytaczają źródła, przemawiające za tem, iż prócz manumissyi inne jeszcze czynności prawne z powodu groźby były ipso iure nieważne, a usiłowania wyłączenia tych źródeł w myśl panującej teoryi (por. prócz innych Schulin l. c. str. 31 sq.) trudno, przynajmniej co do niektórych z nich, uznać za udane. Nader wątpliwem pozostaje jednak, czy i jakiej zasady trzymało się prawo rzymskie, uznając jedne czynności z powodu groźby za ipso iure nieważne, inne tylko za zaskarżalne. Pomienieni wyżej autorowie są pod tym względem rozmaitego zdania.

³⁹⁾ Kwestya ta jest nietylko sporna, ale oraz nader wątpliwa. O wymuszonem sporządzeniu testamentu jest mowa tylko w jednym ustępie źródła (L. 1. C. si quis aliq. test. prohi. 6. 34), a z niego dowiadujemy się to jedynie, iż testament taki mógł być przedmiotem sporu: „Civili disceptationi“ crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel quoslibet alios quos noluerit scripserit. Ustęp ten (civilis disceptatio) uchyla stanowczo zdanie Schlossmanna (l. c. str. 48 sq.), na które godzi się Spaltenstein (krit. Viertelj. T. 17. str. 119), jakoby groźba nie miała żadnego wpływu na ważność testamentu, ale pozostawia w wątpliwości, czy testament był (ipso iure) nieważny, lub tylko zaskarżalny. Przeważna część autorów utrzymuje pierwsze (por. prócz innych Glück Com. T. 33. str. 426 sq., Mühlenbruch eod. T. 43. str. 485 sq., Mayer §. 31. e, Tewes §. 35. II. C, Arndts §. 491. not. 2, Brinz str. 1425, Schliemann str. 80 sq., Czyhlarz str. 27 sq., Maynz III. str. 325 sq., Zielonacki §. 375. licz. 3), ale przytoczone przez nich powody nie są przekonujące. Nie przemawia za tą opinią,

dopuszczył się groźby, tracił nadto, jako niegodny (*indignus*), na rzecz fiskusa to, coby był otrzymał ze spadku bez zaszłego przymusu. (N. p. jeden z dziedziców ab *intestato* przymusił spadkodawcę do sporządzenia testamentu i usta-

ani L. 2. §. 7. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, ani L. 20. §. 10. D. qui test. fac. 28. 1. (por. Vangerow §. 431. Uwa. 1. licz. 2), ani też sama L. 1. C. cit. Słowa tego ustępu: *quos noluerit scripserit*, mogą z uwagi na zasadę: *tamen coactus volui*, znaczyć jedynie: *quos non sua sponte scripserit* (powyż. do not. 36). Cośkolwiek możnaby wprowadzić na poparcie tej opinii wysnuć z *Basylików* w (*lib. 35. tit. 4. cap. 4* i *scholie* do tego), lecz zdaniem mojem więcej uzasadnioną jest druga opinia, że ustanowienie dziedzica, groźbą wymuszone, było samo przez się ważne, ale mogło być unieważnione. (Por. Vangerow l. c., Windscheid §. 548. licz. 1, Puchta *Pand.* §. 472, Sintenis §. 171. III. 1, Keller *Pand.* §. 492. III. A, Baron §. 396. licz. 2, Vering *Erbr.* str. 301 sq., Beckhaus §. 53. licz. 1). Na poparcie tej opinii nie można jednak powoływać się na to, iż taka była ogólna co do wpływu groźby reguła, bo takiej reguły nie znało prawo rzymskie (powyż. not. 38), ani też nie można do wymuszonych testamentów stosować przepisów pretorskich o *actio, exceptio quod metus causa, in integrum restitutio propter metum*, ponieważ przeciwko temu przemawia nie tylko L. 20. D. de V. S. 50. 16. (Cf. L. 1. pr. D. quod metus cau. 4. 2), ale nadewszystko ta uderzająca okoliczność, iż w źródłach nie ma żadnej wzmianki o zastosowaniu tych środków prawnych do testamentów, a przecież nie brakło było prawnikom rzymskim sposobności do wypowiedzenia swego w tej mierze zapatrywania. Ale bo też środki te nie mogły być wcale zastosowane do testamentów, ponieważ służyły tylko przymuszonemu lub jego dziedzicom (*Schliemann l. c.* str. 81 sq.), przymuszonym zaś był zmarły testator, a do dziedzictwa były powołane właśnie osoby pod groźbą ustanowione. Najtrafniej, zdaniem mojem, rozwiązuje tę kwestyą Windscheid §. 548. not. 2. Względem testamentu, groźbą wymuszonego, mogła powstać *civilis disceptatio*. O co chodziło się przy tej *disceptatio*, o tem mileżą źródła, najbliższem jest więc przypuszczenie, że do testamentów, a względnie poszczególnych ustanowień, groźbą wymuszonych, stosowała się reguła (L. 4. §. 10. D. de doli mali et metus exce. 44. 4): *Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, per exceptionem doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur*. Cf. L. 72. §. 6. D. de cond. et demon. 35. 1: . . . *sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse, i* powyż. do not. 36. — Zresztą nadmienić należy, że

nowienia go dziedzicem całego spadku).⁴⁰⁾ Pomieniony skutek groźby zależał jednak od tego, aby groźba była bezprawna, zagrożone zle znaczniejsze, a trwoga, groźbą wywołana, uzasadniona.⁴¹⁾ Samo namawianie testatora do pe-

w praktyce jedna i druga teorya prowadzi do tego samego rezultatu, jakkolwiek Arndts (l. c.) i Maynz (III. str. 326. not. 17) temu przeczą. Jeżeli testator (przykład Arndtsa) ustanowił dziedzicem dobrowolnie Sejusza do $\frac{1}{4}$, a w skutek groźby Caja do $\frac{3}{4}$ zamiast Tycyusza, któregooby chciał być ustanowić, natenczas Tycyusz, chociażby był dziedzicem ab intestato nie może powołać się na zaszłą groźbę, czy ustanowienie Caja jest ipso iure nieważne, czy tylko zaskarżalne. Tycyusza jako dziedzica ab intestato wyklucza bowiem w jednym i drugim przypadku ważny testament, ważny z powodu ważnego ustanowienia Sejusza. Według jednej i drugiej teoryi korzystałby zatem z nieważności ustanowienia Caja jedynie Sejusz, na mocy iuris accrescendi.

Czwartą opinią (por mianowicie Rossirt Testam. Erbr. I. str. 262 sq.), że groźba nie czyniła ustanowienia dziedzica, ani ipso iure nieważnem, ani zaskarżalnem, jeno miała ten skutek, iż dziedzic tracił schedę jako indignus na rzecz fiskusa, można uważać po dziś dzień, (por. jednak Dernburg Preussi. Privatrecht III. (1880) §. 127. not. 6), i to słusznie za zarzucaną. Por. Vangerow l. c., Schliemann str. 80 sq.

⁴⁰⁾ Por. Vangerow §. 431. Uwaga 1. licz. 2. in fi., Windscheid §. 548. not. 3 i 4. — Temu przeczy Glück Com. T. 33. str. 432 sq.

⁴¹⁾ L. 3. §. 1. D. quod metus cau. 4. 2: Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat. — L. 5. D. eod.: Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis. — L. 6. D. eod.: Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat. O znaczeniu tych przymiotów groźby por. szczegółowo Schliemann l. c. str. 15 sq., Windscheid §. 80. not. 6, i Rittner Prawo kościelne T. II. str. 318 sq. — Czy skutki groźby w odniesieniu do testamentów zależały w samej rzeczy od pomienionych jej przymiotów, to jest także wątpliwe. (Por. Czyhlarz l. c. str. 29 sq.). Źródła o tem milczą zupełnie. Rozwiązuję jednak to zagadnienie twierdząco nie dlatego, jakoby uważał, iż przepisy pretorskie o przymiotach groźby miały zastosowanie także do testamentów (powyż. not. 39), lecz z tego powodu, ponieważ z natury rzeczy tylko w przypadku tego rodzaju groźby można słusznie powiedzieć: testator non sua sponte testamentum fecit (L. 1. C. cit.), azatem heres non habet voluntatem (powyż. not. 39).

wnego rozporządzenia, chociażby nawet natarczywe, nie miało znaczenia groźby.⁴²⁾

W odwrotnym przypadku, gdy spadkodawca groźbą został wstrzymany od sporządzenia testamentu, lub od zmiany sporządzonego,⁴³⁾ miała groźba ten skutek, iż ten, kto dopuścił się groźby, tracił na rzecz fiskusa jako indignus to, co mu w skutek owego wstrzymania spadkodawcy od działania ze spadku przypadło, (n. p. jako dziedzicowi ab intestato, lub ustanowionemu w testamencie).⁴⁴⁾ Groźba, spełniona przez jednego z dziedziców (ab intestato lub ustanowionych w testamencie), nie szkodziła innym.⁴⁵⁾ Taki sam skutek zachodził także wtedy, gdy ktoś w inny sposób umyślnie przeszkodził spadkodawcy sporządzić testament lub zmienić sporządzony, n. p. odwołując świadka, albo pisarza testamentu od współdziałania.⁴⁶⁾

Błąd co do pobudki (*error in motivis, in causa*) nie wyklucza woli. Wola, wywołana mylnem wyobrażeniem o pewnym fakcie, jest tak samo wolą rzeczywistą, jak wola, pochodząca z pobudki, o której działający ma zgodne z prawdą wyobrażenie. Gdy zaś pobudka w ogóle dla prawa jest obojętną, to tem samem obojętnem jest także, czy

⁴²⁾ L. 3. D. si quis aliq. test. proh. 29. 6, L. 3. C. si quis aliq. 6. 24. Por. Windscheid §. 548. not. 6, Vangerow §. 431. Uwa. 1. licz. 2. in fi. — Inaczej Glück l. c. str. 433 sq.

⁴³⁾ Tit. Dig. 29. 6. Cod. 6. 34. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.

⁴⁴⁾ L. 1. §. 2. D. h. t., L. 2. 4. C. h. t., L. 19. D. de his quae ut ind. 34. 9.

⁴⁵⁾ L. 2. §. 1. D. h. t. Por. atoli L. 1. §. 1. D. h. t. i L. un. D. quib. non comp. bon. pos. 38. 13, a do tego Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. II. str. 170 sq.—Jeżeli groźbę spełnił ktoś trzeci, względem spadku zupełnie nie interesowany, nateczas o indignitas dziedziców powołanych nie mogło być oczywiście mowy, ale ci, którzy w braku groźby byłiby ustanowieni dziedzicami, mogli mieć według okoliczności prawo żądania wynagrodzenia szkód od tego, kto groźbę spełnił. Por. Windscheid §. 548. not. 9. b, Vangerow §. 431. Uwa. 1. licz. 1, Sintenis §. 171. not i do not 56.

⁴⁶⁾ L. 1. pr., L. 2. pr. D. h. t., L. 3. §. 5. D. ad SCTum Treb. 36. 1.

pobudka jest prawdziwą lub mylną.⁴⁷⁾ Błąd testatora co do pobudki nie miał przeto z reguły żadnego wpływu na ważność ustanowienia dziedzica, nawet jeśli mylna pobudka była wyrażona w testamencie. *Falsa causa non nocet.*⁴⁸⁾ Od tej reguły odstąpiło jednak prawo na ten wypadek, jeżeli między ustanowieniem dziedzica, a błędem co do pobudki, zachodził taki przyczynowy związek, iż z pewnością można było twierdzić, że testator nie byłby uczynił tego rozporządzenia, gdyby nie był w błędzie, n. p. testator ustanowił kogoś dziedzicem z tego jedynie powodu, iż go mylnie uważał za swego syna lub w ogóle krewnego,⁴⁹⁾ albo ustanowił dziedzicem osobę obcą w tem błędnem mniemaniu, iż nie ma dziedziców ab intestato,⁵⁰⁾ albo sporządził nowy

⁴⁷⁾ Por. Savigny III. str. 111 sq. i 355 sq., Brinz (1 wyd.) str. 1411 sq., Zitelmann Irrth. u. Rechts. str. 342 sq. 414 sq., *Zródlowski* II. §. 66. I, *Rittner* Eher. §. 26. — Inaczej Windscheid §. 78, Hesse w Jahrb. f. Dog. T. 15. str. 78 sq.

⁴⁸⁾ §. 31. I. de leg. 2. 20, L. 17. §. 2. D. de condic. et demon. 35. 1, L. 72. §. 6. D. eod.: *Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret.* Ulp. XXIV. 19. — Inaczej rzecz się miała, jeżeli owa *falsa causa* była wyrażona w formie warunku (si conditionaliter concepta sit). W tym razie ustanowienie dziedzica było nieważne, ale nie z powodu błędu testatora co do pobudki, lecz z powodu nieziszczenia się warunku (sen. lat.). §. 31. I. de leg. 2. 20, L. 17. §. 3. D. de cond. et demon. 35. 1.

⁴⁹⁾ L. 5. C. de test. 6. 23, L. 7. C. de hered. inst. 6. 24. Przeciwno zdaniu Brinza (1 wyd.) str. 767, iż te ustępy uznają ustanowionego za indignum, por. Brinz str. 1408. Tylko w przypadku, gdy ustanowiony jako filius okazał się dzieckiem podrzuconym, miała miejsce indignitas i scheda przypadała fiskusowi. L. 4. C. de heredib. insti. 6. 24, L. 46. pr. D. de iure fisci 49. 14. Cf. L. 1. §. 11. D. de Carb. edi. 37. 10.—O osobnem postanowieniu na ten wypadek, jeśli testator ustanowił dziedzicem niewolnika, uważając go błędnie za wolnego, i jemu podstawił kogoś trzeciego, por. §. 4. I. de vul. sub. 2. 15, L. 40. (41), L. i 41. (42) D. de hered. inst. 28. 5, i poniżej §. 28. not. 26.—Inaczej rzecz się miała, jeżeli to, iż spadkodawca nazwał dziedzica mylnie synem, krewnym, nie było przyczyną ustanowienia, lecz miało służyć li do bliższego opisania (demonstratio) osoby dziedzica. Por. §. 22. do not. 33.

⁵⁰⁾ L. 28. D. de inof. test. 5. 2, L. 9. 10. C. de test. mil. 6. 21. — Przeciwno zdaniu Brinza (1 wyd.) str. 766, że

testament w mniemaniu, że dziedzice, ustanowieni w testamencie wcześniejszym, już pomarli.⁵¹⁾ W tych i podobnego rodzaju przypadkach ustanowienie dziedzica było wprawdzie samo przez się ważne, ale przeciwko niemu mogli wystąpić, celem uchylenia powstałych skutków prawnych, ci, którzy w braku tego ustanowienia byliby przyszli do spadku, bądź jako dziedzice ab intestato, bądź jako ustanowieni ważnie w testamencie wcześniejszym lub tym samym.⁵²⁾ Nie stanowiło różnicy, czy błąd dał się uniewinnić lub nie.⁵³⁾

ustępy te mówią o nieważności testamentu z powodu wyniesienia querelae inofficiosi testamenti, a względnie pominięcia, por. Mühlenthaler w Glück'a Com. T. 35. str. 380 sq., Zitelmann Irrth. u. Rechts. str. 380.

⁵¹⁾ L. 93. (92) D. de hered. inst. 28. 5.

⁵²⁾ L. 72. §. 6. D. de cond. et demon. 35. 1: . . . Sed pleumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.—Podzielam zapatrywanie, że przepis ten co do legatów, zważywszy nadto L. 4. §. 10. D. de dol. ma. et met. excep. 44. 4 (powyż. not. 39), uprawnia do wniosku, iż ta sama zasada obowiązywała także co do ustanowienia dziedziców. Por. Vangerow §. 431. Uwa. 2. licz. 3, Windscheid §. 548. not. 10 i 11, Puchta Pan. §. 472. not. e, Keller Insti. str. 387 sq., Lassalle II. str. 342 sq., (a co do wewnętrznej racji tej zasady Windscheid §. 98, Pfaff i Hofmann Com. II. str. 118 sq.). Przeciwnie są Savigny (Syst. III. str. 377 sq.), Sintenis (§. 171. III. 3), Hesse (l. c. str. 131, także w Archiv f. civ. Pra. T. 57. str. 209) tego zdania, że błąd co do pobudki wpływał na ważność ustanowienia dziedzica tylko w kilku specjalnych, powyżej od not. 49—51. wymienionych przypadkach.

Toż samo z powodu, poprzednio przytoczonego, trzymam się zapatrywania, że ustanowienie dziedzica z błędnej pobudki pod pomienionymi warunkami nie było (ipso iure) nieważne, lecz tylko zaskarżalne. Por. Windscheid §. 548. licz. 2, Arndts §. 491. licz. 2, Keller Pand. §. 492. do not. 6, Baron §. 396. licz. 2, Maynz III. §. 382. do not. 10. Przeciwnie uważają ustanowienie dziedzica za ipso iure nieważne bądź w ogóle, bądź w pomienionych przypadkach specjalnych, Savigny Syst. III. str. 379, Vangerow §. 431. Uwa. 2, Sintenis l. c., Vering Erbr. str. 301. do not. 1, Tewes §. 35. II. A, *Zielonacki* §. 375. licz. 2.

⁵³⁾ Por. Hesse Jahrb. l. c. str. 133, tudzież Archiv f. c. Pra. l. c. str. 209, Voigt Archiv f. c. Pra. T. 54. str. 24, *Zródlowski* §. 66. do not. 13, *Zielonacki* I. §. 53. str. 94.

Taki sam skutek miał błąd także wtedy, gdy był spowodowany obcym podstępem (dolus).⁵⁴⁾

Podstępne wstrzymanie testatora od sporządzenia testamentu lub od zmiany sporządzonego miało to samo znaczenie, jak wstrzymanie groźbą.⁵⁵⁾

§. 24.

D) Osnowa testamentu.

Osnowę testamentu tworzą w ogóle rozporządzenia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.¹⁾ Z pomiędzy rozmaitych rozporządzeń istotnem jest jedynie ustanowienie dziedzica, ono jest tem, co rozporządzeniu ostatniej woli nadaje moc i znaczenie testamentu.²⁾ Ztąd pochodzi, że według dawniejszego prawa testament miał się rozpoczynać od ustanowienia dziedzica, inaczej wyprzedzające je rozporządzenia były nieważne, z wyjątkiem, w czasach klasycznej jurysprudeneyi, exheredationis, uczynionej nominatim, a według zdania Prokulejanów także datationis tutoris. W prawie Justyniańskim porządek rozporządzeń był obojętny.³⁾

Osnowa testamentu zależała w ogólności od wolnej woli testatora, wszelako i pod tym względem wiązały go pewne przepisy, których przekroczenie sprowadzało nieważność bądź testamentu, bądź odnośnego ustanowienia dziedzica.⁴⁾

⁵⁴⁾ Por. Vangerow §. 431. Uwaga 3. licz. 2, Windscheid §. 548. do not. 17.

⁵⁵⁾ Por. powyższej noty 43—46, tudzież Vangerow §. 431. Uwa. 3. licz. 1.

¹⁾ L. 1. D. qui test. fac. pos. 28. 1.

²⁾ Ob. §. 10. not. 4 i 5.

³⁾ Gai. II. 229—231, Ulp. XXIV. 15, Paul. R. S. III. 6. §. 2, L. 1. pr. D. de here. inst. 28. 5. — §. 34. I. de leg. 2. 20, L. 24. C. de testa. 6. 23.

⁴⁾ Ze stanowiska dogmatycznego należą tu także przepisy, tyjące się test. fact. passivae; one ograniczały testatora pod względem wyboru osoby dziedzica. Historycznie wysnuwały się jednak te przepisy, z wyjątkiem pozytywnych, głównie z tego punktu widzenia, iż familiae emptor bierze czynny udział w sporządzeniu testamentu, z tego powodu, jak niemniej ze względów

Najważniejszymi pod tym względem były przepisy co do dziedziczenia przeciwtestamentowego. Według tych przepisów, o których na swoim miejscu szczegółowo będzie mowa, był testator obowiązany pewnych swych najbliższych krewnych uwzględnić należycie w testamencie, inaczej testament był albo nieważny, albo nieuwzględnieni mogli go ubezskuteczyć.

Na mocy osobnych przepisów były z powodu swej osnowy nieważnymi:

1) Ustanowienie dziedzica samo w sobie sprzeczne z powodu dodania warunku, którego spełnienie wykluczałoby właśnie ustanowionego (t. zw. *condiciones*, a raczej *institutiones perplexae*). N. p. *Si Titius heres erit, Seius heres esto, si Seius heres erit, Titius heres esto.*⁵⁾

2) Ustanowienia dziedziców, które same przez się, albo z powodu swej pobudki były moralnie naganne.⁶⁾ Tu należały mianowicie:

a) Ustanowienie dziedzicem dziecka (postumi), któreby testator spółdził z kobietą, z którą w ogóle nie mógł zawrzeć związku małżeńskiego, lub która po ten czas była żoną innego.⁷⁾ Rozumie się samo przez się, że ograniczenie to pochodzi dopiero z czasów, gdy prawo zaczęło w ogóle zezwalać na ustanowienie postumorum w testamencie.

metodycznych, umieściliśmy rzecz o *test. fact. passiva* na innym miejscu (§. 14).

⁵⁾ L. 16. D. de condi. inst. 28. 7. Cf. L. 4. pr. eod., L. 88. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, L. 39. D. de manu. test. 40. 4. — Por. Keller Inst. str. 372 sq., Scheurl Beiträge II. str. 281 sq.—Że tu nie *condicio*, lecz raczej *institutio* jest *perplexa*, por. Fitting w Archiv. f. civ. Pra. T. 56. str. 423 sq. — Co do t. zw. *condiciones praeposterae* (L. 25. C. de testam. 6. 23) por. Keller l. c. str. 374 sq. i Mühlenthalbruch w Glück'a Com. T. 41. str. 132 sq.

⁶⁾ L. 112. §. 3. D. de leg. I.

⁷⁾ L. 9. §§. 1 i 3. D. de lib. et post. 28. 2, §. 28. I. de leg. 2. 20, L. un. §. 1. C. de ince. pers. 6. 48. — Cf. L. 9. §. 4, L. 28. §. 3. D. de lib. et post. 28. 2.—Co do niektórych kwestyi spornych por. Mühlenthalbruch w Glück'a Com. T. 39. str. 388 sq., Heimbach Zeit. f. Civ. u. Proc. T. 5. (1848) str. 17 sq., Heumann eod. T. 19. (1844) str. 349 sq., Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. 4. str. 41 sq. — Co do po-

b) Rozporządzenie podchwytiliwe (*institutio captatoria*), t. j. ustanowienie dziedzica pod warunkiem, iż ustanowiony lub ktoś trzeci ze swej strony uczyni w przyszłości rozporządzenie ostatniej woli na korzyść testatora lub pewnej trzeciej osoby.⁸⁾

c) Ustanowienie dziedzicem *Imperatora litis causa*, t. j. w zamiarze, aby przez to szkodzić przeciwnikowi w sporze (*Oratio divi Pertinacis*).⁹⁾ Wreszcie

d) w prawie przedjustyniańskim ustanowienie dziedzica *poenae nomine*, t. j. uczynione w celu ukarania innego ustanowionego na wypadek, gdyby tenże nie dokonał pewnego zlecenia. *N. p. Titius heres esto: si Titius filiam suam Seio in matrimonium non collocaverit, Seius quoque heres esto.* Ustanowienie Sejusza było *poenae nomine*, a przeto nieważne. Justynian uznał tego rodzaju ustanowienie dziedzica za ważne, wyjąwszy jeżeli wymagany

stumos nieślubnych, o których źródła milczą, podzielałam zdanie Leista, że ich ustanowienie analogicznie jeno wtedy było nieważne, jeżeli ze względu na zachodzące *in concreto* okoliczności, *institutionem* można było uznać za *turpem*.

⁸⁾ L. 71. (70), L. 72. (71), L. 82. (81) §. 1, L. 29. D. de here. inst. 28. 5, L. 20. §. 2. D. de cond. inst. 28. 7, L. 1. D. de his quae pro non scrip. 34. 8. — Stosowało się to także do testamentu *militis*. L. 11. C. de test. mil. 6. 21. — Por. Keller Inst. str. 370 sq., Vangerow §. 434. Uwa. 1. II. 4, Mühlenthal w Glück'a Com. T. 40. str. 206 sq. — Wywołane tem ustanowieniem rozporządzenie nie było ze swej strony nieważne. Por. Vangerow l. c.

⁹⁾ §. 8. (7) I. quib. mod. test. 2. 17, L. 92. (91) D. de hered. inst. 28. 5, Paul. R. S. V. 12. §. 8. Por. Mühlenthal w Glück'a Com. T. 39. str. 300 sq. — Przeciwno zapatrywaniu wielu, że przepis ten był ograniczeniem zdolności dziedziczenia *Imperatorów*, por. Köppen §. 5. not. 18, Vangerow §. 429. Uwaga 2. licz. 4. — Poza tym przepisem podlegało ustanowienie dziedzicem *Imperatora* powszechnym prawidłem. L. 7. C. qui face. testa. 6. 22, L. 16. pr. C. de test. 6. 23. Testament mianowicie dla swej osnowy wadliwy nie mógł być utrzymany w mocy z tego powodu, iż w nim ustanowiono *Imperatora*. Ob. n. p. L. 8. §. 2. de inof. test. 5. 2, §. 36. I. de leg. 2. 20. Do uświęcenia tej reguły potrzeba było jednak dopiero osobnych postanowień cesarskich, ponieważ chciwość *Imperatorów* łamała często przepisy prawne na swą korzyść. Por. §. 16. not. 103.

przez testatora czyn był do spełnienia niepodobny, niemożliwy, lub prawu przeciwny.¹⁰⁾

Ważność ustanowień w testamencie zależała także pod pewnym względem od wydziedziczeń — *exheredationes* („*exheres esto*“). *Exheredatio*¹¹⁾ była z reguły niepotrzebna, jakoteż praktycznie i prawnie obojętna. Testator, który pewnej osoby nie chciał mieć swym dziedzicem, nie potrzebował jej wydziedziczać, dość było, jeśli jej nie ustanowił.¹²⁾ *Exheredatio* miała prawne znaczenie tylko wtedy, jeśli przez nią mieli być wykluczeni ci, którzy zresztą byliby powołani do dziedzictwa. W tem jedynie rozumieniu mówią źródła o wydziedziczeniu. Przypadek taki zachodził głównie wtedy, gdy testator miał dziedziców przeciwtestamentowych, których według prawa był obowiązany albo *instituere*, albo *exheredare*. Tych musiał testator wydziedziczyć, jeżeli ich nie chciał mieć dziedzicami, inaczej narażał testament na nieważność. *Exheredatio* tych osób służyła tedy do utrzymania w mocy zawartych w testamencie ustanowień dziedziców.¹³⁾ Wydziedziczenie mogło być następnie użyte do wykluczenia od dziedzictwa tego, kogo spadkodawca w tym samym testamencie dziedzicem ustanowił. Skutek ten miała *exheredatio* niewątpliwie wtedy, gdy ktoś był ustanowiony z dodaniem pewnego polecenia, a na wypadek niezastosowania się do niego wydziedziczony. W dawniejszem prawie należało tu szczególnie ustanowienie dziedzica *cum cretione* (*perfecta*).¹⁴⁾ Ale i w tym razie, gdy dziedzic był poje-

¹⁰⁾ Gai. II. 243, §. 36. I. de leg. 2. 20. et Theophi. ad h. l., Tit. Dig. 34. 6. Cod. 6. 41. de his quae poenae. — Por. Keller Inst. str. 368 sq.

¹¹⁾ Por. Windscheid §. 562, Puchta Pand. §. 480, Arndts Civ. Schrif. II. str. 651 sq.

¹²⁾ L. 132. pr. D. de V. O. 45. 1: . . . *exheredatio res in extraneos inepta*.

¹³⁾ O tem poniżej na swoim miejscu. Tymczasowo por. Gai. II. 123 sq., L. 4. C. de liber. praet. 6. 28.

¹⁴⁾ Gai. II. 165. 166, Ulp. XXII. 27. 30, L. 45. (44) D. de here. inst. 28. 5. — O *cretio* będzie mowa poniżej w rozdziale o nabyciu dziedzictwa. Ob. zresztą §. 28. do not. 3 sq.

dynczo ustanowiony, a następnie ¹⁵⁾ w tym samym testamencie wydziedziczony, institutio nie miała żadnego znaczenia, „non quasi adempta, sed quasi nec data“, ponieważ biorąc na uwagę całą osnowę testamentu w chwili dokonania aktu testowania, institutus a oraz exheredatus w samej rzeczy nie mógł być uważany za ustanowionego.¹⁶⁾ Jedynie wtedy exhereditio nie miała znaczenia, gdy dziedzic, pojedynczo ustanowiony, sam jeden bez substytuta zamianowany był w testamencie, ponieważ miałyby za skutek nieważność całego testamentu.¹⁷⁾ W testamencie militis miała exhereditio i w tym ostatnim przypadku znaczenie cofnięcia institutionis.¹⁸⁾

Tam, gdzie exhereditio miała prawne znaczenie, stała ona w ścisłym związku z ustanowieniem dziedziców, a przeto mogła być uczyniona jedynie w testamencie.¹⁹⁾

¹⁵⁾ Inaczej w przypadku odwrotnym. L. 21. D. de lib. et post. 28. 2: Si filium nominatim exheredavero et eum postea heredem scripsero, heres erit.

¹⁶⁾ To jest bardzo sporne. Przeciwnego zdania jest szczególnie Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 36. str. 394 sq.—Za opinią, w tekście przyjętą, za którą szczególnie Arndts l. c. str. 653 sq., Kohler w Zeitschrift f. d. Privat- und öff. Recht T. VII. str. 721 sq., przemawia mianowicie L. 17. §. 2. D. de test. mil. 29. 1, gdzie słowa „sola hereditas“, należy rozumieć „jedyne ustanowienie“, tudzież L. 1. §. 4. D. de his quae in testa. dele. 28. 4. Cf. L. 12. D. de her. inst. 28. 5.—W L. 13. §. 1. D. de lib. et post. 28. 2. należy czytać (Cujaciusz, Kohler) zamiast „hereditatem“ — „libertatem“ adimi non posse.

¹⁷⁾ L. 17. §. 2. de test. mil. 29. 1. Cf. L. 1. §. 4. D. de his quae in test. dele. 28. 4. — Słusznie możnaby tu zastosować słowa Juliana (L. 20. pr. D. de B. P. c. t. 37. 4): ne testamentum per omnia nullum ad notam exheredationis solam profecisse videatur.

¹⁸⁾ L. 17. §. 2. D. cit.

¹⁹⁾ §. 2. I. de codi. 2. 25: Codicillis hereditas . . . neque adimi potest . . . et ideo nec exhereditatio scribi.

III. O ustanowieniu dziedziców w szczególności.

A) Osnowa ustanowienia dziedzica.*)

§. 25.

1. Institutio ex re certa.

Ustanowienie dziedzica jest z istoty swej zamianowaniem następcy in universum ius spadkodawcy. Ten jest dziedzicem, kogo spadkodawca powołał do spadku jako całości, bądź w ogóle, bądź do pewnej części stosunkowej (pars quota).¹⁾ Z tego wynika, że *institutio heredis ex re certa*,²⁾ t. j. ustanowienie kogoś dziedzicem poszczególnych tylko przedmiotów spadkowych (n. p. heres esto ex fundo Corneliano, ex centum aureis, rerum Italicarum),³⁾ zawiera

*) Tit. Inst. 2. 14. Dig. 28. 5. de heredibus instituendis. Tit. Cod. 6. 24. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.

¹⁾ Por. §. 2.

²⁾ W literaturze, dotyczącej się tego przedmiotu, pierwsze miejsce zajmuje dzieło Neuner'a Die heredis institutio ex re certa (1853). Zapatrywania tego autora przyjęto prawie powszechnie. Prócz tego pisali o tym przedmiocie Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 40. str. 164 sq., Löhr Zeit. f. Civ. u. Pro. T. XIX. (1844). str. 73 sq., Padelletti Die Lehre von der Erbeinsetzung ex re certa 1870. (to samo po włosku w Archivio giuridico T. IV.), Kuntze Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke 1875, Schwing Zur Lehre von der hered. inst. ex re certa 1875. Por. także Vangerow §. 449. Uwaga 2, Arndts w Glück'a Com. T. 47. str. 416 sq.

³⁾ Res certa (por. Neuner str. 528 sq.) mogła być pojedyncza rzecz, lub kilka pojedynczych rzeczy spadkowych, suma pieniężna, prawo użytkowania ze spadku (por. także Vangerow §. 449. Uwa. 2. A), albo także pewna część majątku, która nie była częścią stosunkową (pars quota), n. p. bona materna, paterna, castrensia. Ze względu na bona castrensia zachodziła instit. ex re certa także wtedy, gdy testator rozporządził jako filius familias swem pecu. cast. (lub quasi castre.), a zmarł jako homo sui iuris, nabywszy poprzednio więcej majątku, dajmy na to jako dziedzic ojca. W tym razie pecu. castr., do którego testament się odnosił, stanowiło w chwili śmierci testatora (homo sui iuris) tylko część (partem quantam) jego ma-

w sobie sprzeczność i ściśle biorąc nie miałyby mocy.⁴⁾ Prawo rzymskie jednak uznało tego rodzaju ustanowienie dziedzica za ważne, uwzględniając benigna interpretatione właściwą wolę testatora. Przywiązując wagę do wyrazu *heres*, oznaczającego następcę uniwersalnego,⁵⁾ uznało prawo rzymskie, iż testator, w ten sposób wyrażający się, chce osobę wymienioną w samej rzeczy mieć swym dziedzicem.⁶⁾ Lecz oświadczenie to mogło być utrzymane w mocy jako ustanowienie dziedzica tylko przez uznanie tego, co w niem ze względu na dalszą osnowę było sprzeczne, za nieistniejące. To też prawo rzymskie postanowiło, że dziedzic, usta-

jątku, było w stosunku do całości majątku *res certa*. Jeżeli testator zmarł jako *veteranus*, lub nawet sporządził testament już jako taki, *institutio ta ex re certa* podlegała powszechnym regułom, odnoszącym się do tego rodzaju ustanowienia (L. 19. §. 2. D. de cast. pecu. 49. 17, L. 13. §. 1. D. de test. mil. 29. 1), jeśli zaś zmarł jako *miles*, regułom wyjątkowym, tyczącym się pod tym względem wojskowych. (L. 11. §. 2—L. 13. pr. D. eod.). Por. Köppen §. 4. not. 27, *Fitting Castrense peculium* str. 210 sq., i poniżej. not. 27 sq. — Inny stosunek zachodził, jeżeli *filius familias*, sporządziwszy testament co do *pecul. castr.*, zmarł jako *filius familias*. Por. §. 6. not. 20.

Od ustanowienia dziedzica *ex re certa* należy ściśle odróżnić *institutionem heredis excepta certa re*. L. 75. (74) D. h. t., L. 86. pr. D. de leg. II. Taka *institutio* była zupełnie zwykłym ustanowieniem dziedzica i nie podlegała wcale przepisom o inst. *ex re certa*. Inaczej Neuner str. 37 sq., Vangerow §. 449. Uwa. 2. B, Padelletti str. 18, Vering Erb. str. 316, por. atoli Mandry w Arch. f. civ. Pra. T. 51. str. 83 sq., z którym zgadzają się Schwing str. 15 sq., Windscheid §. 553. not. 1, Arndts Pand. §. 493. not. 6.

⁴⁾ Temu przeczy Kuntze l. c. I. str. 7 sq., i o tyle, zdaniem mojem, ma słuszność, o ile odnosi to do czasów starożytnych, zanim w prawie przyjęło się pojmowanie dziedziczenia jako następstwa w całość pozostałości (powyż. §. 2. do not. 19 sq.). W tych czasach ustanowienie kogoś dziedzicem *certarum rerum* nie było czemś osobliwem, ważność jego nie mogła ulegać wątpliwości, i mylnem jest zdanie powszechne (por. Schwing str. 9), że uznanie takiego rozporządzenia za ważne datuje się dopiero od czasów późniejszych. Czasy późniejsze miały jedynie zadanie pogodzić ten rodzaj *institutionis* z nową zasadą prawa o istocie dziedziczenia.

⁵⁾ Por. jednak §. 22. do not. 3.

⁶⁾ Por. Neuner str. 23 sq., Schwing str. 9 sq.

nowiony ex re certa, ma być uważany za dziedzica ważnie ustanowionego tak, jak gdyby certa res nie była dodana — *detracta rei mentione*.⁷⁾ Wyluczając *certam rem* był tego rodzaju dziedzic ustanowiony bez wyznaczenia części spadku, a przeto, jeśli był sam ustanowiony w testamencie, otrzymywał cały spadek (*nemo pro parte test., pro par. inte. decedere potest*),⁸⁾ jeśli było kilku dziedziców wszyscy ex re certa, każdy z nich był powołany do spadku w równej części, a wyznaczona dla niego res certa przypadała mu jako *praelegatum*, czyli właściwiej *praefideicommissum*, t. z. każdy z dziedziców miał prawo żądać od swych współdziedziców ustąpienia przeznaczonej dla niego *rei certae* o tyle, o ile ona pro parte należała do ich dziedzictwa,⁹⁾ — jeśli wreszcie obok dziedzica ex re certa byli inni dziedzice ustanowieni w zwykły sposób, pierwszy otrzymywał równą z nimi część spadku albo resztę spadku, według tego, czyli ci inni byli ustanowieni *sine parte* lub *ex certa parte*.¹⁰⁾ Mimo tych postanowień oświadczenie testatora,

⁷⁾ L. 1. §. 4. D. h. t.: *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione*. L. 9. §. 13, L. 10. D. eod., L. 30. (29) D. ad SCTum Trebe. 36. 1, §. 3. I. qui. modi. test. 2. 17, L. 1. Cod. Grego. de fami. hercis. et com. divi. 3. 6. (edi. Hänel).

⁸⁾ L. 1. §. 4. D. h. t., L. 41. §. 8. D. de vulg. et pup. sub. 28. 6, L. 19. §. 2. D. de cast. pecu. 49. 17, L. 13. §. 1. D. de test. mil. 29. 1. — Powyż. §. 6. do not 18.

⁹⁾ L. 9. §. 13, L. 10. 35. 79. (78) D. h. t. — *Heredes coniuncti* otrzymywali razem jedną część. L. 11. D. h. t. Por. §. 26. not. 3. — *Padelletti* str. 19 sq. rozumie przytoczone ustępy źródeł poniekąd odmiennie, por. *atoli Arndts l. c.* str. 423 w nocie, *Schwing* str. 58 sq. — Dodać należy, że przytoczone postanowienia wtedy tylko miały zastosowanie, jeżeli w samej rzeczy zachodziła *institutio ex re certa*, co tak długo miało być przyjęte, jak długo nie zostało stwierdzonem (*si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur* L. 9. §. 13. D. h. t.), że testator przez podanie rerum certarum chciał jedynie oznaczyć stosunek części spadku dla każdego dziedzica. To mogło być wolą testatora mianowicie wtedy, gdy dla dziedziców były wyznaczone części tej samej rzeczy (L. 9. §. 13. D. h. t.), lub dla każdego pewna suma pieniężna. Por. *Neuner* str. 131 sq., *Vangerow* §. 449. Uwa. 2. II, *Windscheid* §. 553. not. 5.

¹⁰⁾ L. 35. pr. D. h. t. (Co do interpretacji tego ustępu por. *Arndts l. c.* str. 424 sq.). L. 1. Cod. Greg. cit. Cf. Nov. 115. cap. 5.

wyznaczające dla dziedzica *certam rem*, nie było zupełnie bez znaczenia, owszem jeżeli było pewnem, że testator chciał, aby dziedzic zamiast swej schedy zadowolił się przeznaczonemi dla niego przedmiotami,¹¹⁾ a oraz pewnem, komu resztę spadku chciał przekazać, natenczas wolę testatora wykonywano pośrednio w ten sposób, iż uważano to za milczące pozostawienie zapisu — *fideicommissum*, — którym *heres ex re certa* był obciążony, a którego przedmiotem było dziedzictwo, przypadłe obciążonemu *deducta certa re (fideicommissum hereditatis)*.¹²⁾ Tym sposobem wola testatora była w całości wykonana: ustanowiony był istotnie dziedzicem, a jednak w rezultacie otrzymywał jeno wyznaczone dla niego *res certae*. W szczegółach układały się tu stosunki rozmaicie według tego, czy i z kim konkurował dziedzic *ex re certa*, mianowicie:

1) W przypadku, gdy dziedzic *ex re certa* sam był ustanowiony w testamencie, *fideikomis* mógł być pozostawiony albo na rzecz dziedziców, ustanowionych w testamencie wcześniejszym, albo dziedziców ab *intestato*, albo też kogoś trzeciego. Pierwsze zachodziło niewątpliwie wtedy, gdy testator objawił wolę, iż testament wcześniejszy utrzymuje w mocy, tem samem bowiem oświadczał, że dziedzictwo pozostawia dziedzicom w tymże testamencie ustanowionym, o ile go nie uszczuplił przez ustanowienie dziedzica *ex re certa* w drugim testamencie.¹³⁾ Woli, potwier-

¹¹⁾ To nie rozumiało się samo przez się, testator mógł n. p. mniemać, że cały jego majątek składa się z wymienionych *res certae*, lub w samej rzeczy składał się tylko z nich w chwili sporządzenia testamentu, jak przy *pecu. castr. filii fam.* (powyż. not. 3). Por. Neuner str. 23 sq., Windscheid §. 553. not. 6.

¹²⁾ Por. §. 2. do not. 36. i poniż. na właściwem miejscu. W ten sposób pośredni mogła być jednak wola testatora urzeczywistniona dopiero w czasach cesarstwa, gdy *fideikomisy* w ogóle zyskały prawne znaczenie, chociaż z drugiej strony zdaje się być trafną uwaga Schwinga (str. 60 sq. 67, por. także Brinz *krit. Viertelj. T. 17. str. 576*), że *fideikomisy*, pozostawione na rzecz *współdziedziców* (powyż. not. 9, pon. do not. 22), mogły być już przed Augustem zrealizowane *in iudicio familiae erciscundae*.

¹³⁾ L. 30. (29) D. ad Sctum Treb. 36. 1, §. 3. I. quib. mod. test. 2. 17.

dzającej testament wcześniejszy, nie potrzebował testator objawiać wyraźnie w drugim testamencie, mogła ona wynikać z tegoż osnowy, mogła być zresztą objawiona osobno, byle tylko w sposób, wystarczający do pozostawienia fideikomisu. To jednak, że w drugim testamencie dziedzic był ustanowiony *ex re certa*, nie wystarczyło jeszcze samo przez się do przyjęcia pomienionej woli testatora, jeśli inne okoliczności za tem nie przemawiały.¹⁴⁾ Jeżeli testator chciał pozostawić fideikomis na rzecz dziedziców ab intestado, lub kogoś trzeciego, natenczas osoba fideikomisariusza musiała być w pewien niewątpliwy sposób oznaczona w testamencie. Sama ta okoliczność, że testator chciał niewątpliwie ograniczyć dziedzica ustanowionego do *res certa*, nie uprawniała do wniosku, iż tem samym uwzględnił dziedziców ab intestado.¹⁵⁾ Jeżeli tedy pewnem było, że testator dziedzictwo *deducta certa re* przeznaczył dla pewnej osoby, dziedzic *ex re certa* był obowiązany wydać jej dziedzictwo nabyte podług reguł o dziedzictwie powierniczym, zatrzymując¹⁶⁾ dla

¹⁴⁾ Innemi słowy, za potwierdzeniem pierwszego testamentu nie przemawiała presumpcyja; z tego powodu jedynie, że w drugim testamencie dziedzic był ustanowiony *ex re certa*, nie można było uważać testamentu wcześniejszego aż do wykazania przeciwnej woli testatora za potwierdzony, jak to utrzymują *Fein* w *Gluck'a Com. T.* 45. str. 267 sq., *Windscheid* §. 552. not. 6, lecz odwrotnie testament wcześniejszy upadał i w tym razie *ipso iure* przez sporządzenie drugiego, chyba że pomieniona wola testatora wynikała niewątpliwie z pewnych okoliczności, w którym to przypadku pierwszy testament miał moc kodycyłu. Por. *Vangerow* §. 460. Uwa. II, *Schwing* str. 22, ostatecznie także *Arndts* l. c. str. 418 sq. Poniż. §. 32. do not. 7. — Inni, jak *Padelletti* str. 87 sq., *Mayer Die Lehre von den Legaten u. Fideicommissen* §. 24. not. 12, *Maynz* III. §. 394. do not. 15, wymagają wyraźnego potwierdzenia testamentu wcześniejszego w drugim testamencie, trzymając się niewolniczo słów źródła (pow. not. 13).

¹⁵⁾ Por. *Neuner* str. 67 sq., *Vangerow* §. 449. Uwa. 2. I. — Inaczej *Arndts* l. c. str. 415, *Windscheid* §. 522. not. 7, lecz przeciwko nim przemawia *L. 69. pr. in fi. D. de leg. II.* (Cf. *L. 76. (74) pr. D. ad. Sctum Trebel. 36. 1.*) To nie zmieniło się w skutek konstytucyi *de incertis personis*, jak *Arndts* sądzi. (Por. powyż. §. 23. not i do not. 11).

¹⁶⁾ Przeciwno opinii, że *res certa* w dziedzictwie przechodziła

siebie rem certam. Mimo restytucji dziedzictwa pozostawał dziedzic de iure dziedzicem, res certa zatrzymana należała do niego iure hereditario,¹⁷⁾ ale w praktycznym rezultacie stał on na równi z legataryuszem (res remanet apud heredem quasi ex legato ei adquisita),¹⁸⁾ ponieważ prawa i obowiązki spadkowe przechodziły na fideikomisariusza.¹⁹⁾

2) Te same reguły stosowały się do przypadku, gdy testator ustanowił kilku dziedziców, wszystkich ex re certa. Tu każdy dziedzic był obowiązany, jeśli taką była wola testatora, nabyte dziedzictwo wydać fideikomisariuszom,²⁰⁾ a zatrzymana res certa należała do niego, jako do prelegataryusza, partim iure hereditario, partim iure legati.²¹⁾

3) W tym razie wreszcie, gdy dziedzic ex re certa był ustanowiony obok dziedziców, mianowanych w zwykły sposób, było niewątpliwie wolą testatora, ograniczyć dziedzica ex re certa na rzecz tych innych dziedziców tylko do wyznaczonych dla niego przedmiotów spadkowych. Część spadku, przypadła dziedzicowi ex re certa, miała być tedy wydana innym dziedzicom, ustanowionym w testamencie, on

(prawnie) na fideikomisariusza, od którego dziedzic otrzymywał ją (prawnie) napowrót jako zapis (Neuner str. 95 sq., Vangerow §. 536. Uwa. II), por. Schwing str. 38 sq., Windscheid §. 652. not. 17.

¹⁷⁾ Por. Schwing str. 27 sq. 38 sq., Arndts l. c. str. 45, Brinz (1wyd.) str. 928, tudzież krit. Viert. T. 17. str. 576.—Przeciwnego zdania, że rzecz ta należy do dziedziców iure legatarii, są mianowicie Neuner str. 95 sq., Windscheid §. 553. not. 10, Vangerow §. 536. Uwa. II.

¹⁸⁾ §. 9. I. de fideico. hered. 2. 23.

¹⁹⁾ Powyż. not. 13. Cf. L. 69. pr. D. de leg. II.—W prawie Justyniańskiem miało tu zastosowanie Sctum Trebellianum, w prawie przedjustyniańskiem także, (ale nie wyłącznie, jak Schwing str. 22 sq. mniema) Sctum Pegasianum. Por. Brinz krit. Viertelj. T. 17. str. 576.—Dodać winniśmy, że o fideikomisie w omówionym tu przypadku mogła być mowa dopiero w czasach, gdy fideikomisy w ogóle uzyskały moc prawną. Por. Schwing str. 17. i poniżej na właściwym miejscu.

²⁰⁾ Arg. §. 3. I. quib. mod. test. 2. 17, L. 30. (29) D. ad Sctum Treb. 36. 1. Cf. Basil. lib. 35. tit. 11. cap. 29.

²¹⁾ Por. Schwing str. 61.

zaś otrzymywał jedynie *rem certam* jako *praefideicommissum*, a lubo *de iure* pozostawał dziedzicem, to jednak w praktycznym rezultacie stał na równi z legataryuszem. Do zrealizowania wzajemnych roszczeń dziedziców, do przeniesienia praw i obowiązków spadkowych dziedzica *ex re certa* na innych dziedziców, służyło w prawie przedjustyniańskim *iudicium familiae erciscundae*.²²⁾ Justynian zmienił prawo dawniejsze o tyle, iż w celu uproszczenia zachodzącego stosunku postanowił (w r. 529), że prawa i obowiązki spadkowe dziedzica *ex re certa* przypadają innym dziedzicom samo przez się w chwili nabycia przez nich dziedzictwa, tak że dziedzic *ex re certa* od początku był ograniczony tylko do tej *res certa* jakby legataryusz, nie tracąc jednak charakteru *heredis*.²³⁾

Okoliczność, że w pomienionych przypadkach dziedzic *ex re certa*, mimo utraty swej schedy, nie przestawał być *de iure* dziedzicem, miała pod wielu względami swe praktyczne znaczenie. Pomędzy innymi²⁴⁾ testament był ważny, jeśli w nim był ustanowiony jeden tylko dziedzic i to *ex re certa*,²⁵⁾ przez mianowanie dziedzica przeciwtestamentowego dziedzicem *ex re certa* czyniło się zadość przepisom o dziedziczeniu przeciwtestamentowem,²⁶⁾ dziedzic *ex re certa* miał niewątpliwie prawo do przyrostu w razie, gdy który z dziedziców wspólnie mianowanych odpadł.

Wyłożone postanowienia co do *institutio ex re certa* nie stosowały się do testamentu *militis*.²⁷⁾ Ustanowienie

²²⁾ Powyż. not. 10. Por. Arndts l. c. str. 424 sq.

²³⁾ L. 13. C. h. t. — Przypadek ten trzeci jest najwięcej wątpliwy i z dawien dawna sporny. O rozmaitych opiniach por. szczególnie Vangerow §. 449. Uwa. 2. III, Windscheid §. 553. not. 11. Ob. także Mommsen w Zeit. f. Rechtsgesch. T. VII. str. 314 sq.

²⁴⁾ Por. zresztą Vangerow §. 449. Uwa. 2. III. 3. a.

²⁵⁾ §. 3. I. quib. mod. test. 2. 17, L. 30. (29) D. ad SCtum Treb. 36. 1, L. 1. §. 4. D. h. t.

²⁶⁾ L. 19. D. de lib. et post. 28. 2, Nov. 115. cap. 5.

²⁷⁾ Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 82 sq., Neuner str. 485 sq., Vangerow §. 449. Uwa. 2. C, Windscheid §. 553. do not. 12 sq.

dziedzica *ex re certa* w testamencie *militis*²⁸⁾ było wprost ważne jako takie, bez uznawania dodatku *certae rei* za nieistniejący. Ustanowiony otrzymywał jako dziedzic od początku tylko *rem certam*, jak gdyby ta była dla siebie osobnem dziedzictwem, a reszta spadku przypadała innym powołanym wprost, nie jako *fideikomis*, jakby drugie osobne dziedzictwo „*quasi duorum hominum duae hereditates.*“²⁹⁾ Jeżeli tedy dziedzic *ex re certa* sam był ustanowiony w testamencie, albo było ich kilku wszyscy *ex re certa*, a res *certae* nie wyczerpywały spadku, reszta przypadała dziedzicom *ab intestato*,³⁰⁾ jeśli zaś dziedzic *ex re certa* był ustanowiony obok dziedziców, w zwykły sposób mianowanych, reszta przypadała tym ostatnim, a jeśli ich schedy nie wyczerpywały spadku, dalsza reszta dziedzicom *beztamentowym*.³¹⁾ Dziedzic *rei certae* odpowiadał tu jako dziedzic za długi spadkowe, a mianowicie jeśli *res certa* była pewną częścią majątku, (*n. p. si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset*), o ile te długi do niej należały, zresztą zaś w stosunku do wartości *rei certae*.³²⁾

²⁸⁾ Por. §. 6. not. 19. w końcu.

²⁹⁾ L. 17. §. 1. D. de test. mil. 29. 1. Cf. L. 17. (16) §. 6. D. ad SCtum Treb. 36. 1, L. 25. §. 1. D. fami. erci. 10. 2.

³⁰⁾ Por. §. 6. do not. 19. — Niektórzy sądzą (por. *n. p. Vangerow* §. 449. *Uwa.* 2. C. 2, *Schwing* str. 57, *Vering Erb.* str. 317), że według L. 17. pr. D. de test. mil. 29. 1. ustanowienie kilku dziedziców *ex re certa* w testamencie *militis* podlegało wyjątkowo regułom *iuris communis* (powyż. do not. 9) w tym przypadku, gdy *res certae* nie były pewną częścią majątku (*n. p. bona castrensia*) i razem wyczerpywały spadek. Biorąc jednak wzgląd na związek L. 17. pr. z §. 1. eod., podzielać zdanie *Windscheida* (§. 553. not. 14), iż L. 17. pr. D. cit. powiada jedynie, że w tym przypadku praktyczny rezultat był taki sam, jak według *iuris commune*.

³¹⁾ L. 6, L. 11. §. 2—L. 13. pr., L. 17. pr. §. 1. D. de test. mil. 29. 1, L. 19. §. 2. D. de cast. pecu. 49. 17, L. 1. 2. C. de test. mil. 6. 21.

³²⁾ Co do pierwszego przypadku L. 17. §. 1. D. de test. mil. 29. 1, Cf. L. 16. pr. D. de compensat. 16. 2, o drugim mileżą źródła. Por. *Windscheid* §. 553. not. 15.

§. 26.

2. Stosunek udziału w spadku kilku dziedziców.*)

Spadkodawca mógł w testamencie ustanowić jednego lub kilku dziedziców,¹⁾ z oznaczeniem części spadku, dla każdego z nich przeznaczonych, lub bez oznaczenia.

Jeśli spadkodawca ustanowił kilku dziedziców bez oznaczenia części spadku (*sine parte*), wszyscy dziedziczyli w równych częściach,²⁾ chyba że inna wola testatora była widoczna ze związku rozporządzenia. Tak mianowicie, jeśli testator ustanowił dziedziców (*sine parte*) w kilku zdaniach, wymienionych w tem samym zdaniu bez oznaczenia dla nich osobnych części, uważano za powołanych wspólnie do jednej i tej samej części spadku (*heredes re et verbis coniuncti*).³⁾ Podobnie uważano za powołanych do tej samej części tych, którzy byli ustanowieni pod tą samą nazwą zbiorową, (n. p. *Primus et fratris mei filii*), jeśli testator innej woli nie objawił.⁴⁾ Jeżeli dziedzic był w testamencie kilka razy ustanowiony, nie uważano tego w razie wątpliwości za pozostawienie mu tyłu części, ile razy był wymieniony. Tak postanowił Justynian, przedtem było to sporne.⁵⁾

*) Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 40. str. 109 sq. Arndts Civil. Schrif. II. str. 78 sq. Tewes I. §. 42. Van-gerow §. 449. Uwa. 3. Windscheid §§. 551 i 552. Sintenis §. 172. II. Keller Pand. §. 485. Maynz §. 388. B. Zielonacki §. 376.

¹⁾ §. 4. I. h. t.

²⁾ §. 6. I. h. t., L. 9. §. 12, L. 14, L. 35. pr. in fi. D. h. t.

³⁾ L. 60. (59) §. 2. D. h. t.: „Titius heres esto: Seius et Maevius heredes sunt“, verum est quod Proculo placet duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur. L. 17. §. 4. D. h. t. Cf. L. 11, L. 15. pr. eod., L. 14. D. de V. S. 50. 16. Inaczej było, jeśli testator dla wymienionych w tem samym zdaniu oznaczył osobne części. L. 67. (66) D. h. t.: „Titius heres esto: Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunt“... non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur.

⁴⁾ L. 13. pr. D. h. t., L. 11. C. de impub. et ali. subst. 6. 26.

⁵⁾ L. 23. §. 1. C. de legat. 6. 37. (an. 530).

Części spadku mógł testator oznaczyć albo wprost (heres esto ex semisse, ex quadrante i t. d.),⁶⁾ albo pośrednio. Pośrednio mianowicie przez dodanie certae rei, jeśli to było stwierdzone, że testator dodał res certae nie w zamiarze ustanowienia dziedziców ex re certa, lecz w celu oznaczenia w ten sposób stosunku udziału dziedziców w spadku.⁷⁾ Pośrednio mógł następnie oznaczyć testator części spadku przez odwołanie się do innego podziału, umieszczonego dajmy na to w kodycyłu, lub w testamencie wcześniejszym, lub też w testamencie innej osoby. Odwołanie się do tego podziału mogło mieć znaczenie warunku (n. p. Titius, si eum priore testamento ex semisse scriptum heredem habeo, vel si eum codicillis ex semisse heredem scripsero, ex semisse heres esto), a wtedy przychodziły w zastosowanie reguły o warunkowym ustanowieniu dziedzica. Jeśli zaś to odwołanie się nie miało znaczenia warunku, natenczas stanowiło różnicę, czy testator odwołał się do podziału przeszłego, lub do podziału, który dopiero w przyszłości miał nastąpić. W pierwszym razie (n. p. Titius quanta ex parte codicillis scriptum eum habeo, heres esto) w braku powołanego podziału ustanowienie dziedzica było nieważne, w drugim przypadku (n. p. ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto) uważali jedni prawnicy, jeśli powołany podział nie nastąpił, ustanowienie dziedzica za nieważne, inni za ważne, jak gdyby testator postanowił, jeśli podział nie nastąpi, to pozostaje przy tem, iż dziedzice są ustanowieni sine parte. Ostatnie

⁶⁾ Cały spadek, jako jednostkę, nazywali Rzymianie as, który dzielił się na 12 części: un cia e. Każdy ułamek miał swoją nazwę, jakoto: $\frac{1}{12}$ uncia, $\frac{2}{12}$ ($\frac{1}{6}$) sextans, $\frac{3}{12}$ ($\frac{1}{4}$) quadrans, $\frac{4}{12}$ ($\frac{1}{3}$) triens, $\frac{5}{12}$ quincunx, $\frac{6}{12}$ ($\frac{1}{2}$) semis, $\frac{7}{12}$ septunx, $\frac{8}{12}$ ($\frac{2}{3}$) bes (bis triens), $\frac{9}{12}$ ($\frac{3}{4}$) dodrans (as demta quadrante), $\frac{10}{12}$ ($\frac{5}{6}$) dextans, $\frac{11}{12}$ deunx (as demta uncia) Ztąd techniczne nazwy: heres ex asse, ex uncia, ex sextante i t. d. Testator nie był jednak obowiązany trzymać się tego podziału i nazw, mógł dzielić spadek i nazywać części, jak mu się podobało, byle tylko wyraził swą wolę należycie. § 5. I. h. t., L. 13. §. 1, L. 51. (50) §. 2. D. h. t., Paul R. S. III. 4B. §. 6. — W naukowych rozbiórach służyła jednak zawsze za podstawę owa sollemnis distributio.

⁷⁾ Por. §. 25. not. 9.

zdanie przeszło do prawa Justyniańskiego.⁸⁾ Testator mógł wreszcie pozostawić to pewnej osobie, by ta oznaczyła części spadku.⁹⁾

Wyznaczone przez testatora części spadku mogły nie-raz razem wzięwszy wynosić mniej lub więcej, niżeli wynosił cały spadek. W obydwóch razach stanowiło przede-wszystkiem różnicę, czy obok dziedziców *ex certis partibus* byli jeszcze ustanowieni lub nie dziedzice *sine partibus*.

Jeżeli *certae partes* nie wyczerpywały spadku, a obok dziedziców *ex certis partibus* byli powołani dziedzice *sine partibus*, ci ostatni otrzymywali resztę spadku w równych częściach, gdy zaś nie było dziedziców *sine partibus*, reszta przypadała na mocy reguły: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, dziedzicowi, a względnie dziedzicom, ustanowionym *ex certis partibus*, ostatnim w stosunku do ich *sched* — *pro partibus hereditariis*.¹⁰⁾ W ostatnim przypadku jednak mogło to być wolą testatora, aby dziedzic, a względnie dziedzice otrzymali tylko wyznaczone dla nich *partes certae*. Jeśli to było niewątpliwem, a oraz pewnem, dla kogo testator resztę spadku przeznaczył, dajmy na to dla dziedziców, ustanowionych w testamencie wcześniejszym, albo dla dziedziców *ab intestato*, albo dla kogoś trzeciego, natenczas uważano to za milczące pozostawienie fideikomisu dziedzictwa na rzecz tych osób, według tych samych reguł, jak w przypadku ustanowienia dziedziców *ex re certa*.¹¹⁾ Odmiennym postanowieniom podlegały testamenta wojskowych, ponieważ do nich nie stosowała się reguła: *nemo pro par. test., pro par. intest. de-*

⁸⁾ L. 2. 36. 82. (81) §. 1. D. h. t., L. 12. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.—Por. także L. 60. (59) §. 1. D. h. t.

⁹⁾ Por. Windscheid §. 547. not. 3, Mayer §. 19. do not. 12. Inaczej Arndts l. c. str. 78. do not. 88, Vering Erb. str. 321. not. 5.—A jeśli osoba wskazana nie oznaczyła części spadku? na ten wypadek, zdaje mi się, dziedzice byli powołani *sine parte*, analogicznie z przypadkiem do not. 8.

¹⁰⁾ §§. 5—7. I. h. t., L. 13. §. 2 i 3, L. 17. pr., L. 78. (77), L. 79. (78) §. 1 i 2. D. h. t., (Cf. L. 48. (47) §. 2. eod.), L. 2. §. 2, L. 8. pr. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

¹¹⁾ Por. Windscheid §. 552. not. 3 sq., Arndts §. 494. not. 4, i powyż §. 25. licz. 1 i 2.

cedere potest. Jeżeli tedy miles ustanowił jednego lub kilku dziedziców, z oznaczeniem dla każdego części spadku, a części te razem nie wyczerpywały dziedzictwa, reszta przypadła dziedzicom ab intestato, chyba że wykazano przeciwną wolę testatora.¹²⁾

W przypadku odwrotnym, gdy testator, wyznaczając części spadku, rozdzielił więc e j, jak wynosił cały spadek (as), obowiązywały następujące reguły. Jeżeli testator wyznaczył części spadku dla wszystkich dziedziców, natenczas części te zmniejszały się stosunkowo, o ile tego było potrzeba, aby razem wzięte nie wynosiły więcej, jak cały as. Stosowało się to i do tego przypadku, gdy pomiędzy dziedzicami był jeden lub kilku powołanych do całego spadku (ex asse),¹³⁾ wyjąwszy jeśli testator powołał najprzód kogoś do całego spadku, a po nim innego do części oznaczonej. W tym ostatnim razie miało być oświadczenie testatora, na mocy przepisu Justyniana, w razie wątpliwości tak rozumiane, iż testator drugim postanowieniem odwołał częściowo pierwsze. Dziedzic ex asse otrzymywał tedy jeno tę część, która pozostawała po potrąceniu od całości części przeznaczony dla drugiego dziedzica.¹⁴⁾ — Jeżeli testator obok dziedziców ex certis partibus powołał dziedziców sine partibus, natenczas certae partes zmniejszały się na połowę, jeśli razem wyczerpywały as, lub go nawet przewyższały, ale nie dochodziły podwójnej jego wysokości, — zmniejszały się dalej na część trzecią, jeśli razem wzięwszy wyczerpywały lub nawet przekraczały dwa assy, ale nie dochodziły potrójnej wysokości spadku i t. d., reszta zaś przypadła dziedzicom sine partibus w równych częściach. Rzymianie dochodzili

¹²⁾ Powyż. § 6. not. 19.

¹³⁾ §. 7. I. h. t., L. 13. §§. 4—7, L. 15. §. 1, L. 48. (47) §. 1, L. 60. (59) §. 1. D. h. t. Cf. L. 13. pr. D. de lib. et post. 28. 2.

¹⁴⁾ L. 23. pr. C. de leg. 6. 37. — Por. Arndts Civ. Schrif. str. 79. do not. 90, Windscheid §. 552. not. 12. — Interpretacya tego ustępu jest jednak sporna, por. o tem Mühlenthalenbruch l. c. str. 120 sq. i Vangerow §. 449. Uwa. 3. I. B. 1. b. Przeciwko własnej interpretacyi Vangerowa przemawia sama L. 23. cit., która na przemian w tem samym znaczeniu mówi o ustanowieniu dziedzica do całego spadku i ustanowieniu ex asse, lub ex duodecim uncis.

do tego rezultatu w ten sposób, iż dla dziedziców sine partibus wyznaczali w pierwszym razie drugi as, a względnie jego resztę, w drugim razie trzeci as, a względnie jego resztę i t. d. (ex asse fit dupondium, tripondium etc.), a potem następowała stosunkowa redukcya części ad assem.¹⁵⁾ W tym razie wreszcie, gdy testator obok dziedziców ex certis partibus powołał kogoś wyraźnie do reszty spadku, powołany nie otrzymywał, jeżeli certae partes wyczerpywały właśnie cały spadek, albo jako podwójną, potrójną i t. d. wartość.¹⁶⁾

§. 27.

B) *Conditio. Dies. Modus.*)*

W czasach, gdy przy testamentach per aes et libram cała waga testowania spoczywała w akcie mancytacji, a familiae emptor zajmował miejsce dziedzica,¹⁾ nie można było dziedzica (t. z. familiae emptorem) ustanowić pod warun-

¹⁵⁾ §§. 6. 8. I. h. t., L. 17. §. 3—5, L. 18, L. 20. §. 1, L. 54. (53), 79. (78) §. 2, L. 80. (79), L. 88. (87) D. h. t., Paul. R. S. III. 4B. §. 6.—N. p. A. $\frac{5}{12}$, B. $\frac{7}{12}$, C. i D. sine parte. A. $\frac{5}{12}$, B. $\frac{7}{12}$, C. i D. $\frac{12}{12}$, następuje redukcya w ten sposób, iż przez zliczenie liczebników otrzymuje się nowy mianownik, azatem $\frac{5}{24}$, $\frac{7}{24}$, $\frac{12}{24}$, razem $\frac{24}{24}$. Albo: A. $\frac{5}{12}$, B. $\frac{7}{12}$, C. $\frac{3}{12}$, D. sine parte Tu certae partes wkraczają w drugi as, reszta tegoż przypada dla D, azatem: A. $\frac{5}{12}$, B. $\frac{7}{12}$, C. $\frac{3}{12}$, D. $\frac{9}{12}$, teraz redukcya jak powyżej: $\frac{5}{24}$, $\frac{7}{24}$, $\frac{3}{24}$, $\frac{9}{24} = \frac{24}{24}$. W obydwóch przypadkach certae partes zmniejszyły się na połowę

¹⁶⁾ L. 17. §. 3, L. 79. (78) §. 3. D. h. t.

^{*}) Tit. Dig. 28. 7. de condicionibus institutionum, 35. 1. de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. Tit. Cod. 6. 25. de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis, 6. 49. de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.—Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 41. str. 45 sq. Arndts Civ. Schrif. II. str. 86 sq. Vering Erbr. str. 321—336. Tewes §§. 37—40. Mayer §§. 20—24. Vangerow §§. 434. 435. Windscheid §§. 554—556. Maynz §. 387. Szachowski *Des effets de la condition str. 66 sq.*

¹⁾ Powyż. §. 16. do not. 17.

kiem lub z dodaniem czasokresu,²⁾ ponieważ mancipatio była jedną z tych czynności prawnych, które nie znosiły w ogóle tego rodzaju ograniczeń.³⁾ Później forma testamentów nie sprzeciwiała się pomienionym ograniczeniom, ale inne znowu zasady i względy praktyczne były powodem, iż pod względem warunków i czasokresu ustanowienie dziedzica różniło się znacznie od czynności prawnych pomiędzy żyjącymi i od zapisów.

Z powodu reguły: Semel heres, semper heres, nie można było ustanowić dziedzica pod warunkiem rozwiązującym lub do pewnego czasu — ad diem (t. zw. dies ad quem); jedno i drugie ograniczenie było bezskuteczne, jak gdyby wcale nie było dołączone.⁴⁾ Tylko miles

²⁾ Mühlenbruch Lehrbuch des Pandecten-Rechts §. 648. not. 2, Vering Erbr. str. 321. not. 7, Danz II. §. 165. str. 115. licz. 3 (wtóra) — Temu przeczy Huschke w Rhein. Museum f. Iurispru. T. VI. (1833) str. 325, ale głównie z powodu, ponieważ do czynności, o których mowa poniżej (not. 3) nie zalicza mancipationem, co jednak jest niesłusznem.

³⁾ Fragm. Vat. §. 329, L. 77. D. de R. I 50. 17. — Por. Enneccerus Ueber Begriff u. Wirkung der Suspensivbedingung u. des Anfangstermines str. 27 sq., Fitting w Arch. f. civ. Pra T. 39. str. 343 sq., Czyhlarz Zur Lehre von der Resolutivbedingung str. 69 sq., Bechmann Der Kauf I. str. 236 sq.

⁴⁾ Co do dies: §. 9. I. de hered. inst. 2. 14, L. 34. D. de hered. inst. 28. 5. O condicio resolutive milczą źródła, co silnie popiera panującą, powyżej podaną opinią, jeśli się zważy, że zbiory Justyniańskie kilka osobnych tytułów poświęcają warunkowemu ustanowieniu dziedzica. Prócz tego przemawia za tą opinią postanowienie co do dies ad quem, tudzież L. 15. §. 4. D. de test. mil. 29. 1, w której odmienny przepis co do testamentu wojskowych jest widocznie podany jako coś wyjątkowego. — Testator mógł zresztą cel swój osiągnąć pośrednio przez zobowiązanie dziedzica do wydania spadku komuś trzeciemu jako fideikomis, na wypadek zajścia pewnego zdarzenia lub nadejścia pewnego dnia. (Savigny Syst. III. str. 218 sq., Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 40. str. 192, T. 41. str. 267, Arndts §. 495. not. 1, Windscheid §. 554. not 19). Taki fideikomis mógł być uczyniony także milcząco według analogicznych reguł, jak przy institutio ex re certa. (Powyż. § 25. licz. 1 sq. Z tego, co się tamże powiedziało, wynika samo przez się, iż odmiennie od Windscheida l. c., a zgodnie z Czyhlarzem Zur Lehre

mógł dziedzica w ten sposób skutecznie ograniczyć, tak że dziedzic przestawał nim być ipso iure w chwili ziszczenia się warunku rozwiązującego, a względnie z nadejściem dnia oznaczonego, a do dziedzictwa były powołane osoby, na ten wypadek w testamencie ustanowione, w braku tychże dziedzice ab intestato spadkodawcy.⁵⁾

Toż samo nie można było iure communi ustanowić dziedzica od pewnego dnia — a die (ex die), t. j. z dodaniem czasu, od którego ustanowiony miał być dziedzicem (t. zw. dies a quo). I to ograniczenie uważano za niedołączoną (ac si pure heres institutus esset). Powodem tego były względy praktyczne, a nie zasadnicze,⁶⁾ mianowicie wzgląd na to, że taki dodatek nie ma żadnego celu rozsądnego, nie przynosi nikomu pożytku, a tylko szkodzi wierzycielom spadkowym, a to z powodu, że w obec testamentu ważnego, który wykluczał tak dziedziców ab intestato, jak dziedziców, ustanowionych w testamencie wcześniejszym, aż do czasu, oznaczonego przez testatora,

von der Resolutivbedingung str. 21. licz. 3, str. 81. not. 5 a, sądzę, że samo dodanie warunku rozwiązującego, lub dnia ad quem nie wystarczało do przyjęcia woli pozostawienia fideikomisu).— Przeciwno opinii, słusznie zarzuconej, jakoby warunek rozwiązujący przy ustanowieniu dziedzica, miał mieć znaczenie odwrotnego warunku zawieszającego, por. Vangerow §. 435. Uwa. 1. I. 1.

⁵⁾ L. 15. §. 4, L. 19. §. 2, L. 41. pr. D. de test. mil. 29. 1. L. 8. C. de test. mil. 6. 21. Cf. L. 5. D. eod. — Ob. §. 28. not. 25 i §. 29. do not. 27. Powołany następnie był dziedzicem (heres), a nie fideikomisarjuszem pod tytułem ogólnym. Por. Czyhlarz l. c. str. 12. not. 8.

⁶⁾ §. 9. I. de her. inst. 2. 14, L. 34. D. de her. inst. 28. 5. Przeciwno opinii, iż przyczyną tego postanowienia była istota sukcesji uniwersalnej (pomiędzy innymi: Savigny Syst. III. str. 211, Sintenis §. 173. I, Puchta Pand. §. 475, Zielonacki §. 377), por. Köppen Erbschaft str. 101 sq., Brinz (1 wyd.) §. 181. licz. 4, Ihering Der Zweck im Recht str. 510. not. **)—Przeciwno odosobnionej opinii Leista (w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. IV. str. 288 i 289 sq.), że dies a quo był tylko de iure uważany za nie dołączony, że zaś de facto wola testatora była uwzględniana, por. poniż. not. 60. Przeciwno zdaniu Windscheida §. 555. do not. 4, por. powyż. §. 22. do not. 4.

nikt nie mógł otrzymać dziedzictwa.⁷⁾ Inaczej było przy testamentie wojskowych. Podobnie jak testament militis nie wykluczał równoczesnego powołania innych dziedziców, tak samo nie wykluczał ich powołania w rozmaitych odstępach czasu. Miles mógł zatem ustanowić dziedzica a die, a do czasu oznaczonego przychodzili do spadku dziedzice ab intestato, a względnie dziedzice, ustanowieni w testamentie wcześniejszym.⁸⁾

Przytoczone postanowienia miały atoli jeno wtedy bezwarunkowo zastosowanie, gdy dzień, oznaczony przez testatora, był dniem pewnym (t. zw. dies certus an et quando), jakim był zawsze dzień, oznaczony według kalendarza (n. p. Titius heres esto ex kalendis illis). Jeżeli zaś dzień był oznaczony przez podanie pewnego przyszłego zdarzenia, natenczas należało baczyć na to, czyli testator, wyraziwszy się w sposób, wskazujący na czasokres („cum“), nie miał właściwie na myśli warunku („si“).⁹⁾ To było niewątpliwie wolą testatora wtedy, gdy podane zdarzenie było w ogóle niepewnem, tak czy, jak i kiedy zajdzie (t. zw. dies incertus an et quando, n. p. Titius heres esto, cum in familiam nupserit, — cum magistratum inierit), w przypadkach innego rodzaju niepewności zależało zaś rozwiązanie tego zagadnienia od interpretacyi (quaestio facti).¹⁰⁾ Lecz w prawie rzymskiem utarły się pod tym

⁷⁾ Nie można tu zarzucić, że także warunek zawieszający odracza nabycie dziedzictwa nieraz do bardzo późnego czasu, a jednak można go było dołączyć. Podobnie jak testatorowi wolno było wybrać sobie dziedzica, tak musiało mu być wolno uczynić ten wybór zawisłym od przyszłego niepewnego zdarzenia. Takie rozporządzenie testatora nie było samo w sobie nierozsądnem, ale nierozsądnem było, bo bez wszelkiego pożytku, chcieć stanowczo mieć kogoś dziedzicem, a jednak nie chcieć go mieć dziedzicem natychmiast.

⁸⁾ L. 15. §. 4, L. 41. pr. D. de test. mil. 29. 1. Cf. L. 19. pr. D. eod.

⁹⁾ Por. Savigny Syst. III. §. 125, Arndts §. 73, Windscheid §. 96a, Unger Syst. §. 83. po nocie 7, Maassen Civil. Erört. (Ueber die Rechtsregel: Dies incertus condicionem in testamento facit).

¹⁰⁾ Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 41. str. 60 sq., Unger Syst. §. 83. not. 13, Windscheid §. 96a. not. 6.

względem pewne stałe reguły interpretacyjne, stanowiące, iż w razie wątpliwości przyjąć należy, że testator miał na myśli warunek, tak wtedy, gdy jest niepewnem, czy podane zdarzenie zajdzie, chociaż jest pewnem, kiedy zajdzie, jeśli zajdzie¹¹⁾ (t. zw. *die incertus an, certus quando, n. p. Titius heres esto cum pubes erit*), — jak i wtedy, gdy jest pewnem, że owe zdarzenie zajdzie, ale natomiast niepewnem, czyli dziedzic tej chwili dożyje¹²⁾ (t. zw. *dies certus an, incertus quando, n. p. Titius heres esto, cum Seius morietur*). — We wszystkich tych przypadkach, w których pozorny czasokres był właściwie warunkiem, przychodziły w zastosowanie reguły o warunkowem ustanowieniu dziedzica.

Pod warunkiem zawieszającym można było ważnie i skutecznie ustanowić dziedzica, tylko co do dziedziców przeciwtestamentowych zachodziły pod tym wzglę-

¹¹⁾ Regułę tę, również jak poprzednią co do *dies incertus an et quando*, wypowiadają wyraźnie źródła ze względu na zapisy (L. 21. pr., L. 22. pr. D. *quando dies lega.* 36. 2), jakoteż ze względu na czynności prawne pomiędzy żyjącymi, słusznie zatem stosują to samo powszechnie także do ustanowienia dziedzica, chociaż na to nie ma osobnego w źródłach postanowienia. Co najwięcej możnaby się powołać a *contrario* na §. 9. I. de hered. inst. 2. 14: *Heres ex „certo“ tempore institui non potest.*

¹²⁾ Reguła ta stosowała się wyłącznie do rozporządzeń ostatniej woli. L. 75. D. de con. et dem. 35. 1: *Dies incertus (sc. quando, por. Savigny Syst. III. §. 126. not. c.) condicionem in testamento facit.* Że zaś reguła ta stosowała się nie tylko do zapisów, (L. 1. §. 2, L. 79. §. 1. D. eod., L. 4. D. *quando dies* 36. 2. i inne), ale także do ustanowienia dziedziców, to potwierdza niewątpliwie L. 104. §. 6. D. de lega. I. (Por. Unger Erbr. §. 17. not. 2, Scheurl Beiträge II. str. 344 sq.). Tu należy także L. 9. C. de hered. inst. 6. 24: *Extraneum etiam cum morietur heredem scribi placuit, ktorej nie można inaczej rozumieć, jak tylko: cum morietur quis alius, nie zaś heres* (por. Scheurl l. c. str. 346), w przeciwnym razie pomieniona *lex* stałaby w sprzeczności z innymi ustępami (por. not. 4), gdy bowiem czasokresu *cum ipse heres morietur* nie uważano za warunek, lecz za czasokres (arg. L. 4. in fi. D. *quando dies* 36. 2. „*ipse legatarius*“, L. 79. pr. D. de cond. et demon. 35. 1), należałoby owe „*cum morietur*“ uważać za niedołączone (tak też sądzi Mühlenbruch T. 41. str. 272), ale pomieniona *lex* stanowczo uznaje je za ważnie dodane: *scribi „placuit“.*

dem pewne ograniczenia.¹³⁾ Wolno było także dodać kilka warunków łącznie lub rozłącznie (alternatywnie). Jeżeli ta sama osoba była kilka razy ustanowiona w testamencie do całego lub tej samej części spadku, każdym razem pod innym warunkiem, lub też raz warunkowo, drugi raz bezwarunkowo, natenczas w pierwszym razie warunki uważano za dołączone alternatywnie, w drugim razie jedynie bezwarunkowe ustanowienie („plenior“) miało znaczenie.¹⁴⁾

Warunkowe ustanowienie dziedzica podlegało z reguły powszechnym prawidłom o warunkach zawieszających, mianowicie było wtedy tylko prawdziwie warunkowem,¹⁵⁾ gdy testator uczynił je zawisłym od okoliczności przyszłej, co do swego ziszczenia się przedmiotowo niepewnej,¹⁶⁾ a podobnie było ustanowienie dziedzica tylko pozornie warunkowem, jeżeli testator położył za warunek to, co się według prawa samo przez się rozumiało (*condicio tacita, quae tacite inest*).¹⁷⁾ Atoli i co do warunków zawieszających różniły się rozporządzenia ostatniej woli pod wielu wzglę-

¹³⁾ Ob. poniż.: Dziedziczenie przeciwtestamentowe. — Przymyślamy, że warunek „*si Titius voluerit*“ *Seius heres esto*, czynił ustanowienie dziedzica nieważnem. Powyż. §. 23. not. 31. Ob. także §. 24. licz. 2. b. i d.

¹⁴⁾ L. 17. D. de cond. inst. 28. 7, L. 27. §§. 1. 2, L. 68. (67) D. de her. inst. 28. 5. Późniejsze ustanowienie nie miało mocy uchylającej poprzednie ustanowienie w tym samym testamencie, do tego potrzeba było *exheredacyi*. Ob. powyż. §. 24. po noc. 13. — W przypadku ustanowienia dziedzica kilka razy warunkowo, lub na przemian warunkowo i bezwarunkowo do rozmaitych jednak części spadku, każde ustanowienie miało samoistne znaczenie. L. 27. pr., L. 60. (59) §. 6. D. de here. inst. 28. 5.

¹⁵⁾ Por. o tem, jak również co do zapatrywań odmiennych, Windscheid §. 87, Arndts §. 66, Scheurl Beiträge II. str. 93 sq., Enneccerus Ueber Begriff u. Wirkung der Suspensivbedingung u. d. Anfangstermines str. 85sq., Tewes §. 37. II, Zielonacki §. 56, Maciejowski I. §. 179.

¹⁶⁾ L. 10. §. 1. D. de cond. inst. 28. 7, L. 16. D. de iniur. rup. 28. 3. (n. p. si Titius consul fuit vel es). — L. 51. (50) §. 1. D. de here. inst. 28. 5, L. 20. pr. D. de cond. inst. 28. 7. (a do tego Arndts §. 66. not. 7).

¹⁷⁾ L. 12. D. de cond. inst. 28. 7, L. 70. (69) D. de here. inst. 28. 5. (n. p. heres esto „*si volet*“, jeżeli ustanowiony był *heres voluntarius*, inaczej jeżeli był *necessarius*).

dami znacznie od czynności prawnych pomiędzy żyjącymi. Niektóre warunki mianowicie, które czynność prawną pomiędzy żyjącymi czyniły nieważną, były tu uważane za niedołączone. Do nich należały warunki niemożliwe (*condiciones impossibiles*) i niedozwolone.

Niemożliwym jest warunek,¹⁸⁾ który żadną miarą ziścić się nie może, czy to z przyczyn przyrodzonych (n. p. *si digito caelum tetigerit*), czy też z przyczyn prawnych (n. p. *si rem sacram aut religiosam vendiderit*, — *si sororem suam nupserit*)¹⁹⁾ Niemożliwym jest także warunek, który mógłby być spełniony tylko z nadzwyczajnym wysiłkiem, niepodobnym wśród zwykłych okoliczności (n. p. *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis eius fecisset*).²⁰⁾ Tego rodzaju warunek czyni czynność prawną pomiędzy żyjącymi dlatego nieważną, ponieważ już w chwili jej zawarcia przedmiotowo jest pewnem, że zamierzone skutki prawne nie powstaną. Tej konsekwencji trzymali się Prokulejanie także ze względu na rozporządzenia ostatniej woli, gdy przeciwnie Sabinianie poczytywali warunek niemożliwy przy rozporządzeniach ostatniej woli za niedołączony, a przeto ustanowienie dziedzica pod takim warunkiem za ważne.²¹⁾ Zapatrywaniem Sabinianów kierował, zdaje się, wzgląd na to, iż nie podobna przypuścić, aby testator ustanowionego dziedzica (a względnie zapisobiercę) chciał wykluczyć dodaniem takiego warunku, skoro go ustanowił li z własnego popędu, że raczej należy przyjąć, iż dodał coś zbytecznego.²²⁾ Z czasem przeważyło zda-

¹⁸⁾ Co do pojęcia warunków niemożliwych z przyczyn przyrodzonych lub prawnych, tudzież warunków niedozwolonych, niemoralnych (*condiciones turpes*) por. Arndts Civ. Schrif. I. str. 26 sq., Scheurl l. c. str. 262 sq., Vangerow §. 93. Uwaga 3.

¹⁹⁾ Gai. III. 98, L. 72. §. 7. D. de con. et dem. 35. 1, Cf. L. 35. §. 1, L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1.

²⁰⁾ L. 6. D. de con. inst. 28. 7. Por. Scheurl l. c. str. 270 sq., Vangerow §. 434. str. 110.

²¹⁾ Gai. III. 98.

²²⁾ Por. Vangerow §. 434. Uwa. 1. str. 107, Fitting Ueber die sog. Turiner Institutionenglosse und den sog. Bra-

nie Sabinianów i przeszło także do prawodawstwa Justyniańskiego.²³⁾

Za niedołączony uważano jednak warunek tylko wtedy, gdy był niemożliwy już w chwili sporządzenia testamentu,²⁴⁾ tudzież gdy był w samej rzeczy niemożliwy, t. z. tego rodzaju, iż nie można było przypuszczać, że w skutek zmiany stosunków przed chwilą stanowczą, t. j. przed chwilą śmierci spadkodawcy, wykonanie jego stanie się podobnem. Jeżeli przeciwnie warunek w chwili sporządzenia testamentu był możliwy, a dopiero później stał się niemożliwym, zdarzenie takie miało znaczenie nieziszczenia się warunku (*condicio deficit*),²⁵⁾ a na odwrót warunek w chwili sporządzenia testamentu niemożliwy, który później stał się możliwym, nie zawsze mógł być uważany za warunek możliwy, zależało to owszem od tego, czy stał się możliwym w skutek zmiany stosunków faktycznych, lub też w skutek zmiany przepisów prawnych.²⁶⁾ W pierwszym razie warunek nie należał wcale do niemożliwych; w chwili sporządzenia testamentu nie

chylogus str. 20, Maynz §. 387. do not. 19.— Co do właściwej przyczyny, która dla samego Gaia (l. c.) była wątpliwą, są zresztą zapatrywania rozmaite. Por. Savigny Syst. §. 124, Sell Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen str. 38 sq., Muhlenbruch w Glück'a Com. T. 41. str. 79 sq., Scheurl l. c. str. 267 sq. i 337 sq., Enneccerus l. c. str. 116. not. 186, Vering Erbr. str. 323. not. 2.

²³⁾ Paul. R. S. III. 4B. §. 1, L. 3. D. de con. et demonst. 35. 1. *Obtinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.* L. 16. in fi. D. de iniust. rupt. 28. 3, L. 1. D. de cond. inst. 28. 7, §. 10. I. de her. inst. 2. 14. — Co do L. 20. §. 1. D. de con. inst. 28. 7. por. Köppen Erbschaft str. 135 sq. z jednej, a Pernice Labeo I. str. 369 sq. z drugiej strony.

²⁴⁾ L. 46. (45) D. de her. inst. 28. 5, L. 6. §. 1, L. 72. §. 7. D. de cond. et demo. 35. 1, L. 104. §. 1. D. de lega. I.

²⁵⁾ L. 31, L. 72. §. 7, L. 94. pr. D. de cond. et dem. 35. 1.

²⁶⁾ Por. Savigny Syst. III. str. 166 sq., Vangerow §. 434. Uwa. 1. I. 2. b, Scheurl l. c. str. 285 sq. — Inaczej Sell l. c. str. 48 sq., Mayer Die Lehre v. d. Legaten u. Fideicommissen §. 33. not. 15, którzy w tym razie bez różnicy chwilę śmierci testatora uważają za rozstrzygającą, czy w tej chwili warunek był możliwy. Inaczej znowu Unger Syst. §. 82. not. 91.

można było o nim powiedzieć, iż żadnym sposobem ziścić się nie może, skoro to mogło się stać ze zmianą stosunków. Warunek taki musiał być tedy spełniony, skoro stał się możliwym, inaczej dziedzic nie był powołany,²⁷⁾ a jeno wtedy uważano go za niedołączony, jako warunek niemoralny, gdy wyczekiwanie nastąpić mogących zmian było rzeczą naganną.²⁸⁾ W drugim razie warunek podlegał w zupełności regulom o warunkach niemożliwych, ponieważ o tem, czy pewne zdarzenie, położone za warunek, z przyczyn prawnych ziścić się może lub nie, rozstrzyga prawo, obowiązujące w czasie dokonania czynności prawnej, nie zaś prawo późniejsze.²⁹⁾

Warunek częściowo niemożliwy uważano o tyle tylko za niedołączony, o ile był niemożliwy, co zaś było możliwym, winno się było ziścić.³⁰⁾

Pod względem zastosowania powyższych reguł nie stanowiło różnicy, czy warunek był bezwzględnie lub tylko względnie niemożliwy, t. z. czy w ogóle, w każdym razie nie mógł się ziścić, (n. p. si digito caelum tetigerit), lub tylko w tym razie z powodu zachodzących szczególnych stosunków.³¹⁾ Toż samo nie stanowiło różnicy, czy testator

²⁷⁾ L. 58. D. de cond. et demo. 35. 1: Si ancillae alienae cum ea nubisset, legatum sit. Proculus ait utile legatum esse, quia possit manumissa nubere. L. 59. §. 1. D. eod.

²⁸⁾ Arg. L. 35. §. 1. D. de V. O. 45. 1: . . . cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur: quamquam etiamsi non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit, quia statim contra mores sit. L. 83. §. 5. D. eod. Por. Unger Syst. §. 82. do not. 90, Windscheid §. 94. not. 4, Arndts §. 72. not. 2. lit. e.

²⁹⁾ Arg. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1: . . . nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio. — Inaczej prócz wymienionych w nocie 26. (Sell i Mayer) także Unger Syst. §. 82. not. 91 i 92, por. atoli przeciwko niemu Scheurl l. c. str. 285 sq.

³⁰⁾ L. 46. (45) D. de here. inst. 28. 5, L. 6. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1.

³¹⁾ L. 104. §. 1. D. de lega. I: . . . si tabellas, quibus ei pecuniam expromiseram, dederit . . . si testamenti faciendi tem-

wiedział o tem lub nie, że warunek ziścić się nie może,³²⁾ wyjąwszy, jeżeli z samego oświadczenia wynikało niewątpliwie, że testator właśnie dla tego dodał warunek, o którym wiedział, że się spełnić nie może, ponieważ nie miał szczerzej woli uwzględnić dziedzica ustanowionego. W takim razie ustanowienie dziedzica było nieważne.³³⁾

Niedozwolonym,³⁴⁾ czyli t. zw. niemoralnym, był w ogóle warunek wtedy, jeżeli w skutek jego dołączenia osnowa czynności prawnej stawała się prawnie lub moralnie naganną. Przedewszystkiem należały tu warunki, które ze względu na swą osnowę wykraczały przeciwko prawu lub dobremu obyczajom (*cond. turpes*), jeżeli tak były dołączone, iż w razie przyznania im zwykłego znaczenia, czynność prawna zawarunkowana służyłaby do popierania tego rodzaju wykroczeń, azatem w naszym przypadku, gdy testator ustanowił dziedzica pod warunkiem, jeżeli dopuści się pewnego czynu zabronionego lub niemoralnego, (*n. p. si homicidium fecerit, — si reliquias testatoris in mare abiciat*), albo zaniecha czynu, prawem lub dobremi obyczajami

pore tabulae nullae fuerunt . . . ἀδύνατος condicio pro non scripta habetur. L. 46. (45) D. de here. inst. 28. 5, L. 6. §. 1, L. 72. §. 7. D. de con. et dem. 35. 1.

³²⁾ Por. Savigny Syst. III. str. 191 sq., Windscheid §. 94. not. 8.

³³⁾ Arg. L. 4. §. 1. D. de statul. 40. 7: . . . quia nec animus dandae libertatis est. Cf. L. 27. pr. D. de cond. inst. 28. 7. — Por. Mühlenthal w Glück'a Com. T. 41. str. 134 sq., Vangerow §. 434. Uwa. 1. II. 3, Mayer l. c. §. 33. do not. 7, Maynz §. 387. not. 21. — Wszelako taki zamiar testatora nie mógł być z góry przyjęty, jak sądzi Scheurl l. c. str. 271 sq., musiał być owszem niewątpliwie wykazany. Regułą było, iż warunek niemożliwy poczytuje się za niedołączony, chociażby testator o tem wiedział, iż jest niemożliwy, czego najlepiej dowodzą przykłady źródłowe tego rodzaju, jak *si digito caelum tetigerit*. Por. zresztą o rozmaitych zapatrywaniach co do tłumaczenia L. 4. §. 1. cit. Windscheid §. 94. not. 8.

³⁴⁾ Co do pojęcia warunków niedozwolonych, czyli t. zw. niemoralnych, por. prócz powołanych w nocie 18, Windscheid §. 94. do not. 9 sq., Unger Syst. II. §. 82. V. 3, Savigny Syst. III. str. 169 sq., Fitting w Arch. f. civ. Pra. T. 56. str. 399 sq., Ravit tamże T. 58. str. 1 sq.

nakazanego, (n. p. si ab hostibus patrem suum non redemerit, — si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit).³⁵⁾ Prócz tego uznano niektóre warunki za niedozwolone, mimo że ich osnowa nie zawierała w sobie nic zdroźnego, ponieważ uważano to za przeciwne interesom publicznym lub dobrym obyczajom, aby kogoś widokiem korzyści materyjalnej (lub uchylecia niekorzyści) nakłaniano do tego rodzaju czynów, za warunek położonych. Do tych warunków należały w szczególności:

a) Na mocy legis Iuliae et Papiae Poppaeae (ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur) warunek bezżenności lub zawarcia małżeństwa podług obcej woli („si non nubserit“, — „si arbitrato Titii nubserit“).³⁶⁾ Ustanowiony pod takim warunkiem otrzymywał w razie zawarcia małżeństwa to, coby był otrzymał, gdyby się był zastosował do warunku.³⁷⁾ Justynian zmienił prawo dawniejsze o tyle, iż uznał warunek bezżenności za dopuszczalny w razie ustanowienia dziedzicem wdowca lub wdowy.³⁸⁾

³⁵⁾ Paul. R. S. III. 4B. §. 2, L. 9, L. 14, L. 27. pr. D. de cond. inst. 28. 7, L. 20. D. de cond. et demon. 35. 1, L. 29. §. 2. D. de test. mil. 29. 1. — Warunek in fraudem legis był tak samo uważany za niedołączony, jak warunek, będący wprost contra legem. Por. L. 7. D. de cond. inst. 28. 7, L. 27. D. ad leg. Fal. 35. 2.

³⁶⁾ L. 22, L. 28. pr., L. 72. §. 4. 5, L. 74, L. 77. §. 2, L. 79. §. 4, L. 100. D. de cond. et dem. 35. 1, L. 54. §. 1. D. de lega. I, Paul. R. S. III. 4B. §. 2. — Wolno było natomiast ustanowić dziedzica pod warunkiem, jeśli nie wejdzie w związki małżeńskie z pewną osobą, albo na pewnym miejscu, albo do pewnego czasu, lub na odwrót, jeśli zawrze związek małżeński z pewną osobą. L. 62. §. 2 in fl., L. 63. pr. §. 1, L. 64. D. eod., L. 2. §. 6. D. de B. P. sécu. tab. 37. 11, L. 2. C. de inst. et subst. 6. 25. Por. Vangerow §. 434. Uwa. 1. I. 3.—Paulus l. c. zalicza tu także warunek „si filios non susceperis“; w prawie Justyniańskim nie ma o nim wzmianki.

³⁷⁾ L. 74. D. de con. et. demon. 35. 1: . . . tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intellegendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset. Por. Ravił l. c. str. 24 sq., który jednak odmiennie od powszechnej opinii (wyjawszy zdaje się Mayera §. 22. d.) przeczy temu, jakoby pomieniony warunek był uważany za niedołączony.

³⁸⁾ Nov. 22. cap. 43 i 44. — Ze względu na owdowiałych

b) Warunek rozwiązania małżeństwa (*divortium*).³⁹⁾

c) Warunek pozostawania lub zamieszkania w pewnym miejscu.⁴⁰⁾

d) *Condiciones derisoriae*, t. z. warunki, których spełnienie okryłoby dziedzica śmiesznością (*n. p. si laruali habitu processerit*).⁴¹⁾

e) Według prawa pretorskiego wreszcie *condicio nominis ferendi* i *condicio iurisiurandi*. Dziedzic, ustanowiony pod warunkiem: „jeżeli przyjmie nazwę testatora“, mógł w tym przypadku, gdyby przyjęcie nazwiska hańbę mu przynosiło, otrzymać *B. P. secundum tabulas* (*edictalem*), a względnie *utiles actiones* bez spełnienia warunku.⁴²⁾ Toż samo mógł dziedzic, ustanowiony pod warunkiem: „jeżeli przez złożenie przysięgi zapewni, iż dokona pewnego czynu“, (*n. p. si iuraverit se decem daturum*), bez złożenia przysięgi

wprowadziła już przedtem *lex Iulia Miscella* pewne zmiany. *L. 2. 3. C. de ind. viduitate et lege Iulia Miscella tollenda* 6. 40. *Por. Vangerow I. §. 227. Uwa. 1. I. e.*

³⁹⁾ *L. 5. C. de insti. vel subst. 6. 25.*

⁴⁰⁾ *Arg. L. 71. §. 2. D. de con. et demonst. 35. 1: . . . per quam ius libertatis infringitur; sed in defuncti libertis alio iure utimur.*

⁴¹⁾ *Paul. R. S. III. 4B. §. 2, L. 14. D. de con. inst. 28. 7. Cf. L. 113. §. 5. D. de leg. I. Scheurl (l. c. str. 299 sq.)* pojmuje, zdaniem mojem, warunki te za obszernie.

⁴²⁾ *L. 65. (63) §§. 9 i 10. D. ad SCtum Trebel. 36. 1: Quod si condicio adscripta est et ea est, quam praetor remittit, sufficit edictum . . . Si nominis ferendi condicio est, quam praetor exigit, recte quidem facturum videtur, si eam expleverit . . . nec enim in famosis et turpibus nominibus hanc condicionem exigit praetor. L. 7. in fi. D. eod. Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 41. str. 107 sq.— Utiles actiones t. z. nie żądając *B. P. secu. tab.* mógł dziedzic oświadczyć się do spadku, a wtedy pretor udzielał mu *actiones utiles*, chociaż dziedzic z powodu niewykonania warunku *iure civili* nie był do spadku powołany. *Por. Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. IV. str. 291, Huschke w Zeit. f. Civ. u. Proc. T. 14. (1840) str. 386. — Jeżeli dziedzic był obciążony fideikomisem dziedzictwa i nie chciał spełnić warunku *nominis ferendi*, by w następstwie przyjąć i wydać spadek, natenczas pretor uwalniał go od tego warunku nawet wtedy, gdy nazwisko nie było hańbiące.**

uzyskać B. P. secundum tabulas (edictalem), a względnie utiles actiones, czyn zaś w warunku umieszczony miał spełnić jako polecenie (modus), z wyjątkiem czynów niedozwolonych. Powodem tego postanowienia edyktu pretorskiego był wzgląd na to, iż w razie utrzymania podobnego warunku w mocy mogłoby się zdarzyć, że nieraz dziedzic, łatwy do przysięgi, spełniwszy warunek przez samo jej złożenie, otrzymałby spadek, chociażby nie miał wcale woli wykonać to, co przyrzekł, a znowu innym razem dziedzic gotów do wykonania czynu, w warunku umieszczonego, byłby mimo to wykluczony od dziedzictwa, gdyby z przesadnej może bogobojności wahał się złożyć przysięgę. Jedno i drugie nie odpowiadałoby wcale woli testatora, któremu właśnie zależało na tem, aby czyn wymagany był spełniony. Tę wolę testatora przeprowadzał pretor przynajmniej pośrednio, zapobiegając oraz lekkomyślnemu składaniu przysięgi.⁴³⁾ — W prawie Justyniańskiem mają przytoczone po-

⁴³⁾ L. 8. D. de cond. instit. 28. 7, L. 29. §. 2. D. de test. mil. 29. 1, L. 20, L. 26. pr. D. de con. et dem. 35. 1, L. 14. §. 1. D. de leg. III, L. 65. (63) D. ad SCtum. Trebel. 36. 1.— Por. o tem szczegółowo: Savigny Syst. III. str. 185 sq., Huschke l. c. str. 334 sq., Keller Insti. §. 343. IV, Vangerow §. 434. Uwa. 1. I. licz. 4. — Condicio nominis ferendi i cond. iurisiurandi były jedyne dwa przypadki, w których uwolnienie od spełnienia warunku opierało się niewątpliwie na edyktie pretorskim, tak że dziedzic, który nie spełnił warunku, mógł uzyskać tylko B. Poss. (resp. utiles actiones), nie zaś hereditatem. W innych przypadkach natomiast warunek niedozwolony był według ius civile ipso iure uważany za niedołączony. Ravit (l. c. str. 5 sq.) jest wprawdzie odmiennego od panującej opinii zapatrywania, sądzi, że we wszystkich przypadkach warunków niedozwolonych (z wyjątkiem warunku bezżenności) uwolnienie od ich spełnienia opierało się li na prawie pretorskiem, lecz zapatrywania tego nie dowodzą ani wyrazy: remittendae sunt, remittitur i t. p., używane zwykle w odnośnych ustępach źródeł, ponieważ inne wyrażają się znowu: nullius sunt momenti (Paul. R. S. III. 4B. §. 2), ani też L. 65. (63) §§. 7 i 9. D. ad SCtum. Treb. 36. 1. Z interpretacyi Ravita, że §. 9. odnosi się do wszelkich warunków niedozwolonych, ponieważ do nich (według Ravita) ma się odnosić §. 7, wynikałoby z koniecznością, że już w §. 7. jest mowa o warunkach niedozwolonych, „quas praetor remittit“, a jednak §. 9. zaczyna się od słów: quod

stanowienia pretorskie znaczenie przepisów *iuris civilis*; pomienione warunki poczytują się *iure civili* za niedołączony.⁴⁴⁾

Warunek zawieszający, ważnie dołączony, miał ten skutek, iż powołanie do spadku osoby ustanowionej dopóty pozostawało w zawieszeniu, dopóki warunek się nie ziścił.⁴⁵⁾ Dopiero w chwili ziszczenia się warunku otwierał się spadek dla dziedzica ustanowionego,⁴⁶⁾ tej chwili winien był on zatem dożyć i w tej chwili mieć zdolność dziedziczenia, a względnie *capacitatem*.⁴⁷⁾ Wszelako już przed ziszczeniem

si condicio adscripta est et ea est, quam praetor remittit, które wyraźnie mówią, że Gaius dopiero w tym ustępie przechodzi do warunków, od których pretor zwalniał. To przeciwstawienie §§. 7 i 9. nie popiera zatem wcale zapatrywania Ravita, owszem przemawia za tem, iż §. 9. ma na myśli jedynie *condi. iurisiurandi*, jak następny §. 10. *condi. nominis ferendi*. (Por. Huschke l. c. str. 387. not. 1).

⁴⁴⁾ Powyż. §. 9. III.

⁴⁵⁾ L. 65. (63) §. 7. in fi. D. ad SCtum. Treb. 36. 1: . . . *utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit*. L. 3. 69. D. de adq. v. omit. hered. 29. 2, L. 3. §. 2. D. de hered. inst. 28. 5, L. un. §. 7. C. de cad. tol. 6. 51.

⁴⁶⁾ Skutki spełnionego warunku nie cofały się wstecz, t. z. w razie ziszczenia się warunku nie uważano rzeczy tak, jak gdyby warunek się ziścił już w chwili śmierci spadkodawcy. Kwestya ta jest wprawdzie sporną, por. jednak Wendt *Lehre v. bedingten Rechtsge.* str. 101 sq. Zwykle (między innymi Savigny *Syst. III.* str. 152. licz. 3, *Szachowski* l. c. str. 71 sq. 84 sq.) powołują się w dowód przeciwnego twierdzenia na L. 54. D. de adq. v. omit. hered. 29. 2, L. 138. pr., L. 193. D. de R. I. 50. 17, L. 28. §. 4. D. de stipu. serv. 45. 3, ale to jest podwójnie mylnem. Najpierw fragmenta te mówią o pewnej właściwości dziedziczenia w ogóle, a nie tylko dziedziczenia warunkowego, a powtóre i pomieniona właściwość nie polegała wcale na tem, iżby nabycie dziedzictwa cofało się wstecz do czasu śmierci spadkodawcy. Ob. powyż. §. 7. not. 5 sq.

⁴⁷⁾ Powyż. §. 6. not. 29 i 30, §. 15. not. 11.—Toż samo nie mogli otrzymać spadku przed ziszczeniem się warunku, dziedzice ab intestato, tudzież dziedzice, ustanowieni w testamencie wcześniejszym, ponieważ ważne ustanowienie, jakim było także ustanowienie warunkowe, wykluczało dziedziczenie ab intestato, a unieważniało testament wcześniejszy. Nie mogli wreszcie części

się warunku mógł ustanowiony otrzymać dziedzictwo, jużto według *ius civile*, jużto na mocy prawa pretorskiego. Według *ius civile* w tym przypadku, gdy warunek był ujemny potestatywny tego rodzaju, iż jego ziszczenie się mogło być pewnem dopiero w chwili śmierci osoby ustanowionej, (n. p. si in Capitolium non ascenderit, si in Asiam non venerit). Ustanowiony pod takim warunkiem nie mógłby, ściśle rzecz biorąc, otrzymać dziedzictwa, chociażby się zastosował do woli testatora, ponieważ po ziszczeniu się warunku w ostatniej chwili swego życia nie mógł już oświadczyć się do spadku,⁴⁸⁾ gdy zaś taki wynik nie odpowiadałby woli spadkodawcy, przeto postanowiło *ius civile*,⁴⁹⁾ iż dziedzic, ustanowiony pod warunkiem pomienionego rodzaju,⁵⁰⁾ może przed jego ziszczeniem się nabyć dziedzictwo, jeżeli osobom, ewentualnie do spadku uprawnionym, t. j. substytutom, współdziedzicom lub dziedzicom ab intestato ⁵¹⁾

spadku, przeznaczonej dla dziedzica, ustanowionego pod warunkiem, otrzymać jego współdziedzice, ponieważ na wypadek ziszczenia się warunku, warunkowo ustanowiony, otrzymując swą schedę od współdziedziców, nie byłby wcale bezpośrednim następcą spadkodawcy (heres directus). L. 39. D. de adqui. v. omit. her. 29. 2, L. 5. D. de suis et leg. 38. 16, L. 8. C. commu. de succes. 6. 59.—L. 16. D. de iniu. rup. 28. 3.—L. 60. (59) §. 6. D. de hered. inst. 28. 5. — Por. Windscheid §. 554. not. 1. i §. 537. not. 3, z tą jednak uwagą, iż powodem wykluczenia współdziedziców nie mogła być zasada: semel heres, semper heres, ponieważ oni przez wydanie schedy dziedzicowi, pod warunkiem ustanowionemu, po ziszczeniu się warunku, nie przestawaliby być dziedzicami, mając własne schedy.

⁴⁸⁾ Por. Arndts Civi. Schrif. II. str. 154. not. 9.

⁴⁹⁾ Por. o tem szczegółowo: Vangerow §. 435. Uwa. 3, Arndts l. c. str. 151 sq., Mayer Die Lehre von d. Legaten u. Fideicommiss. §. 37, Mühlenthal l. c. T. 41. str. 254 sq.

⁵⁰⁾ L. 73. D. de cond. et dem. 35. 1: . . . in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur. L. 67. (65) §. 1. D. ad ScTum. Trebel. 36. 1: . . . quae nisi fine vitae expleri non possent.

⁵¹⁾ L. 18. D. de cond. et demon. 35. 1: . . . ei cavere debet Muciana cautio, ad quem iure civili, deficiente condicione, ea hereditas pertinere potest. Nov. 22. cap. 44. in fi. — W przytoczonej Noweli, która odnosi się specjalnie do condicio viduita-

da zabezpieczenie (*cautio Muciana*), iż zwróci majątek odziedziczony wraz z owocami i wynagrodzeniem szkody, własną winą zrządzonej, na wypadek, gdyby spełnił czyn, który według osnowy warunku nie miał być spełniony.⁵²⁾ Wyjątkowo stosowało się to postanowienie także do warunków ujemnych potestatywnych, które mogły się spełnić jeszcze za życia ustanowionego przez śmierć pewnej osoby, względem której dziedzic podług osnowy warunku miał się zachować w pewien sposób ujemny, ale to tylko wtedy, jeśli ta osoba należała do pewnych bliskich ustanowionemu, tak że wyczekiwanie jej śmierci byłoby rzeczą nieludzką, (*n. p. si a liberis suis, vel a liberis patroni non discesserit*),⁵³⁾ lub jeśli tą osobą był niewolnik dziedzica, do którego odnosił się warunek: *si servum non manumiserit*.⁵⁴⁾ W mo-

tis, postanawia wyraźnie Justynian, że prawo do kaucyi mają także dziedzice ab intestato, czy zaś i w innych przypadkach służy im to prawo, to jest zakwestyonowane, mimo ogólnego brzmienia L. 18. D. cit. Szczególnie przeczy temu Vangerow §. 435. Uwa. 3. III, Beckhaus §. 58. not. 20. Por. atoli Arndts l. c. str. 91 sq. 154 sq., Windscheid §. 554. not. 8, Sintenis §. 173. not. 29.

⁵²⁾ 76. §. 7. D. de lega. II, L. 79. §. 2. D. con. et dem. 35. 1, Nov. 22. cap. 44. §§. 2—4.

⁵³⁾ L. 72. pr. §. 1. D. de con. et dem. 35. 1, a por. L. 72. §. 2, L. 101. §. 3, L. 106 eod.—Z postanowień, zawartych w L. 72. pr. §. 1. cit., nie da się wysnuć żadna ogólna zasada (inaczej Puchta Pand. §. 475. do not. q, Windscheid §. 554. not. 8, Sintenis §. 173. not. 29), były one widocznie wyjątkami, dozwolonemi li ze względu na szczególne stosunki przypadków, tamże podanych (por. także Maynz §. 387. not. 66), czego dowodzi ta okoliczność, iż do wyjątków należał n. p. warunek, który mógł się spełnić przez śmierć dzieci patrona, a nie należał warunek, który mógł się spełnić przez śmierć małżonka (L. 101. §. 3. D. cit.).

⁵⁴⁾ L. 7. pr., L. 67. D. de con. et dem. 35. 1. Co do przyczyny tego wyjątku por. Vangerow §. 435. Uwa. 3. licz. 3. b. — Inne wyjątki z pod reguły, podanej w nocie 50, nie dadzą się skonstatować. Co do L. 4. §. 1. D. de cond. inst. 28. 7, rozmaicie interpretowanej i bardo wątpliwej, por. Arndts l. c. str. 157 sq., Scheurl l. c. str. 260 sq., Vangerow §. 435. Uwa. 3. I. licz. 2, III. licz. 2. a., Windscheid §. 554. not. 8. in fi., Böcking Pand. §. 158. not. 27. Interpretacją Arndtsa, wziętą od Fabera, uważam za najwięcej prawdopodobną.

wie będącym postanowieniom *iuris civilis* dał początek pontifex Q. Mucius Scaevola (konsul w r. 659 a. u. c.) ze względu na legata, później zastosowano je także do dziedzictwa.⁵⁵⁾ Według prawa pretorskiego mógł dziedzic, ustanowiony pod jakim bądź warunkiem, a więc także pod warunkiem ujemnym potestatywnym, pomienionego poprzednio rodzaju, przed ziszczeniem się warunku *agnoscere bonorum possessionem secundum tabulas*, rozumie się, jeżeli testament co do swej formy odpowiadał przepisom pretorskim.⁵⁶⁾ Ta *bon. pos. secun. tabu.* była całkiem

⁵⁵⁾ L. 7. 18. D. de con. et dem. 35. 1, L. 20. pr. D. de cond. inst. 28. 7.—Przeciwko opinii, jakoby *cautio Muciana* ze względu na dziedzictwa (Arndts l. c. str. 91. not. 154, Sintenis §. 173. not. 29), a jak Brinz (str. 953) sądzi, w prawie Justyniańskim także ze względu na zapisy, stosowała się do wszelkich warunków ujemnych-potestatywnych bez różnicy, por. Vangerow §. 435. Uwa. 3. II.

⁵⁶⁾ L. 2. §. 1. L. 5. pr., L. 6, L. 10, L. 12. in fi. D. de B. P. secu. tabu. 37. 11, L. 3. §. 13. D. de B. P. cont. tab. 37. 4, L. 23. pr. D. de hered. inst. 28. 5, L. 1. §. 7. D. ad ScTum. Tertul. 38. 17. — Por. o tem szczególnie: Arndts l. c. str. 88 sq., Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. IV. str. 284 sq. i Ubbelohde w Arch. f. civ. Pra. T. 61. str. 50 sq.—Niezasadnionem jest zapatrywanie wielu, iż B. P. nie była udzielana w przypadku, gdy warunek był potestatywny, bądź w ogóle (Leist l. c. str. 285 sq., Puchta Pand. §. 475. do not. m, Scheurl l. c. str. 259. z dołu), bądź przynajmniej wtedy, gdy warunek był łatwy do spełnienia (Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 41. str. 191, Müller str. 771. not. 13, Sintenis §. 173. not. 29, Maynz §. 387. not. 29). Temu sprzeciwia się L. 2. §. 1. D. de B. P. sec. tab. 37. 11: . . . *qualisqualis condicio sit*, a nie popiera wcale ani zwykle powoływana L. 23. §. 1. D. de hered. inst. 28. 5, ponieważ ta *lex* mówi o innej rzeczy, o tem, co ma nastąpić w przypadku, gdy dziedzic nie domaga się B. P., a prócz tego zwleka z wykonaniem warunku, łatwego do spełnienia,—ani L. 3. §. 13. D. de B. P. contr. tab. 37. 4. (Maynz), ponieważ ta *lex* odnosi się do dziedziców przeciwtestamentowych, i jest wyrazem specjalnych przepisów, do nich w tej mierze się odnoszących, — ani L. 2. §. 6. D. de B. B. secu. tabu. 37. 11. (Leist), bo ta tłumaczy się przepisem L. 12. D. eod.: *Ut scriptus heres agnoscere possit bonorum possessionem, exigendum puto, ut portio adscripta ei inveniri possit*. W czemby nakoniec L. 13. D. de lega. praest. 37. 5. (Leist) miała popierać to zapatrywanie, trudno się dopatrzeć. Por. zresztą Arndts

zwykłą, udzielaną na mocy edyktu de plano, w terminie prekluzyjnym, w porządku edicti successorii,⁵⁷⁾ nadawała też dziedzicowi w całej pełni stanowisko prawne bon. possessoris.⁵⁸⁾ Jeżeli jednak później warunek się nie ziścił, lub bon. possessor nie dożył jego ziszczenia się, udzielona bon. possessio nie miała żadnego znaczenia, była non ex edicto data, podobnie jak w przypadku, gdyby później okazało się, że institutio z innego powodu jest inutilis, a dziedzictwo przypadło tym, którzy na ten wypadek byli powołani: współdziedzicom, substytutom lub dziedzicom ab intestato.⁵⁹⁾ Ze względu na tę ewentualność miała tedy w mowie będąca bon. possessio pewien charakter prowizoryczny,⁶⁰⁾ dziedzic, ża-

l. c. str. 89. not. 144, Ubbelohde l. c. str. 50. not. 1, Mayer §. 49. do not. 3, Schmidt Das form. R. der Noth-erben str. 84. not. 57.

⁵⁷⁾ Por Arndts l. c. str. 88, Ubbelohde l. c. str. 50 i 52, Windscheid §. 554 not. 3, Szachowski l. c. §. 151. Inaczej Wendt Die Lehre v. beding. Rechtsgechäft str. 16 sq., ale z powodów nieprzekonywających, a nawet mylnych. — Że ta B. P. nie była decretalis, por. powyż. §. 9 not. 38.

⁵⁸⁾ L. 23. pr. D. de her. inst. 28. 5. . . . potest tamquam heres distrahere hereditatem. L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8: . . . pendente condicione possidentem hereditatem.

⁵⁹⁾ L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8, L. 1. §. 7. D. ad Setum Tertul. 38. 17. — Do tych powołanych mógł należeć także sam bon. pos., a wtedy nie potrzebował ponownie agnoscere bon. poss., lecz uzyskana przedtem miała znaczenie według okoliczności bon. poss. ab intestato, lub contra tabulas. L. 2. §. 1, L. 5. pr. D. de B. P. secu. tabu. 37. 11, L. 3. §. 13. D. de B. P. con. tab. 37. 4. Por. Leist l. c. T. II. str. 117 sq., T. III. str. 146 sq., Schmidt l. c. str. 84 sq.

⁶⁰⁾ Nie była prowizoryczną w tem znaczeniu, jakoby tworzyła osobną, w sobie zamkniętą instytucją, jak sądzi Leist (l. c. T. IV. str. 284), na to nie ma ani śladu w źródłach, owszem źródła traktują o niej, jako o całkiem zwykłej B. P. secu. tabu., lecz można ją nazwać prowizoryczną w tej myśli, iż w przeciwstawieniu do innych przypadków zwykłej B. P. secu. tabu., z właściwego sobie powodu mogła być ewentualnie data albo non data ex edicto. Całkiem prawidłowo zestawia zatem Pomponius w L. 23. pr. D. de here. inst. 28. 5. obok siebie diem certum et incertum (condicio), i nie można ztąd wyprowadzać tego wniosku, do którego doszedł Leist (l. c. T. IV. str. 288. 289 sq.), że dies a quo, uważany de iure za niedołączony, był jednak de facto uwzględniany przez udzielanie przed jego nadejściem ja-

dający bon. possessionem przed ziszczeniem się warunku, winien był przeto pomienionym osobom, które ewentualnie miały prawo do dziedzictwa, dać zabezpieczenie (*cautio*), iż spadku nie uszczupli (*praetor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum*). Rzecz o zabezpieczenie wymagała *causae cognitionem*, ale danie zabezpieczenia nie było warunkiem udzielenia *bonorum possessionis*, mogło nastąpić później.⁶¹⁾ W przypadku, gdy ustanowiony nie żądał bon. pos. przed ziszczeniem się warunku, mógł pretor na żądanie wierzycieli spadkowych, jeżeli warunek był potestatywny i łatwy do wykonania, naznaczyć dziedzicowi termin do spełnienia warunku i nabycia dziedzictwa, podobnie jak naznaczano sądownie terminy do nabycia spadku dziedzicom, ustanowionym bezwarunkowo,⁶²⁾ jeżeli zaś warunek był innego rodzaju, udzielał pretor, skoro w naznaczonym przez niego czasie dziedzictwo nie zostało nabyte, wierzycielom spadkowym dla ich zabezpieczenia *missionem in bona defuncti*, co ewentualnie prowadziło do *venditio bonorum*. Prócz tego usta-

kiejs osobnej, li prowizorycznej B. P., ponieważ B. P., udzielona *ante diem*, nie była czemś odmiennem od B. P. *post diem*.

⁶¹⁾ L. 12. D. qui satis. cog. 2. 8 : . . . heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate. L. 8 pr. D. de stipu. praet. 46. 5: qui sub condicione institutus est, adgnita bonorum possessione cogitur substituto in diem cavere longiorem. Paul. R. S. V. 9. §. 1 : . . . cavere, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat, hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur. Por. Ubbelohde l. c. str. 52 sq., Leist l. c. T. IV. str. 296 sq. Przytoczone źródła mówią o złożeniu kaucyi jedynie na rzecz substytutu i z tego powodu sądzi szczególnie Vangerow (§. 435. Uwa. 3. III. 1), że kaucyi nie składano na rzecz dziedziców ab intestato, ale przeciwna opinia panująca, że każdy ewentualnie do dziedzictwa uprawniony mógł żądać zabezpieczenia, jest więc uzasadniona. Por. prócz innych Arndts l. c. str. 89 sq., Ubbelohde l. c. str. 51, Leist l. c. T. IV. str. 299, Windscheid §. 554. not. 5, Maynz §. 387. do not. 32.

⁶²⁾ L. 23. §. 1. D. de hered. inst. 28. 5, L. 1. pr. D. de curat. bon. 42. 7. Por. poni. o sposobie nabycia dziedzictwa — *spatium deliberandi*, gdzie także o tem będzie mowa, czyli naznaczenie terminu mogły spowodować inne jeszcze osoby interesowane.

nawiał pretor dla spadku kuratora w celu przedsięwzięcia tymczasowo niezbędnych czynności, szczególnie spłacania długów uciążliwych.⁶³⁾

Pomienione dwa sposoby nabycia dziedzictwa przed ziszczeniem się warunku, t. j. bon. pos. secundum tabulas i cautio Muciana, różniły się od siebie przedewszystkiem tem, czem w ogóle różniła się bon. pos. secun. tab. pod względem formalnym i wewnętrznym od hereditas testamentaria. Z powodu tych różnic właśnie mogła mieć bon. possessio w prawie dawniejszem praktyczne zastosowanie i względem tych warunków, do których odnosiła się kaucya Mucyańska, szczególnie wtedy, gdy ustanowienie dziedzica

⁶³⁾ L. 23. §§. 2 — 4 D. de hered. inst. 28. 5, L. 4. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5, L. 1. D. de cura. bon. 42. 7, L. 8, L. 9. pr. D. quib. ex cau. in pos. 42. 4. — Zwykle nie podnoszą autorowie tej okoliczności, że missio in bona, o której tu mowa, mogła nastąpić tylko wtedy, gdy ustanowiony nie uzyskał B. Poss. (por. jednak Wendt l. c. str. 19, *Szachowski* l. c. §. 150), inni zaś (*Mühlenbruch* w *Glück'a Com.* T. 41 str. 191 sq., *Leist* l. c. T. IV. str. 294 sq.) wyrażają się w ten sposób, iż widocznie są wprost przeciwnego zdania, a jednak jednym z głównych powodów udzielania B. P. było właśnie: ne actiones creditorum differantur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mittantur et eo modo sibi consulerent. (§. 9. (8) I. de bon. pos. 3. 9, L. 1. pr. D. de succes. edi. 38. 9). Bon. Por. odpowiadał za długi spadkowe i przed ziszczeniem się warunku, jak długo zatem wierzyciele otrzymywali od niego swe zaspokojenie, sama przewłoka w spełnieniu warunku nie mogła być dla nich żadną miarą tytułem do żądania missionis in bona. (Ob. *Gai.* III. 78). To też L. 23. cit. czyni missionem in bona wyraźnie od tego zawisłą: sed si bonorum possessionem non admittat (słowa te, rozpoczynające §. 1, odnoszą się do wszystkich następných §§ów, co wynika z przeciwstawienia z principium), a i inne przytoczone ustępy mają taki właśnie przypadek na uwadze. (L. 4. D. cit. Własny servus sub condicione institutus et liber esse iussus, nie mógł przed ziszczeniem się warunku jako servus agnoscere B. P. — L. 1. D. cit. pr.: si responderit se non aditurum, etiamsi condicio exstiterit). Toż samo czynią przytoczone źródła ustanowienie kuratora od tego zawisłem, si bon. pos. non admittat, nie zaś od niezłożenia kaucyi, jak sądzą *Windscheid* §. 554 do not. 9, *Leist* l. c. T. IV. str. 292. Por. zresztą *Ubbelohde* l. c. str. 2 sq., także *Tewes* I. §. 39. B.

było ważne jedynie *iure praetorio*. Nadto zachodziła tu ta specjalna różnica, iż w przypadku nieziszczenia się warunku, lub gdy dziedzic nie dożył chwili jego ziszczenia się, *bon. possessio* była nijaką, jakby wcale nie była agnita, azatem osoby, powołane na ten wypadek, przychodziły do spadku jako dziedzice, mogły przeciwko posiadaczowi działać *hereditatis petitione*, a względnie *interdicto quorum bonorum*, mając nadto zabezpieczenie.⁶⁴⁾ Złożenie kaucyi Mucyańskiej miało przeciwnie to znaczenie, iż nabywający dziedzictwo przed ziszczeniem się warunku nabywał je tak, jak gdyby warunek już się spełnił, złożenie kaucyi uważano za spełnienie warunku,⁶⁵⁾ czyli *innemi* słowy, warunek zmieniał się w polecenie (*modus*).⁶⁶⁾ W razie niezastosowania się do tego polecenia nie przestawał zatem nabywca spadku być dziedzicem, lecz jedynie z mocy kaucyi był zobowiązany do zwrotu spadku.⁶⁷⁾ Materyalna ta różnica pozostała i w prawie Justyniańskiem,⁶⁸⁾ z tą jednak odmianą, iż po zupełnem zlaniu się przepisów prawa pretorskiego i *iuris civilis* w jedną całość,⁶⁹⁾ złożenie kaucyi przy warunkach ujemnych potestatywnych, wspominanego po kilkakroć rodzaju, mogło mieć już jedno tylko znaczenie, t. j. znaczenie spełnionego warunku.

O tem, co jest potrzebne, aby warunek można uznać za ziszczony, rozstrzygała wola testatora, poznana za pomocą interpretacyi, t. z. warunek wtedy był spełniony, je-

⁶⁴⁾ L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8: ... et si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem. L. 1. §. 7. D. ad Setum Tertul. 38. 17.— Por. Windscheid §. 554. not. 5, Leist l. c. T. IV. str. 297.

⁶⁵⁾ L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1: ... cavere et ita adire posse hereditatem. Por. Windscheid §. 554 not. 7. Vangerow §. 435. Uwa. 3. II, Ubbelohde l. c. str. 51.

⁶⁶⁾ Por. Scheurl l. c. str. 258 sq., Windscheid l. c.

⁶⁷⁾ Arg. L. 67. D. de con. et dem. 35. 1: „*commissa stipulatione*.“ Por. Windscheid l. c., Vangerow l. c., Brinz (1 wyd.) str. 952. z dołu.

⁶⁸⁾ Por. Windscheid §. 554. not. 7.

⁶⁹⁾ Pow. §. 9. III.

żeli to, co spadkodawca za warunek położył, w samej rzeczy zaistniało i to w taki sposób, jak właśnie pomyślał i chciał spadkodawca. In condicionibus primum locum voluntas defuncti optinet eaque regit condiciones.⁷⁰⁾ Warunek dodatni spełniał się zatem, jeżeli zdarzenie, które zająć miało, w samej rzeczy zaszło zupełnie po myśli testatora, ujemny, jeżeli to, co według woli testatora zająć nie miało, w samej rzeczy nie zaszło lub nastąpiła pewność, iż już zająć nie może.⁷¹⁾ Według woli testatora miało być także rozwiązane pytanie, w którym czasie warunek winien się ziścić, mianowicie, czy wystarczało, jeśli się spełnił jeszcze za życia testatora, lub też czy miał się ziścić po jego śmierci.⁷²⁾ Nieraz już sama osnowa warunku wskazywała na to, iż miał się spełnić za życia, lub odwrotnie po śmierci testatora (n. p. si mihi nubserit, — si ad exsequias funeris mei venerit),⁷³⁾ zresztą zaś wystarczało z reguły, jeśli warunek ziścił się za życia testatora, chyba że warunek był potestatywny, a testatorowi widocznie chodziło nie o skutek działania (n. p. si nubserit), lecz raczej o sam czyn (si in hoc fiant, ut testamento pareatur, — n. p. si Capitolium ascenderit), wtedy czyn miał być dokonany po śmierci testatora i to w zamiarze spełnienia warunku.⁷⁴⁾ Testator mógł także naznaczyć czas, do którego warunek winien był się ziścić.⁷⁵⁾ W przypadku

⁷⁰⁾ L. 19. pr., L. 101 pr. D. de con. et demon. 35. 1.

⁷¹⁾ Możemy tu dodać: Pupillus sine tutoris auctoritate, — servus vel filius familias sine iussu domini vel patris condicionem implere possunt. L. 26. D. de cond. inst. 28. 7, L. 5. D. de con. et demon. 35. 1. Cf. L. 25. D. de con. inst. 28. 7, gdzie widocznie „non“ należy wykreślić.

⁷²⁾ Por. o tem Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 41. str. 229 sq., Vangerow § 435. Uwa. 1.

⁷³⁾ L. 91. D. de con. et demon. 35. 1, L. 57. (56) D. de here. inst. 28. 5.

⁷⁴⁾ L. 2, L. 10. pr., L. 11. §. 1, L. 19. pr., L. 91. D. de con. et dem. 35. 1, L. 8. (7) C. de inst. v. subst. 6. 25. Cf. L. 36. 61. D. eod.—Ob. także L. 9, L. 10. §. 1, L. 11. pr., L. 68. D. eod, które mówią o przypadku ziszczenia się warunku już w czasie sporządzenia testamentu. Vangerow §. 435. Uwa. 1. licz. 1. in fi., Vering Erbr. str. 330.

⁷⁵⁾ Arg. L. 23. pr. D. de statul. 40. 7, L. 41. §. 12. de fidei. liber. 40. 5. Por. zresztą Mühlenbruch l. c. str. 248 sq., Vangerow l. c.

ustanowienia dziedzica z dodaniem kilku warunków łącznie, wszystkie winny były się ziścić, gdy przeciwnie wystarczało, jeśli się spełnił jeden tylko warunek z pomiędzy kilku alternatywnie dodanych.⁷⁶⁾ Zdarzenie, za warunek położone, winno się było ziścić w całości,⁷⁷⁾ w tym razie jednak, gdy testator ustanowił kilku dziedziców pod tym samym wspólnym warunkiem potestatywnym, wolno było jednemu z ustanowionych spełnić część warunku dla uzyskania swej schedy, jeśli warunek był podzielny (n. p. si centum dedissent). A i wtedy, gdy warunek wspólnie dodany był niepodzielny (n. p. si insulam aedificaverint), mogło być to wolą testatora, iżby jednemu z ustanowionych wolno było spełnić warunek w całości dla otrzymania przeznaczonej dla niego części spadku.⁷⁸⁾

W niektórych przypadkach poczytywano warunek za spełniony, chociaż w rzeczywistości wcale się nie ziścił, czyli trafniej rzecz określając, ustanowienie warunkowe miało ten skutek, który zależał od spełnienia warunku, mimo że warunek się nie ziścił.⁷⁹⁾ Prócz postanowienia co do kaucyi Mucyańskiej, tudzież specjalnego przepisu Justyniana, że wykonanie condicionis liberorum procreandorum może być zastąpione złożeniem uroczystych ślubów czystości, z przeznaczeniem majątku na cele dobroczynne,⁸⁰⁾ obowiązywały pod tym względem następujące reguły:

⁷⁶⁾ §. 11. I. de her. inst. 2. 14, L. 5. 17. D. de cond. inst. 28. 7, L. 78. §. 1. D. de con. et dem. 35. 1, i pow. not. 14.—Huschke ma odmienną opinią co do warunków alternatywnych. Por. o tem Arndts Civ. Schrif. II. str. 98 sq. i Mayer §. 21. not. 3.

⁷⁷⁾ L. 44. §. 10. D. de con. et dem. 35. 1, L. 23. D. eod.

⁷⁸⁾ L. 45. (44) D. de hered. inst. 28. 5, L. 7. (6) C. de con. inser. 6. 46. Arg. L.44. §. 8, L.54. §. 1, L.56, L.112 pr. §. 2. D. de cond. et demon. 35. 1, L. 13 pr. §§. 1 — 2 D. de manu. test. 40. 4, L. 13. §. 2. D. de statul. 44. 7.—Por. Mayer §. 21. not. 5, tudzież Die Lehre v. d. Lega. u. Fideicom. §. 36. a, Vangerow §. 434. Uwa. 1. I. 2. lit. c.

⁷⁹⁾ Por. do tej kwestyi szczególnie: Windscheid I. §. 92. i §. 554 licz. 2, Vangerow §. 435. Uwa. 2. i 3, Scheurl l. c. str. 160 sq., Savigny Syst. III. str. 138 sq., Wendt l. c. str. 143 sq.

⁸⁰⁾ L. 52. (53) §§. 13 i 14. C. de episc. et cleri. 1. 3.

1) Według ogólnej, do wszelkich czynności prawnych odnoszącej się reguły, poczytywano warunek za ziszczony, jeżeli ten, komu na tem zależało, aby warunek się nie ziścił, przeszkodził jego spełnieniu w tym właśnie zamiarze, aby oświadczenie warunkowe, w naszym przypadku ustanowienie dziedzica było bezskuteczne. In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset.⁸¹⁾ Celem tego pozytywnego przepisu było, pokrzyżować zamiary samolubne tych, którym nieziszczenie się warunku korzyść przynosiło, (n. p. dziedziców wspólnie ustanowionych, mających prawo do przyrostu, dziedzica podstawionego na wypadek nieziszczenia się warunku), dlatego też warunek nie był uważany za ziszczony już przez to samo, iż ten, komu na niewykonaniu warunku zależało, przeszkodził jego spełnieniu, lecz dopiero wtedy, gdy to uczynił w pomienionym zamiarze samolubnym.⁸²⁾ Zawsze jednak umyślne stawianie przeszkód miało za sobą domniemanie, iż nastąpiło z powodów samolubnych, stawiający przeszkody winien był zatem udowodnić, iż to uczynił z innych słusznych powodów.⁸³⁾

⁸¹⁾ L. 161. D. de R. I. 50. 17, — L. 24. D. de con. et dem. 35. 1. (por. Vangerow I. §. 94), L. 66, L. 81. §. 1. D. eod., L. 3. §§. 3. 4, L. 38. D. de statul. 40. 7. — Reguła ta nie odnosiła się jedynie do przypadku, gdy warunkowo zobowiązany przeszkodził wykonaniu warunku, jak sądzą Puchta Pand. §. 60. do not. g, Wendt l. c. §. 42, Teweś I. §. 38. licz. 6. B. (por. także Ihering w Jahrbü. f. Dog. T. 10. str. 463 sq.), wszakże w przypadku, gdy dziedzic przeszkodził wykonaniu warunku, pod którym niewolnik był wyzwolony, nie było wcale mowy o warunkowym zobowiązaniu dziedzica, a jednak warunek był uważany za spełniony.

⁸²⁾ Arg. L. 38. D. de statuli. 40. 7: Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro impleta condicione cedit, sed id dumtaxat, quod impediendae libertatis factum est. — Fragment ten uchyla zdanie Teweśa (I. §. 38. licz. 6. B), że zamiar samolubny nie był potrzebny.

⁸³⁾ Arg. L. 3. §. 3. D. de statul. 40. 7: ... nam qui prohibet servum proficisci, intellegendus est impedire magis velle libertatem, quam operis servi uti. Por. Scheurl l. c. str. 164 sq.

2) Przy rozporządzeniach ostatniej woli poczytywano warunek mieszany, którego wykonanie zależało od współdziałania kogoś trzeciego, wtedy za ziszczony, jeżeli dziedzic nie spełnił go jedynie z tego powodu, iż ów trzeci odmówił swego współdziałania. (N. p. dziedzic był ustanowiony pod warunkiem, jeśli się z Seją ożeni, a ta nie chciała się na to zgodzić, albo jeżeli da 100 Tycyuszowi, a Tycyusz nie chciał przyjąć i t. p.).⁸⁴⁾ Reguła ta opierała się na domniemanej woli spadkodawcy,⁸⁵⁾ nie miała zatem zastosowania, jeżeli według niewątpliwej woli testatora rze-

⁸⁴⁾ L. 5. §. 5. D. quando dies leg. 36. 2: Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quo minus impleatur, sed... per eius personam, in cuius personam iussus est parere condicioni, dies legati cedit rel. L. 78. pr. D. de cond. et dem. 35. 1: Cum pupillus aut tutor eius condicionem in personam pupilli collatam impedit, tam legati quam libertatis iure communi condicio impleta esse videtur. L. 3. 11. 23. D. de con. inst. 28. 7, L. 14. 31. 45. 84. 101. §. 4. D. de con. et dem. 35. 1, L. 30. §. 5. D. de lega. II, L. 13. pr. D. de annu. leg. 33. 1, L. 1. C. de inst. v. sub. 6. 25.—Przytoczone źródła, szczególnie dwa pierwsze, nie popierają opinii, dość rozpowszechnionej (Savigny Syst. III. §. 119. A, Puchta §. 60. do not. f, Brinz (1 wyd.) str. 1482 sq., Tewes §. 38. licz. 6. A, Vering Erbr. str. 331. do not. 4, Zielonacki §. 56. licz. 1, w końcu także Scheurl l. c. str. 164 sq., Baron §. 54. I. 2, Arndts §. 69. licz. 2), że warunek mieszany wtedy tylko był uważany za spełniony, jeżeli jego wykonanie wyszłoby na korzyść tej osoby, której współdziałanie było potrzebne, ona jednak zrzekła się tych korzyści, odmawiając swego współdziałania. Por. Windscheid §. 92. not. 6, Vangerow §. 435. Uwa. 2. licz. 1, Maynz §. 387. do not. 43, Wendt l. c. str. 147 sq. Że powoływana L. 24. D. de con. et dem. 35. 1. (powyż. not. 81) nie może służyć za podstawę do takiego ścieśnienia w mowie będącej reguły, to jest prawie powszechnie (także przez Brinza str. 1484) uznane.

⁸⁵⁾ L. 23. D. de cond. inst. 28. 7: „plerumque“ enim haec condicio: si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det aut faciat. Por. Windscheid §. 92. do not. 7. — Poniekąd odmiennie tłumaczą ten ustęp („plerumque“) Scheurl l. c. str. 175, Arndts §. 69. not. 2, a całkiem inaczej Brinz str. 1484.

czywiste spełnienie warunku było niezbędnem do skuteczności ustanowienia.⁸⁶⁾

Niektórzy sądzą, że warunek potestatywny lub mieszany był uważany za ziszczony w ogóle wtedy, gdy jego wykonaniu stanęło w drodze jakiegobądź, od woli dziedzica niezależne zdarzenie, jeżeli tylko dziedzic przedtem okazał gotowość wykonania warunku,⁸⁷⁾ lub jak inni sądzą, jeśli przedtem uczynił to wszystko, co z jego strony do spełnienia warunku było potrzebne.⁸⁸⁾ Zdanie to jest jednak nieuzasadnione.⁸⁹⁾ W szczególności nie można drugiego twierdzenia opierać na tych ustępach źródeł, w których jest mowa o pomienionej poprzednio (licz. 2) regule co do warunków mieszanych. Wszystkie te źródła ograniczają tę regułę wyraźnie tylko do przypadku, gdy przyczyną niewykonania warunku było odmówienie współdziałania ze strony tego, którego współdziałanie było potrzebne, mianowicie nie uważano warunku za spełniony, jeżeli jego wykonanie stało się niepodobnem w skutek śmierci tej trzeciej osoby,⁹⁰⁾ i to bez różnicy, czy dziedzic przedtem ze swej strony był lub nie był czynny.⁹¹⁾ Nie można przeto, jak

⁸⁶⁾ L. 84. in. fi. D. de con. et dem. 35. 1. Por. Mayer Die Lehre v. d. Legat. u. Fideicom. §. 38. do not. 5, Arndts §. 69. licz. 2.

⁸⁷⁾ Mühlenbruch l. c. T. 41. str. 211 sq., Vangerow §. 435. Uwa. 2. licz. 2, Vering Erbr. str. 331. do not. 5, (obydwaj ostatni z ograniczeniem do *condicio, quae in hoc fit, ut testamento pareatur*), *Maciejowski* I. §. 179. przy końcu.

⁸⁸⁾ Windscheid §. 92. not. i do not. 6, Arndts §. 69. licz. 3.

⁸⁹⁾ Por. Mayer Erbr. §. 22. not. 7, tudzież Leg. u. Fidei. §. 38. not. 7 i 8, Scheurl l. c. str. 174 sq., Wendt l. c. str. 149 sq., Baron §. 54. in fi., Savigny Syst. III. str. 144 sq.

⁹⁰⁾ L. 31, L. 94. pr., L. 101. pr., L. 112. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1, L. 20. §. 3. D. de statul. 40. 7, L. 4. C. de cond. inser. 6. 46. Por. atoli L. 2. §. 6. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

⁹¹⁾ Trafnie podnosi to Brinz (str. 1483), powołując się na L. 4. C. de con. inser. 6. 46. i L. 112. §. 1. D. de con. et dem. 35. 1.—Rozumie się jednak, że warunek był uważany za spełniony, jeżeli trzeci przed śmiercią odmówił już swego współdziałania, wtedy nie można było powiedzieć, że jego śmierć była przyczyną niewykonania warunku.

to czyni Windscheid, uważać tej reguły za wyraz obszerniejszej zasady, podanej w pomienionem drugim zdaniu.⁹²⁾

Prócz pomienionych specjalnych i ogólnych postanowień, nie znało tedy prawo rzymskie innych ogólnych reguł, uznających pod pewnemi okolicznościami warunek za ziszczony, owszem trzymało się zasady, że warunek winien się ziścić, jeśli ustanowienie ma mieć skutek, chyba że inna wola testatora wynikała niewątpliwie z jego oświadczenia (in condicionibus primum locum voluntas defuncti optinet).⁹³⁾

Z ustanowieniem dziedzica mógł testator połączyć pewne polecenie — modus, mianowicie mógł polecić dziedzicowi, aby tenże część z majątku odziedziczonego obrócił na pewne cele, albo coś innego ze swej strony

⁹²⁾ Por. przeciwko Windscheidowi także Arndts §. 69. not. 3.—Toż samo nie popierają przytoczonych opinii (not. 87 i 88) inne zwykle powoływane postanowienia źródeł, mianowicie:

a) L. 13. §. 1, L. 18. §§. 1. 2, L. 20. §. 3. D. de alim. leg. 34. 1, L. 20. pr. D. de annu. lega. 33. 1, L. 1. C. de lega. 6. 37.—W tych fragmentach, jak to trafnie wykazał Mayer (Lega. u. Fidei. §. 38. not. 8, por. także Wendt l. c. str. 152 sq.), nie ma wcale mowy o uznaniu warunku niespełnionego za ziszczony, lecz o rzeczywistem spełnieniu warunku. Warunek: „si cum Seio moraretur“ nie mógł mieć innego znaczenia, jak tylko, jeżeli ustanowiony będzie pozostawał przy Sejuszu do jego śmierci, skoro to nastąpiło, warunek był rzeczywiście spełniony, nie zaś tylko uznany za spełniony z powodu śmierci Sejusza. Por. także L. 84. de con. et dem. 35. 1, która jednak w części należy do reguły pod licz. 2.

b) Ulp. II. 6, L. 4. §. 5, L. 19, L. 20. §. 3, L. 28. pr., L. 39. §. 4. D. de statul. 40. 7, L. 55. pr. D. de manum. testam. 40. 4, L. 94. D. de con. et dem. 35. 1, L. 6. (7) C. de cond. inser. 6. 46. Według tych leges poczytywano wprawdzie warunek, pod którym niewolnik był wyzwolony za ziszczony, jeżeli jakiegobądź okoliczności stanęły w drodze jego wykonaniu, ale postanowienie to było wyjątkowem (constitutum ius) in favorem libertatis i nie może być stosowane do innych rozporządzeń ostatniej woli.

⁹³⁾ W ten sposób tłumaczy się L. 54. §. 2. de leg. I, w porównaniu z L. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Ob. Windscheid §. 92. not. 8, Wendt l. c. str. 152 sq. Toż samo, sądzą, L. 2. §. 6. D. de B. P. secun. tab. 37. 11, w porównaniu z fragmentami w nocie 90. Ob. także L. 3. C. de inst. v. subst. 6. 25.

uczynił, (n. p. ut ex eo monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo partem alii restitueret, — ut filios emanciparet).⁹⁴⁾ Takie polecenie różni się istotnie od warunku, nie czyni otwarcia spadku zawisłym od swego wykonania, lecz ma ten skutek, iż powołany, nabymy spadek, winien jest wypełnić to, co mu spadkodawca polecił.⁹⁵⁾ Od wykonania polecenia był jednak dziedzie uwolniony wtedy, gdy czyn polecony był od początku niemożliwy lub niedozwolony, albo później stał się takim bez winy dziedzica,⁹⁶⁾ wyjąwszy, jeśli polecenie mogło być wykonane w inny, do właściwej jego osnowy o ile można zbliżony sposób, a takie wykonanie odpowiadało myśli spadkodawcy.⁹⁷⁾ — Do wykonania polecenia lub złożenia kaucyi celem zabezpieczenia przyszłego wykonania można było dziedzica zniewolić w rozmaity sposób. Jeżeli wykonanie polecenia miało przynieść korzyść majątkową pewnej osobie, (n. p. Titium heredem instituo, ita ut quinque millia Maevio restituat), wtedy polecenie co do formy było właściwie zapisem (fideicommissum) i co do środków przy-

⁹⁴⁾ L. 17. §. 4, L. 71. §§. 1. 2, L. 80, L. 92. D. de cond. et dem. 35. 1, L. 1. 2. C. de his quae sub modo 6. 45. — Por. także powyż. do not. 43 i 66.

⁹⁵⁾ L. 80. D. de cond. et demon. 35. 1: . . . nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum, cui datum est, ut monumentum faciat. L. 17. §. 1. D. de manu. test. 40. 4. — Pomienioną powyżej różnicę uznaje *Louis* (str. 154), a jednak twierdzi, że polecenie wywiera te same skutki, jak warunek.—W razie wątpliwości, czy zastrzeżenie testatora było warunkiem lub modus, należało przyjąć ostatecznie, nie tyle ze względu na L. 9. D. de R. I. 50. 17. (*Savigny Syst.* III. str. 232. not. k), ile z powodu przychylniej interpretacji (powyż. §. 22. not. 13). Por. *Maynz* §. 387. not. 87.

⁹⁶⁾ L. 6. pr., L. 37, L. 71. §. 2. D. de cond. et dem. 35. 1, L. 8. §§. 6. 7. D. de cond. inst. 28. 7, L. 92. §. 1, L. 113. §. 5. D. de lega. I, L. 1. C. de his quae sub modo 6. 45.

⁹⁷⁾ L. 27. D. de con. et dem. 35. 1: In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salasia esset Publii Septimii Demetrii, fieret, . . . et cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum reperiebatur, . . . monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti extruere debere. L. 16. D. de usu et usufr. 33. 2. Cf. L. 6. (4) D. de admin. rerum. 50. 8.

musowych przeciwko dziedzicowi podlegało odnośnym postanowieniom.⁹⁸⁾ W innych przypadkach mógł być dziedzic zniewolony albo pośrednio przez samego testatora przez nałożenie kary na niewykonanie polecenia,⁹⁹⁾ albo przez współdziedziców *actione familiae erciscundae* lub *praescriptis verbis*,¹⁰⁰⁾ albo wreszcie w razie potrzeby przez magistraturę, bądź bezpośrednio za pomocą służących jej środków przymusowych, bądź pośrednio przez odmówienie skarg dziedzicowi.¹⁰¹⁾

Dodać należy, że polecenie mogło być nieraz tylko prostą radą (*nudum praeceptum*), która dziedzica do niczego nie obowiązywała. Takie znaczenie miało polecenie wtedy, gdy na jego wykonaniu nic nie zależało ani spadkodawcy, ani komuś trzeciemu, gdy zatem było uczynione wyłącznie w interesie dziedzica.¹⁰²⁾

B) O podstawieniu dziedzica.*)

§. 28.

1. Podstawienie zwyczajne. *Substitutio vulgaris*.

Podstawienie zwyczajne — *substitutio vulgaris* — jest to ustanowienie kogoś dziedzicem na wypadek, gdyby inny,

⁹⁸⁾ L. 2. C. de his quae sub modo 6. 45. — Por. Maynz l. c. do not. 75, Arndts w Glück'a Com. T. 47. not. 32.

⁹⁹⁾ L. 6. pr., L. 27. D. de cond. et dem. 35. 1. — Ściagnąć karę mógł przedewszystkiem ten, komu ona miała przyspaść według rozporządzenia testatora (por. Bruns Fontes. — *Negotia XIII. cap. 2*), w innych razach ci, którzy mogli zniewolić dziedzica do wykonania polecenia (poniż. do not. 100 i 101). Por. Maynz l. c. not. 77.

¹⁰⁰⁾ L. 18. §. 2, L. 44. §. 8. D. fami. ercis. 10. 2, L. 7. D. de annuis leg. 33. 1.

¹⁰¹⁾ L. 7. in fi. D. de annuis leg. 33. 1, L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3, L. 92. D. de cond. et demon. 35. 1. — L. 1. §. 3. D. ubi pupillus educari 27. 2, L. 8. §. 6. D. de con. inst. 28. 7. — Cf. Nov. 1.

¹⁰²⁾ N. p. ne domum aut praedium heres alienaret, — ut fundum emat. L. 114. §. 14. D. de lega. I, L. 38. §. 4, L. 93. pr. D. de lega. III, L. 71. pr. D. de con. et dem. 35. 1.

*) Gai. II. 174—184. Tit. Inst. 2. 15 i 16. de vulgari, — de pupillari substitutione. Tit. Dig. 28. 6. de vulgari et pupil-

przed nim zamianowany, spadku nie otrzymał: Titius heres esto, si Titius heres non erit, Seius heres esto. Dziedzic, ustanowiony na ten wypadek, zowie się dziedzicem podstawionym — heres substitutus (albo secundo gradu scriptus, — secundus), dziedzic przed nim zamianowany — heres institutus (albo primo gradu scriptus, primus). Dziedzicowi podstawionemu można było znowu kogoś podstawić (heres tertio, quarto etc. gradu scriptus), w ogóle mógł testator tyle stopni dziedziców ustanowić, ile chciał.¹⁾ Substitutio vulgaris jest instytucją prawa dawniejszego z czasów Rzeczypospolitej, ale zwyczaj podstawiania dziedziców rozpowszechnił się szczególnie od czasów legis Iuliae et Papiae Poppaeae, albowiem podstawienie było środkiem zapobiegającym, aby część spadku, przeznaczona dla dziedzica, gdyby on odpadł, nie stała się według tej lex caduca.²⁾

W czasach dawniejszych i jeszcze w okresie klasycznej jursprudeneyi ustanawiano zwykle dziedzica cum cretione, t. j. z oznaczeniem czasu, do którego ustanowiony winien był oświadczyć się do spadku w sposób uroczysty (cernere).³⁾ Tęgo rodzaju ustanowienie miało w przypadku substytucyj tę korzyść, iż zapewniało rychłe rozstrzygnięcie pytania, czy substytut będzie powołany do spadku. Pod tym względem stanowiło atoli różnicę, czy cretio była perfecta lub

lari substitutione. Tit. Cod. 6. 26. de impuberum et de aliis substitutionibus. — Mühlenthaler w Glück'a Com. T. 40. str. 248 sq., T. 41. str. 1 sq. Arndts Civ. Schrif. II. str. 166 sq. (tamże w nocie 3. jest podana dawniejsza literatura), tudzież Pand. §§. 496—499. Keller Inst. str. 263 sq. Tewe I. §§. 43—48. Mayer §§. 34—43. Vering Erbr. str. 338 sq. Beckhaus §§. 61—64. Rosshirt Testament. Erbrecht §§. 61—74. Rivier §§. 20 i 21. Windscheid §§. 557—561. Maynz §§. 384—386. *Mecis zeski II. str. 211 sq. Zielonacki §§. 378—380. Fr. Maciejowski II. §. 211.*

¹⁾ Gai. II. 174, Ulp. XXII. 33, Paul. R. S. III. 4B. §. 4, pr. I. h. t., L. 1. pr., I. 36. pr. D. h. t.

²⁾ Cicer. de invent. II. 21, Pro Cluent. c. 9. — L. 1. §. 1a. C. de cad. toll. 6. 51, L. 79. (78) §. 3, L. 81. (80) D. de hered. inst. 28. 5. — Por. powyż. §. 15. do not. 16. i poniżej w rozdziale: O nabyciu dziedzictwa.

³⁾ Gai. II. 164 sq., Ulp. XXII. 25 sq. O cretio będzie bliżej mowa na swoim miejscu.

imperfecta, t. z. czy dziedzic, ustanowiony cum cretione, na wypadek zaniechania cretionis był w testamencie wydziedziczony, lub też ustanowiony bez takiego zastrzeżenia. (Titius heres esto cernitoque in diebus proximis centum quibus scies poterisque, quodni ita creveris, exheres esto; tum Maevius heres esto cernitoque in diebus centum reliq. — Si non creveris, tum Maevius heres esto). W pierwszym razie był institutus bezwzględnie wykluczony, robiąc miejsce substytutowi, jeśli do czasu oznaczonego nie przyjął spadku w sposób uroczysty, chociażby nawet oświadczył się do spadku neuroczyście. W drugim razie był dziedzic, ustanowiony cum cretione, wtedy tylko bezwzględnie wykluczony, jeśli do czasu oznaczonego ani cernendo, ani w inny sposób nie oświadczył się do spadku; jeśli dokonał cretionem, wykluczał w zupełności substytuta, a jeśli przyjął spadek w sposób neuroczysty, substytut był obok niego powołany do równej części. Ostatni przepis uchylił Marek Aureliusz, stanowiąc, iż przy cretio imperfecta także neuroczyste przyjęcie spadku w czasie oznaczonym wykluczać ma w zupełności substytuta.⁴⁾ Ustanowienie dziedzica bliższego stopnia cum cretione, jakkolwiek zwykle, nie było jednak niezbędnym warunkiem substytucji, owszem już w czasach klasycznej jurysprudencji można było dziedzica bliższego stopnia ustanowić sine cretione i na wypadek, gdyby z jakiego powodu nie otrzymał spadku, podstawić mu kogo innego (Titius heres esto, si heres non erit, Seius heres esto).⁵⁾ Ten sposób podstawiania dziedzica stawał się coraz zwyklej-
szym, gdy z czasem starożytne formy wychodziły coraz więcej z użycia, a pozostał jedynym w prawie Justyniańskim, które nie zna cretionem. Powód nieotrzymania spadku mógł być w ogóle dwojaki, albo że dziedzic spadku przyjąć nie chciał, albo że go przyjąć nie mógł, n. p. w skutek swej śmierci, niezdolności dziedziczenia, incapacitatis. Substytucja mogła się odnosić albo do obu przypadków (si heres non erit, — albo si adire noluerit vel non potuerit), albo do jednego z nich, albo nawet tylko do pewnej szczególnej

⁴⁾ Gai. II. 174, 176—178, Ulp. XXII. 33. 34.

⁵⁾ Arg. Gai. II. 179, Ulp. XXIII. 7.

przyczyny nieotrzymania spadku, (n. p. si vivo me morietur);⁶⁾ zależało to od rozporządzenia testatora. Zauważyć jednak należy, że i wtedy, gdy testator wyraził się w sposób, ograniczający substytucją do pewnych tylko przypadków, mogło okazać się z interpretacji, że substytucja według jego woli ma się odnosić do wszelkich przypadków, z jakiegobądź przyczyny odpadłby dziedzic bliższego stopnia.⁷⁾

Z istoty substytucji wynika, że podstawić dziedzica można było jeno temu, kto sam był ustanowiony dziedzicem; podstawienie osobie nie ustanowionej nie miało mocy, nie mogło być mianowicie uważane za ustanowienie warunkowe w pierwszym stopniu, (n. p. si mihi Seius heres non erit — quem non instituerat — Sempronius heres esto.)⁸⁾ Zresztą zaś miał testator zupełną wolność, kogo, komu i do jakiej części spadku chciał podstawić.⁹⁾ Mógł zatem jednemu dziedzicowi podstawić jedną lub kilka osób, albo na odwrót kilku dziedzicom jedną lub znowu kilka osób, bądź tak, iż na każdego dziedzica pierwszego stopnia wypadał osobny substytut, bądź tak, że wszyscy substytucji byli wspólnie podstawieni kilku dziedzicom pierwszego stopnia.¹⁰⁾ Dalej

⁶⁾ L. 3. C. de hered. inst. 6. 24, L. 37. pr., L. 81. (80), L. 86. (85) pr. D. de hered. inst. 28. 5. Por. Keller Inst. str. 267. licz. 1.

⁷⁾ Głównie ze względu na L. 29. §. 5. D. de lib. et post. 28. 2, i L. 22. pr. ad SCTum Trebel. 36. 1, sądzi przeważna część autorów (Mayer §. 35. not. 2, Windscheid §. 557. not. 5, Sintenis §. 174. not. 7, Maynz §. 384. not. 17, Zielonacki §. 378, i inni), iż taką wolę testatora należało przyjąć zawsze w razie wątpliwości (Casus noluntatis — jak się wyrażają — involvit casum impotentiae et vice versa). Por. jednak Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 301 sq, Arndts l. c. str. 168. do not. 9. i Pand. §. 496. not. 2, Beckhaus §. 62. do not. 2, Unger §. 19. not. 4.

⁸⁾ L. 19. D. de hered. inst. 28. 5, L. 14. C. de her. inst. 6. 24. Por. Maynz §. 384 do not. 9, Keller Inst. §. 288. licz. 3, Arndts l. c. str. 173. not. 44, i powyż, §. 22. not. 4, ale także poniż. not. 13.

⁹⁾ I to było obojętnem, kogo najpierw wymienił, czy institutum, czy substitutum. L. 28. D. de hered. inst. 28. 5, L. 2. §. 6. D. h. t.

¹⁰⁾ Gai. II. 175, §. 1. I. h. t., L. 36. §. 1. D. h. t., L. 30., L. 39. §. 2. D. eod., L. 2. §. 5. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

mógł testator dziedzica pierwszego stopnia podstawić współdziedzicowi, albo też kilku lub wszystkich dziedziców pierwszego stopnia sobie nawzajem — *substitutio mutua s. reciproca*, co mogło się stać także przez krótkie wyrażenie się, n. p. *eosque invicem substituo* (t. zw. *substitutio compendiosa s. breviloua*).¹¹⁾ Dziedzic pierwszego stopnia mógł być nawet sobie samemu podstawiony, ale tylko *causa institutionis mutata*, t. z. ze zmianą materyalnego położenia dziedzica jako substytutu na jego korzyść, w przeciwnym razie substytucja była tylko powtórzeniem *institutionis* i jako taka nie miała znaczenia. (N. p. Tycyusz mógł być ustanowiony pod warunkiem, a podstawiony sobie bezwarunkowo, ale nie odwrotnie).¹²⁾— Dziedzic podstawiony był powołany do tej samej części spadku, która miała przyspaść dziedzicowi pierwszego stopnia, jeżeli testator inaczej nie rozporządził. Testator mógł mianowicie w przypadku podstawienia kilku osób kilku dziedzicom pierwszego stopnia oznaczyć dla pierwszych inny stosunek udziału w spadku, jak dla drugich; mógł następnie substytutu powołać tylko do części tej schedy, którą przeznaczył dla dziedzica pierwszego stopnia, tak że reszta przypadła innym współdziedzicom, albo na odwrót substytutowi wyznaczyć większą część jak dziedzicowi pierwszego stopnia, a wtedy substytut co do nadwyżki nie był substytutem, lecz warunkowym dziedzicem pierwszego stopnia.¹³⁾ Współ-

¹¹⁾ §. 1. I. h. t., L. 32, L. 36. §. 1, L. 41. §. 5. D. h. t.— L. 4. §. 1. D. h. t. („*reciproca*“), L. 64. D. de leg. II. („*mutua*“), L. 37. §. 1. D. de hered. inst. 28. 5. („*breviter*“). Cf. L. 24. 25. D. de her. inst. 28. 5.

¹²⁾ L. 10. §. 7, L. 48. §. 1. D. h. t., L. 8. pr. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 1. §. 5, L. 26. §. 1. D. si quis omissa cau. 29. 4. Ostatnie dwa fragmenta dowodzą, że podstawienie dziedzica samemu sobie było możliwem nie tylko w przypadku, podanym powyżej przykładowo, (jak sądzi Brinz 1 wyd. str. 774), ale także w razie innej zmiany materyalnego położenia substytutu, tak n. p. jeśli ktoś jako institutus był obciążony zapisami, od których był wolny jako substytut. Por. Wendt w Archi. f. civ. Pra. T. 55 str. 275 sq.

¹³⁾ L. 9. §. 15. D. de here. inst. 28. 5: ... *habebit non solum iure substitutionis, sed et institutionis*. L. 15. §. 1, L. 16. D. eod.

dziedzice, podstawieni jednemu z nich lub też sobie nawzajem, otrzymywali schedę po dziedzicu odpadłym, w braku innego rozporządzenia testatora, w tym samym stosunku, w jakim dziedziczyli jako instituti, a jeżeli prócz współdziedziców jeszcze ktoś inny (non institutus) był podstawiony, wydzielala się dla niego najpierw pars virilis.¹⁴⁾ Ci, którzy jako instituti byli powołani do tej samej części spadku (coniuncti), mieli przy substytucyi wzajemnej ze względu na tę część pierszeństwo przed innymi współdziedzicami.¹⁵⁾

Substytucya wzajemna miała w prawie przedjustyniańskim doniosłe praktyczne znaczenie; za jej pośrednictwem można było dopiąć tego, aby scheda wolna po jednym z dziedziców przypadła i tym współdziedzicom, którzy według *lex Iulia et Papia Poppaea* nie mieli prawa do przyrostu (*ius accrescendi*), jeżeli tylko zresztą byli zdolni do nabycia spadku.¹⁶⁾ W prawie Justyniańskim odpadły postanowienia *legis Iul. et Pap. Pop.* tak w ogóle, jak w szczególności co do prawa przyrostu,¹⁷⁾ w skutek czego część spadku wolna po jednym z dziedziców przyrastała już *ipso iure* bez substytucyi wszystkim współdziedzicom, a względnie *heredibus coniunctis*, w tym samym stosunku, w jakim przypadala im w razie wzajemnego podstawienia wszystkich współdziedziców. Mimo to nie straciła substytucya wzajemna swego praktycznego znaczenia, nadawała bowiem testatorowi możność urządzenia stosunku udziału współdziedziców w wolnej części spadku inaczej, jakby to wypadło na mocy prawa przyrostu. Co do istoty rzeczy zaś różniły się skutki substytucyi wzajemnej tem od prawa przyrostu, iż institutus mógł nabyć część spadku *ex substitutione* tylko wtedy, jeżeli dożył dnia, w którym miał być powołany jako substytut,

¹⁴⁾ §. 2. I. h. t., L. 5, L. 24, L. 41. §. 1. D. h. t., L. 1. C. h. t.—L. 32. D. h. t.—Do L. 5. cit. por. Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 311 sq.

¹⁵⁾ L. 41. §. 4. D. h. t.

¹⁶⁾ Por. Machelard Dissert. de l'accroissement entre les héritiers testamentaires str. 63 sq., także Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 312 sq.

¹⁷⁾ L. un. C. de cad. tol. 6. 51.

gdy przeciwnie prawo przyrostu służyło także dziedzicom instituti: portio portioni accrescit.¹⁸⁾

Substytucya zwyczajna jest co do swej istoty ustanowieniem dziedzica pod warunkiem zawieszającym: si ille heres non erit.¹⁹⁾ Prócz tego warunku, który się mieścił w każdej substytucyi, mógł testator dodać inny jeszcze warunek, tak że substytucya mogła być warunkową lub bezwarunkową.²⁰⁾ Ale substytucya nie była przez to samo warunkową, że dziedzic pierwszego stopnia był ustanowiony pod warunkiem, przeciwnie, ponieważ substytucya była dla siebie osobnem, samoistnem ustanowieniem dziedzica, warunek institutionis odnosił się wtedy tylko do substytucyi, jeśli przy niej był powtórzony.²¹⁾ Nadmienić wypada, że substytucya zwyczajna mogła się mieścić milcząco w substytucyi pupilarnej.²²⁾

Jako warunkowe ustanowienie dziedzica podlegała substytucya zwyczajna co do wymogów ważności i skutków prawnych tym regułom, którym podlegało ustanowienie dziedzica w ogóle, a w szczególności ustanowienie warunkowe. Powołanie substytutu mianowicie pozostawało dopóty w zawieszeniu, dopóki nabycie spadku z mocy institutionis było możliwem,²³⁾ ta jednak zachodziła różnica, iż substytut condicione pendente nie mógł uzyskać bon. pos. secundum tabulas w tem znaczeniu, jak inny warunkowo ustanowiony. Pochodziło to ztąd, iż według edictum successorium

¹⁸⁾ L. 9. D. de suis et legi. 38. 16: ... reliquis, qui adierint, ad crescit portio et licet decesserint, antequam ad cresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis et coheredi substituti, huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur. L. 23, L. 45. §. 1. D. h. t., L. 81. D. de adq. v. omit. her. 29. 2.—Por. Vangerow §. 451. Uw. 3. przy końcu. O różnicy co do obliczenia kwarty falcydyskiej będzie mowa na właściwem miejscu.

¹⁹⁾ L. 1. §. 13. D. ad leg. Fal. 35. 2: ... similis est sub condicione heredi instituto.

²⁰⁾ Paul. R. S. III. 4B. §. 5.

²¹⁾ L. 74. (73) D. de her. inst. 28. 5, L. 27. pr. D. eod.

²²⁾ Poni. §. 29. do not. 35 sq.

²³⁾ L. 3. 69. D. de adq. v. omit. her. 29. 2.

institutus wykluczał substitutum tak długo, jak długo dla pierwszego nie minął termin do żądania bon. possessionis, po bezskutecznym upływie tego terminu zaś był warunek substytucyi w myśl edyktu spełniony.²⁴⁾

Substytucya gasła (condicio deficit), skoro dziedzie pierwszego stopnia spadek nabył (iure civili lub honorario)²⁵⁾. Jeżeli institutus był homo alieni iuris, natenczas uważano to w razie wątpliwości za wolę testatora, iż substitut ma odpaść i wtedy, gdy institutus nabędzie spadek nie dla siebie samego, lecz dla tego, pod czyją władzą się znachodził.²⁶⁾ W prawie Justyniańskim mógł być tym

²⁴⁾ B. Poss. uzyskana przez substituta po terminie pomienionym, mogła jeszcze stać się sine re, jeżeli institutus nabył dziedzictwo iure civili, ale nie mogła już być non ex edicto data. (Por. powy. §. 27. do not. 59. i §. 9. not. 54 sq.) — Panująca opinia (Arndts Civ. Schrif. II. str. 172. not. 32, Pand. §. 496, Tewes §. 45. I, Maynz §. 384. not. 26, i inni), stawia wprawdzie i pod tym względem substituta na równi z dziezdicem, warunkowo ustanowionym, ale powoływana L. 2. §. 4. D. de B. P. secu. tab. 37. 11. nie może być inaczej rozumiana, jak tylko w sposób w tekście podany, jeżeli ją zestawimy z Dig. 38. 9. de suces. edicto. Por. Leist w Glück'a Comm. Ser. 37 et 38. T. IV. str. 287, Windscheid §. 557. not. 2. Na mocy konstytucyi z r. 339. (L. 9. C. qui admit. 6. 9) mógł wprawdzie substitut przed upływem terminu, który odnosił się do instytutu, zgłosić się do B. Pos. (intra alienam vicem), ale to miało zupełnie inne znaczenie. Por. §. 9. do not. 83.

²⁵⁾ L. 7. pr. D. de adq. v. omi. her. 29. 2, L. 5. C. h. t. Cf. L. 33. §. 1. D. h. t. To stosowało się także do testamentu wojskowych, chyba że miles wyraźnie ustanowił substituta i na wypadek, gdyby institutus nabył dziedzictwo (L. 5. D. de test. mil. 29. 1). To wyjątkowe postanowienie nie było jednak osobnem co do substytucyi przywilejem (jak niektórzy nazywają substitutio militaris. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 107), lecz wykonaniem w innej formie przywileju ustanowienia dziezdica ad diem, a drugiego post diem (pow. §. 27. not. 5). Por. Tewes §. 45. po noc. 5, Sintenis §. 177. licz. 5.

²⁶⁾ §. 4. I. h. t, L. 41. (40) D. de hered. inst. 28. 5. Illa enim verba „si heres non erit“ in eo, quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit. Cf. L. 3. C. de hered. inst. 6. 24, L. 48. pr. D. h. t. — Na ten wypadek, gdyby testator ustanowił w pierwszym stopniu niewolnika, którego mylnie uważał

nabywającym władcą tylko dominus servi instituti. Toż samo gasła substytucya, jeśli przeciwna wola testatora nie była widoczna, i w tym przypadku, gdy zamiast dziedzica pierwszego stopnia, na podstawie jego powołania, nabył dziedzictwo ktoś inny na mocy t. zw. transmisyi.²⁷⁾

Substytut był zatem powołany dopiero wtedy, gdy z mocy testamentu²⁸⁾ nie nabył spadku ani institutus z jakiegobądź powodu lub z przyczyny, oznaczonej przez testatora, ani też nikt inny z tych, którzy według tego, co się powiedziało, mieli pierwszeństwo przed substytutem.²⁹⁾ Jeżeli substytut był podstawiony kilku dziedzicom wspólnie, natenczas jego powołanie zależało od tego, aby wszyscy ci instituti odpadli.³⁰⁾ Jak każdy inny dziedzic warunkowy winien był substytut dożyć tej chwili, w której warunek substytucyi się ziścił, inaczej nie był powołany,³¹⁾ a jeśli był ustanowiony pod innym jeszcze warunkiem, powołanie jego zależało nadto od ziszczenia się tego warunku. W niektórych przypadkach przychodził substytut do spadku mimo że institutus nabył dziedzictwo, mianowicie:

a) Jeżeli skutki tego nabycia zostały cofnięte albo przez to, że institutus jako *suus et necessarius* skorzystał

za *ingenum*, postanowił Tyberyusz, iż spadek, a względnie odnośną część spadku, dzielić się ma między substytuta i tego, pod czyją władzą institutus pozostawał. §. 4. I. h. t., L. 41. (40), L. 42. (41) D. de hered. inst. 28. 5. Cf. L. 3. C. cit. Por. Arndts l. c. str. 169. not. 15, Windscheid §. 548. not. 16. a.

²⁷⁾ To wynika z istoty transmisyi, (o której później będzie mowa), ale nie jest powszechnie uznane, a szczególnie co do niektórych wypadków transmisyi sporne, tak mianowicie co do trans. Justinianeae ze względu na L. 72. D. de adq. v. omit. her. 29. 2. Por. Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 337 sq. T. 43. str. 224 sq., Arndts l. c. str. 169 sq., Sintenis §. 174. not. 25.

²⁸⁾ L. 3. C. h. t.

²⁹⁾ L. 3. C. de hered. inst. 6. 24, L. 2. C. de inst. v. subst. 6. 25, L. 3. C. h. t., L. 6. C. de necessa. et servi. 6. 27, L. 25. §§. 4. 8. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 27. pr. D. de her. inst. 28. 5, L. 7. D. de iniu. rup. 28. 3.—Ze względu na prawo przedjustyniańskie por. także pow. do not. 4.

³⁰⁾ L. 30. D. h. t., arg. L. 10. C. h. t.

³¹⁾ L. 23, L. 41. pr., L. 45. §. 1. D. h. t., L. 81. D. de adq. v. omit. here. 29. 2, L. 9. D. de suis et leg. 38. 16.

z beneficium abstinendi, albo też przez uzyskanie in integrum restytucyi.³²⁾

b) Ze względu na prawo przedjustyniańskie przed konstytucją Marka Aureliusza można tu zaliczyć powołanie substytutą obok dziedzica pierwszego stopnia, który jako ustanowiony cum cretione imperfecta przyjął spadek w sposób nieuroczysty.³³⁾

Substytut powołany, jeżeli nie należał do heredes necessarios, mógł według swej woli przyjąć lub zrzec się spadku. Nie miał on jednakże tego wyboru wtedy, gdy był oraz w pierwszym stopniu ustanowiony i przyjął spadek ex institutione, w tym razie część spadku ex substitutione przypadała mu ipso iure, nawet wbrew jego woli, zaraz w chwili ziszczenia się warunku substytucyi, jeśli tej chwili dożył. Toż samo odwrotnie nabycie z mocy substytucyi pociągało za sobą ipso iure nabycie ex institutione.³⁴⁾ Prze-

³²⁾ Co do benef. abstinendi: L. 44. D. de re iud. 42. 1. Cf. L. 12. pr. D. de interro. 11. 1. Substytut mógł uzyskać B. P. secund. tabulas. Por. Arndts 1. c. str. 171. — Co do in integ. restitu. wynika to z jej istoty (L. 24. §. 4. D. de minor. 4. 4), a nie sprzeciwia się temu L. 7. §. 10. D. eod. Por. Mühlenbruch T. 40. str. 361 sq., Arndts 1. c. str. 171. Przeciwnego zdania są jednak Puchta Pand. §. 477. not h, Brinz (1 wyd.) §. 182 in fl., i A mann Die Berechnung der Falcidia str. 372 sq. — Inaczej rzecz się miała, jeżeli institutus utracił dziedzictwo propter indignitatem, w tym razie substitutus nie miał pierwszeństwa przed fiskusem (L. 15. pr. D. de Scto. Sila. 29. 5) z wyjątkiem kilku przypadków (n. p. Now. 1), o czem na swoim miejscu.

³³⁾ Powy. do not. 4. Por. także not. 26.

³⁴⁾ L. 35 pr., L. 76 pr., L. 81. D. de adq. v. omit. her. 29. 2, L. 4 pr. D. quis ordo. 38. 15, L. 6. C. h. t. Cf. L. 60. (59) §. 5. D. de her. inst. 28. 5, L. 80. D. de adq. v. omit. her. 29. 2, L. 20 C. de iure. delib. 6. 30. — Możliwym było, że portio ex substitutione przypadała w całości iure accrescendi dziedzicom substytutą, jeżeli ten chwili ziszczenia się warunku nie dożył, jeśli n. p. dwóch tylko dziedziców było ustanowionych i jeden drugiemu podstawiony. Por. *Pietak* Zur Lehre v. der Pupillar-substitution w Arch. f. civ. Pra. T. 59. str. 26. not. 65. — Odmiennie od panującej opinii, (z którą w praktycznym rezultacie

pis ten uzasadniali prawnicy z epoki klasycznej tem rozumowaniem, że przyjęcie części ex institutione mieści już w sobie równe oświadczenie co do części ex substitutione, które wiąże substytuta w chwili powołania z mocy substytucyi.³⁵⁾ Podobne rozumowanie, oparte na słusznem przypuszczeniu, że kto przyjął część jedną spadku, ten chętnie przyjmie także część drugą, nie było tak bliskiem w przypadku odwrotnym, t. j. w razie zrzeczenia się spadku, to też prawo nie znało podobnego postanowienia co do skutków zrzeczenia się, jak co do skutków przyjęcia spadku, przeciwnie institutus et coheredi suo substitutus mógł według swej woli zrzec się części spadku ex institutione, a jednak przyjąć część spadku ex substitutione, lub odwrotnie,³⁶⁾

godzą się także Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 322 sq. i Sintenis §. 174. do not. 15), sądzą Baron §. 402. not. 8. i Żółtowski De coherede substituto str. 16 sq., że mimo nabycia spadku ex institutione, można było zrzec się później przypadłego spadku ex substitutione. Por. atoli zamiast innych: Fuchs w Arch. f. civ. Pra. T. 39 str. 233 sq., Piętał 1. c. T. 59. str. 3 sq. i 23 sq.

³⁵⁾ L. 81. D. de adq. v. omit. here. 29. 2: Totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quotiens acquirere sibi possit, nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem.

³⁶⁾ Kwestya ta jest bardzo sporna. Zdanie powyższe podzielają z rozmaitych zresztą po części argumentów: Löhr w Arch. f. civ. Pra. T. 22. str. 319 sq., Schlayer tamże T. 53. str. 52 sq., Arndts (10 wyd.) §. 517. not. 5, Keller Pand. §. 527. licz. 4, Baron Die Gesamtrechtsverhältnisse str. 507. not. 2. i Pand. §. 402. not. 9, Vering Erbr. str. 341. not. 4, Żółtowski l. c. str. 34 sq. — Przeciwnego zdania, że zrzekający się spadku ex institutione nie mógł nabyć spadku ex substitutione, są mianowicie: Wendt w Arch. f. c. Pr. T. 55. str. 261 sq., Vangerow tamże T. 37. str. 330 sq. i Pand. §. 451. Uwa. 3. licz. 2, Windscheid §. 602. not. 6, Brinz 1 wyd. str. 817, Sintenis §. 174. not. 16, Tewes §. 44. lit. f, Beckhaus §. 62. licz. 3, Maynz §. 385. not. 35, Zielonacki §. 378. — Sądze, że zdanie w tekście wypowiedziane, uzasadniłem dostatecznie w mojej, przytoczonej powyżej (not. 34) rozprawie (str. 3 sq.), tak istotą rzeczy, jak tłómaczeniem L. 76. §. 1. D. de adq. v. omit. her. 29. 2, z którym to tłómaczeniem godzi się Zoll Przegląd kry-

pod tym jednakże warunkiem, jeśli w chwili swego oświadczenia się co do jednej części, nie był jeszcze powołany do części drugiej.³⁷⁾ Wyjątek z pod tej reguły zachodził wtedy, gdy sam testator nabycie z mocy substytucyi uczynił zawisłem od nabycia ex institutione,³⁸⁾ a taki warunek rozumiał się samo przez się w przypadku substytucyi wzajemnej, uczynionej krótkim wyrażeniem się (eos invicem substituo).³⁹⁾

Wszystko, co się dotąd powiedziało ze względu na substytuta, podstawionego dziedzicowi pierwszego stopnia, stosuje się w całości do substytuta, podstawionego substytutowi. Substytut dalszego stopnia był mianowicie dopiero wtedy powołany, gdy wszyscy, w wyprzedzających go stopniach ustanowieni, odpadli, przyczem nie stanowiło różnicy, w jakim odpadli porządku, czyli n. p. pierwszy stopień od-

teczny z r. 1876 str. 339. (Co do interpretacji tego fragmentu są jednak zdania podzielone. Por. Leist *Observationes ad fr. 76. §. 1. D. cit.*, Vangerow § 451. Uwa. 3. licz. 2, tudzież w Arch. f. civ. Pra. T. 37. str. 330 sq., Schlayer l. c. str. 53 sq., Wendt l. c. str. 265 sq., Windscheid §. 597. not. 11, Amann *Die Berechnung der Falcidia* str. 317 sq., *Żółtowski* l. c. str. 34 sq., wreszcie Mommsen w wydaniu *Digestow* ad h. l.). Innych fragmentów nie ma; mianowicie nie odnoszą się wcale do naszego przypadku ani L. 1. §§. 5 i 6. D. si quis omissa c. test. 29. 4, którą Schlayer l. c. str. 52 sq. i Arndts (10 wyd.) §. 517. not. 5. powołują na poparcie powyższego zdania, (por. Wendt l. c. str. 275 sq. i Windscheid §. 602. not. 6), ani też powoływane nieraz przeciwko temu zdaniu L. 23. i L. 45. §. 1. D. h. t. (por. Vangerow §. 451. Uwa. 3. licz. 2 i 3, Wendt l. c. str. 263).

³⁷⁾ Dziedzic, który w chwili swego oświadczenia się był już powołany z obydwóch tytułów, nie miał co do każdej schedy z osobna wolnego wyboru, lecz mógł tylko albo obiedwie przyjąć, albo obydwóch zrzec się, (nam) adeundo unam portionem omnes adquire, si delatae sint. L. 80. §. 1. D. de adq. v. omit. her. 29. 2. Por. *Piętak* l. c. str. 8. not. 24, *Żółtowski* l. c. str. 16 sq.

³⁸⁾ Arg. L. 8, L. 31. pr. D. h. t. Por. *Piętak* l. c. str. 17 sq.

³⁹⁾ L. 41. §. 4. D. h. t., L. 23. D. eod: Ubi enim quis heredes instituit et ita scribit „eosque invicem substituo,“ hi substituti videbuntur, qui heredes exstiterunt. Por. *Piętak* l. c. str. 13 i 18.

padł przed stopniem drugim lub odwrotnie.⁴⁰⁾ Substytut podstawiony substytutowi, który był oraz ustanowiony w pierwszym stopniu, otrzymywał w razie wątpliwości, gdy przyszedł na porządek, obydwie schedy, przeznaczone dla poprzednika, tak *ex substitutione*, jak *ex institutione*.⁴¹⁾ Obydwie powyższe reguły wyrażają nowsi zdaniem: *Substitutus substituto est substitutus quoque instituto*.

§. 29.

2. Podstawienie pupilarne. *Substitutio pupillaris*.*)

Podstawieniem pupilarnem zowie się ustanowienie dziedzica przez ojca rodziny dla dziecka niedojrzałego na ten wypadek, gdyby to dziecko, stawszy się przez śmierć tego ojca rodziny *sui iuris*, zmarło przed dojściem do wieku dojrzałości.¹⁾ Substytucya pupilarna różni się zasadniczo od substytucyi zwyczajnej; substytut pupilarny nie był ewentualnym dziedzicem testatora, lecz dziedzicem pupila, powołanym *primo gradu* do jego spadku, t. j. do tego majątku, który *impubes* miał w chwili swej śmierci. I wtedy, gdy pupil był ustanowiony dziedzicem w testamencie ojca rodziny, (co nie było niezbędnem), przechodził na substytuta pupilarnego nie spadek po ojcu, lecz spadek po pupilu, ponieważ majątek, który *impubes* po ojcu odziedziczył,

⁴⁰⁾ L. 41. pr. D. h. t., L. 69. D. de adq. v. omit. herē.
29. 2, L. 2. §. 4. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

⁴¹⁾ §. 3. I. h. t., L. 27, L. 41. pr. D. h. t.

*) Prócz wymienionych w nocie *) przed §. 28. por. G. A. Frank *De origine et natura vulgaris ac pupillaris substitutionis*. Wilkens *De pupil. substitut. quaestiones quaedam*. Baron *Die Gesamtmrechtsverhältnisse im römischen Recht* str. 453 sq. *Pietak Zur Lehre von der Pupillarsubstitution w Arch. f. civ. Prax. T. 58. Nr. 12, T. 59. Nr. 1*.

¹⁾ Gai. II. 179: *Liberis nostris impuberibus quos in potestate habemus, non solum ita... substituere possumus, ut si heredes non extiterint, alius nobis heres sit, sed eo amplius ut etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit iis aliquis heres.*— Ulp. XXIII. 7, pr. I. h. t., L. 2. pr. D. h. t.

przestawał być mieniem ojca, a stawał się mieniem pupila.²⁾ Substytucya pupilarna nie była tedy ustanowieniem dla siebie dziedzica w miejsce innego ustanowionego, któryby odpadł, lecz była ustanowieniem dziedzica dla innej osoby w jej zastępstwie. Pater familias sporządzał testament dla pupila, który jako niedojrzały nie mógłby go sporządzić po śmierci ojca.³⁾ Było to więc wyjątkiem od zasady, iż do sporządzenia testamentu potrzebne jest własne osobiste oświadczenie spadkodawcy.⁴⁾ Z poprzedzającego okazuje się, że tak nazwana substitutio pupillaris nie była wcale substytucją we właściwym tego słowa znaczeniu, ale podporządkowanie jej pod to pojęcie ma swoją historyczną przyczynę. Jeżeli zważymy, że według dawniejszego prawa zostający pod władzą ojcowską nie mógł mieć własnego majątku, że zaś nabytki po śmierci ojca w krótkim okresie wieku niedojrzałego nie zawsze mogły być spodziewane, możemy przyjąć to za pewne, że w czasach dawniejszych ojciec rodziny z reguły jeno wtedy widział się spowodowanym, uczynić rozporządzenie co do spadku pupila, jeśli go ustanowił swoim dziedzicem, tudzież że spadek po pupilu zwykle składał się tylko z majątku, po ojcu odziedziczonego.

²⁾ Niewątpliwie i stanowczo wypowiadają to prawnicy klasyczni na wielu miejscach, że substytut pupilarny jest dziedzicem pupila. Gai. II. 180.— ipsi filio fit heres substitutus, II. 184.— extraneo ita substituere non posumus, ut si heres extiterit, alius ei heres sit, tak samo pr. i §§. 4. 9. I. h. t., L. 55. (54) D. de her. inst. 28. 5.— pupillo ex ea substitutione heres potest esse — pupillo heres exstitit, L. 10. §. 5 D. h. t. — neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, — i inne mnogie fragmenta. Ob. *Piętak* l. c. T. 58. str. 379 i 380.

³⁾ Pr. I. h. t.:... moribus institutum est, ut, cum eius aetatis (filii) sunt, in qua ipsi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant,— §. 2 eod. (Gai. II. 180):... tamquam si ipse filius heredem sibi instituisset, §. 5 eod., L. 2. pr. D. h. t.: Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, L. 2. §. 1. eod.: Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere — soli filio non poterit, L. 2. §. 4, L. 16. §. 1, L. 20. §. 1. D. eod.— Por. Windscheid §. 558. a capite, *Piętak* l. c. T. 58. str. 380, *Źródłowski* II. §. 63. not. o, *Fr. Maciejowski* §. 211.

⁴⁾ Por. pow. §. 21. do not. 1.

Wśród takich okoliczności mogło się w samej rzeczy nasunąć to zapatrywanie, że ojciec, ustanawiający dziedzica pupilowi, bierze właściwie w opiekę własny spadek, mianuje dla siebie drugiego dziedzica w miejsce pupila, gdyby ten zgaśł przedwcześnie.⁵⁾ Ta myśl właśnie przyczyniła się głównie do wytworzenia się na mocy zwyczaju („moribus“) w mowie będącej instytucji już w czasach Rzeczypospolitej, i była także powodem zastosowania do niej pojęcia substytucji. Ale to widzenie rzeczy mogło być tylko zapatrywaniem ludowym, wylęglę w umyśle ojców testujących, ze stanowiska prawnego natomiast nie mogło to być w żadnym czasie zapoznane, że substytut pupilarny bierze spadek po dziecku, a nie po ojcu. Mylnem jest przeto prawie powszechne zdanie, że pierwotnie substytut pupilarny i ze stanowiska prawnego był uważany za dziedzica ojca, że zaś odmienne pojmowanie rzeczy, przyjęte przez prawników klasycznych, zaczęło się wyłaniać dopiero przy schyłku Rzeczypospolitej.⁶⁾

⁵⁾ Tem się tłumaczy także zwykły w dawniejszych czasach sposób ustanawiania substytutu pupilarnego w słowach: „mihi heres esto“ (Cice. de inve. 2. 42, de orat. 2. 32), która to forma i w późniejszym prawie była dopuszczoną (L. 1. §. 1, L. 41. §. 8. D. h. t., L. 8. §. 1. D. de B. P. secu tab. 37. 11), obok formy heres esto, lub filio (ei) heres esto. Gai. II. 179, pr. I. h. t., L. 2. §§ 5. 6, L. 3, L. 8. pr. §. 1, L. 21, L. 31. pr. §. 1. D. h. t., i inne fragmenta. Por. *Piętak* l. c. T. 59. str. 32 sq.

⁶⁾ Zdanie to, któremu dali początek Wening-Ingenheim *Zeit. f. Civ. u. Proc.* III. (1829) str. 147, i G. A. Frank (l. c.), podzielają mianowicie Francke *Das Recht der Notherben* str. 458 sq., Keller *Institutionen* §. 288, Danz §. 167. licz. 2. in fi., Windscheid §. 558. not. 7, Vangerow §. 452, i inni tamże wymienieni. Inaczej Puchta *Instit.* §. 309. d, Vering *Erbr.* str. 345. not. 1. — Przeciwno tej opinii właśnie skierowaną jest moja, powyżej wymieniona rozprawa, w której wziąłem sobie za zadanie udowodnić, iż substytut pupilarny był ze stanowiska prawnego uważany za dziedzica pupila nie tylko w czasach klasycznej jurysprudencji, co prawie wszyscy uznają, ale zaraz od początku powstania tej instytucji. — Odosobnionem pozostało dotąd zdanie Huschke'go (*Zeit. f. Civ. u. Proc.* T. VI. (1849) str. 370 sq. (374. not. 1), T. VII. str. 54 sq. (70). 187 sq.) i Barona (l. c. str. 455 sq.), że substytut pupilarny i według nowszego prawa rzymskiego był bezpośrednim dziedzicem ojca.

Ustanowienie substytutu pupilarnego zależało w szczególności od następujących warunków:

1) Prawo do substytucji pupilarnej było wynikiem władzy ojcowskiej, ustanowić substytutę mógł przeto tylko pater familias ze względu na descendentę, rodzony lub przybrany, który znachodził się pod jego władzą,⁷⁾ nie miał zaś tego prawa ojciec względem dziecka, które nie było pod jego władzą, nie miała go w ogóle matka.⁸⁾

2) Ustanowić dziedzica można było tylko temu, kto znachodził się bezpośrednio pod władzą testatora, tak że przez śmierć jego stawał się homo sui iuris. Pod tym względem rozstrzygającą była nie chwila sporządzenia testamentu, lecz chwila śmierci testatora, t. z. do ważności substytucji wystarczało, jeśli impubes w chwili śmierci testatora był bezpośrednio pod jego władzą.⁹⁾ Pod tym warunkiem mógł pater familias ustanowić substytutę także dla descendentę stopnia dalszego,¹⁰⁾ a nawet dla impuberem extraneum, jeśli go później adoptował.¹¹⁾ Toż samo można było ustanowić substytutę dla descendentę jeszcze nienarodzonego, jeśli tylko postumus podlegałby bezpośrednio władzy testatora w chwili jego śmierci, gdyby w tej chwili był już przy życiu.¹²⁾

3) Substytucja pupilarna odnosiła się do descendentów niedojrzałych, na wypadek ich śmierci w wieku niedojrza-

⁷⁾ Gai. II. 179. 184, Ulp. XXIII. 7, pr. i §. 9. I. h. t., L. 2. pr., L. 10. §. 6. D. h. t.

⁸⁾ L. 2. pr. D. h. t.: . . . emancipatis (testamentum facere) non possumus. — Matka jednak, jak w ogóle każdy obcy, mógł dojść do podobnego rezultatu przez ustanowienie dziedzicem dziecka niedojrzałego pod warunkiem, jeśli dojdzie do wieku dojrzałego i podstawienie mu na wypadek nieziszczenia się tego warunku kogoś innego vulgariter. L. 33. pr. D. h. t. — Inny sposób dopięcia tego rezultatu podaje L. 39. pr. D. h. t.

⁹⁾ Tego dowodzą fragmenta, przytoczone w nocie 10 i 11. Por. Löhr w Arch. f. c. Pra. T. IX. str. 112 sq., Mühlentbruch l. c. T. 40. str. 371 sq., Windscheid §. 559. not. 3.

¹⁰⁾ L. 2. pr., L. 41. §. 2. D. h. t.

¹¹⁾ L. 2. pr. D. h. t.

¹²⁾ Gai. II. 183, Ulp. XXIII. 7, §. 4. I. h. t., L. 2. pr. D. h. t.

łym,¹³⁾ poza ten wiek nie miała mocy, nawet wtedy, gdyby testator wyraźnie przedłużył substytucyą do pewnego czasu po dojściu descendentu do dojrzałości. Wynikało to z celu tej instytucyi.¹⁴⁾ Natomiast mógł testator ograniczyć skutecznie substytucyą do krótszego wieku pupila (n. p. si filius intra decimum annum decesserit).¹⁵⁾

4) Ustanawiając dziedzica dla pupila winien był pater familias pod nieważnością substytucyi ustanowić dziedzica także dla siebie. Substytucya pupilarna tyczyła się wprawdzie spadku po pupilu, ale zawsze była rozporządzeniem ostatniej woli samego patris familias, które jako rozporządzenie testamentowe nie mogło mieć mocy bez ustanowienia dziedzica dla testatora.¹⁶⁾ Substytucya pupilarna była tedy tylko jednym z rozporządzeń testamentu ojcowskiego, jego częścią składową (unum est testamentum duarum hereditatum),¹⁷⁾ z czego wynikało, że ważność i skuteczność substytucyi pupilarnej zależała od ważności i skuteczności testamentu ojca.¹⁸⁾ Zresztą mógł testator ustanowić substytutu pupilarnego w tym samym testamencie, w którym ustanowił dla siebie dziedzica, albo sporządzić dwa odrębne testamenty, w którym to razie każdy z nich winien był mieć pełną formę testamentową, chociaż niekoniecznie tę samą.¹⁹⁾ I w ostatnim przypadku tworzył testament pu-

¹³⁾ Gai. II. 179 180, Ulp. XXIII. 7, pr. I. h. t., L. 1. §. 1, L. 2. pr. §. 5. D. h. t., i inne eod., L. 8. §. 1. D. de B. P. secun. tab. 37. 11.

¹⁴⁾ §. 8. I. h. t., L. 7. 14. D. h. t. Por. powyż. do not 3.

¹⁵⁾ L. 21, L. 38. §§ 1. 2, L. 43. §. 1. D. h. t., L. 2. §. 3. D. de B. P. secun. tab. 37. 11.

¹⁶⁾ Ulp. XXIII. 9, §. 5. I. h. t., L. 1. §. 3, L. 2. §. 1. D. h. t. Cf. L. 44. D. eod. — Por. *Piętak* l. c. T. 58. str. 380, T. 59. str. 30, *Mühlenbruch* w *Glück'a* Com T. 35. str. 41 sq.

¹⁷⁾ Gai. II. 180, §. 2. I. h. t.: . . . duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset, aut certe unum est testamentum duarum hereditatum. L. 2. §. 4, L. 20. pr. D. h. t., L. 2. §. 2. D. de her. v. actio. vend. 18. 4.

¹⁸⁾ §. 5. I. h. t., L. 1. §. 3, L. 2. pr. §. 1, L. 10. §. 4, L. 16. §. 1. D. h. t.

¹⁹⁾ Gai. II. 181, §. 3. I. h. t., L. 16. §. 1, L. 20. §. 1. D. h. t., L. 8. §. 4. D. de B. P. secun. tab. 37. 11, L. 8. D.

pila (testamentum pupillare, tabulae secundae) z testamentem ojca (test. paternum, tabulae patris) jedną całość, — pars et sequela est paterni testamenti, — winien był jednak pod nieważnością co do czasu sporządzenia następować po testamencie ojcowskim. Według dawniejszego prawa należało się trzymać tego samego porządku, najpierw ustanowić dla siebie dziedzica, potem dla pupila, także w tym samym testamencie, później jednak był w tym razie porządek obojętny.²⁰⁾

Zamianowanie pupila dziedzicem testatora nie było warunkiem substytucji pupilarnej, przeciwnie testator mógł pupila wydziedziczyć, a mimo to ustanowić mu substytuta,²¹⁾ bo nie pozostawienie majątku pupilowi, lecz patria potestas nadawała ojcu prawo do substytucji pupilarnej.²²⁾ To samo obowiązywało i w najnowszym prawie rzymskim po wydaniu Now. 115. (cap. 3. in fi., cap. 4. in fi.), która substytucją pupilarną utrzymała w mocy i na ten wypadek, gdyby impubes był wydziedziczony lub pominięty bez słusznej przyczyny, prawem wymaganej.²³⁾

Podobnie nie zależała ważność substytucji pupilarnej od tego, aby ojciec przy niej uwzględnił dziedziców przeciwtestamentowych, czy to własnych, czy pupila. O obowiązku uwzględnienia pierwszych nie mogło być mowy,

test quemadm. aper. 29. 3. Cf L. 15. § 5. D. de test. mil. 29. 1.: (Miles) tam sibi quam filio iure militari testamentum facere potest

²⁰⁾ L. 2. §§. 4—7. D. h. t. — Por. Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 386 sq., Arndts l. c. str. 176. not. 69, Tewes §. 46. I. E.

²¹⁾ Gai II. 182, Ulp. XXIII. 8, §. 4. I. h. t., L. 1. §. 2, L. 6, L. 10. § 5 D. h. t.

²²⁾ Dlatego też niezasadnionem jest powszechne mniemanie, że ustanowienie substytuta pupilowi wydziedziczonemu było wytworem nowszego dopiero prawa, chociaż przyznać należy, że faktycznie były takie przypadki w czasach dawniejszych rzadkiem zdarzeniem. Por. *Pietak* l. c. T. 58. str. 415. not. 82. i powyż. po noc. 4.

²³⁾ Por. Mühlenbruch l. c. T. 37. str. 286 sq., T. 40. str. 377 sq., Vangerow §. 485. Uwa. a cap, Arndts l. c. str. 177. not 72, i poniż. w oddziale o dziedziczeniu przeciwtestamentowem.

skoro ojciec w substytucie mianował dziedzica nie dla siebie, lecz dla pupila, uwzględnić drugich nie było potrzeba z powodu, że dziedzice przeciwtestamentowi pupila nieuwzględnieni nie mogli wystąpić przeciwko substytucji z żalobą pogwałcenia ze strony spadkodawcy obowiązków pietatis, ponieważ ich spadkodawca, t. j. impubes wcale nie sporządzał testamentu. Ta sama przyczyna przemawia silnie za tem, że i po Now. 115. nieuwzględnienie dziedziców przeciwtestamentowych pupila nie szkodziło substytucji.²⁴⁾

Z pod przytoczonych reguł o warunkach substytucji pupilarnej zachodziły wyjątki ze względu na testamenta wojskowych.²⁵⁾ Miles mógł ustanowić substytutą także dla dziecka emancypowanego, jak również na wypadek, gdyby descendent zmarł już po dojściu do wieku dojrzałego (n. p. si intra quintum et vicessimum annum aetatis decesserit), atoli substytut otrzymywał w pierwszym razie zawsze, w drugim wtedy, gdy descendent zmarł w wieku już dojrzałym, to tylko ze spadku descendenta, co temuż ojciec testator w swym testamencie pozostawił.²⁶⁾ Z tego wynika raz, że warunkiem powyższych wyjątków było ustanowienie descendenta dziedzicem testatora, powtóre, że te wyjątki nie były właściwie osobnym ze względu na substytucją pupilarną przywilejem wojskowych, lecz tylko praktycznym rozwinięciem w formie tej substytucji przywileju ustanowienia jednego dziedzica ad diem, drugiego post

²⁴⁾ L. 8. §. 5. D. de inoff. testa. 5 2: Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit . . . nec patris frater, quia filii testamentum est, ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. — Takich dziedziców, których według dawniejszego prawa nie można było pominąć, t. j. heredes suos, nie mógł mieć impubes — Co do Now. 115. są odmiennego zdania, (ze względu na ascendentów pupila), Zimmern (Neustetel et Zimmern. Römischrechtl. Untersuch. str. 85 sq.), Francke Das Recht der Notherben str. 456 sq., Zielonacki §. 379. in fi. Por. jednak mianowicie Thibaut w Arch. f. civ. Pra. T. 5. str. 346 sq., Mühlenthal l. c. T. 40. str. 391 sq., Schröder Das Notherbenrecht str. 566 sq., Vangerow §. 453. Uwaga 3.

²⁵⁾ Por. §. 6 not. 19 in. fi

²⁶⁾ L. 41. §. 4. D. de test. mil. 29. 1.—L. 15. D. h. t., L. 8. C. h. t.

diem.²⁷⁾ W tem rozumieniu mógł nawet miles, który sam był filius familias, swemu descendentowi, a każdy miles nawet heredi extraneo ustanowić substytuta pupilarnego.²⁸⁾ Miles mógł wreszcie ustanowić descendentowi substytuta pupilarnego, mimo że dla siebie nie sporządził testamentu.²⁹⁾

Wybór osoby substytuta zależał zupełnie od woli patris familias, z uwzględnieniem ogólnych reguł co do zdolności osobistej dziedzica. Mianowicie mógł testator, podobnie jak przy substytucyi zwyczajnej, zamianować substytutem pupilarnym tego, kogo w swoim testamencie ustanowił dziedzicem, bądź jednego z ustanowionych, bądź w ogóle swych dziedziców testamentowych: quisquis mihi heres erit (sc. ex testamento), idem impuberi filio heres esto. W ostatnim przypadku byli substytucji w razie wątpliwości powołani do spadku pupila w tym samym stosunku, w jakim dziedziczyli z testamentu ojca, a jeśli prócz nich jeszcze ktoś, nie ustanowiony w testamencie ojca, był zamianowany substytutem, należała mu się naprzód według dawniejszego prawa połowa, według postanowienia Justyniana pars virilis spadku pupilowego.³⁰⁾ Ojciec, który miał kilku pupilów, mianował substytutów pupilarnych albo dla każdego z nich, albo dla niektórych, albo tylko dla jednego, najzwyczajniej dla tego, któryby ostatni zmarł impubes.³¹⁾ Można było wreszcie dwóch lub kilku pupilów podstawić sobie nawzajem.³²⁾

²⁷⁾ Por. Fitting *Castr. Pecul.* str. 211 sq, *Tewes* §. 46. I. lit. D. in fl., *tudzież* powyż. §. 27. not. 5, §. 28. not. 25.

²⁸⁾ L.28, L.41. §. 4. in fl. D. de test. mil. 29.1.—L. 6. §. 1. in fl. C. de test. mil. 6. 21. Por. Fitting l. c. str. 203 i 211 sq.

²⁹⁾ L. 2. §. 1. D. h. t., L. 15. §. 5, L. 41. §. 5. D. de test. mil. 29. 1.

³⁰⁾ §. 7. I. h. t., L.3, L.8, L.10. pr. D. h. t.—L.9. D. h. t., L. 11. C. h. t. Por. *Arndts* l. c. str. 179. not. 84

³¹⁾ § 6. I h. t. : . . . vel qui eorum novissimus impubes morietur . . . si ius legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit. L. 34. pr., L. 37, L. 38. pr., L. 41. §. 7, L. 42. D h t., L 9. (10) pr. D. de reb. dub. 34. 5, L 11. pr. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 10 C. h. t.—Substytutem mógł być także natus post mortem impuberis. L. 17. 26. D. h. t.

³²⁾ L. 4. §. 1, L. 25. D. h. t.

Substytutowi pupilarnemu można było znowu kogoś podstawić, bądź vulgariter, t. j. na wypadek, gdyby substytut spadku pupilarnego nie otrzymał (*substitutus secundo gradu i t. d.*), bądź też, jeżeli substytut był także niedojrzałym *descendentem* ojca, pupillariter, t. j. na wypadek, gdyby tenże substytut, otrzymawszy spadek po pupilu, zmarł w wieku niedojrzałym. W pierwszym razie stosowała się do dalszych substytutów reguła: *substitutus substituto est substitutus quoque instituto*, w drugim razie nie miała ona zastosowania, ponieważ w pierwszym razie każdy dalszy substytut, podobnie jak przy substytucyi zwyczajnej, był powołany do tego samego spadku, t. j. do spadku pupila, do którego odnosił się pierwszy stopień substytucyi, w drugim razie zaś każdy substytut był powołany do innego spadku, t. j. do spadku tego pupila, któremu bezpośrednio był podstawiony.³³⁾

Descendentowi niedojrzałemu, który był ustanowiony dziedzicem w testamencie ojca, mógł ojciec podstawić kogoś *vulgariter et pupillariter*, t. z. tak na wypadek, gdyby *impubes* nie otrzymał spadku po ojcu (*in primum casum*), jak na wypadek, gdyby go otrzymał, ale zmarł przed dojściem do wieku dojrzałego (*in secundum casum*): *si filius heres mihi non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tum Gaius heres esto.*³⁴⁾ Ten rodzaj substytucyi podwójnej (*substitutio duplex*) był tak zwykły, iż w końcu uświęcono domniemanie prawne, że ojciec, ustanawiający dla pupila substytutu zwyczajnego, chce go mieć także substytutem pupilarnym (t. zw. *subst. pupillaris tacita*) i odwrotnie (t. zw. *substitutio vulgaris tacita*).³⁵⁾

³³⁾ L. 13. 25. D. h. t.—L. 47. D. eod. Por. Vangerow § 453. Uwa. 2.

³⁴⁾ Gai. II. 179. 180, pr. I. h. t., L. 1. §. 1. D. h. t.—Innym był przypadek, jeśli testator podstawił jednego *vulgariter*, a innego *pupillariter*. L. 39. §. 1. D. h. t.

³⁵⁾ L. 4. pr. §. 1. D. h. t., L. 4. C. h. t. — Powszechną jest zgoda co do *substitutio pupillaris tacita*, a i to jest od dawna panującą opinią, że odwrotnie substytucya pupilarna mieściła w sobie *tacite* substytucyą zwyczajną. Przeciwnego zdania co do ostatniej kwestyi jest z nowszych jedynie *Wening-Ingenheim* (w *Zeitsch. f. Civ. u. Pro. T. III.* (1830) Nr. 6

Rozumie się samo przez się, że to domniemanie prawne, jak każde inne domniemanie, nie miało wtedy miejsca, jeżeli z oświadczenia testatora lub innych okoliczności wynikało niewątpliwie, że ojciec ograniczył substytucją wyłącznie do przypadku, przez się wymienionego (*si voluntas parentis non refragetur*).³⁶⁾ Tak mianowicie nie można było w substytucyi zwyczajnej domniemywać się substytucyi pupilarnej, jeśli ojciec podstawił sobie nawzajem vulgariter dwie lub więcej osób *disparis condicionis*, t. j. osoby, z których nie każdej można było ustanowić substytutą pupilarnego, n. p. *descendentam* niedojrzałego i dojrzałego, *descendentam* niedojrzałego i *extraneam*, albo jeśli ojciec dwom swoim dziedzicom *disparis condicionis* podstawił kogoś wspólnie vulgariter, — *incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris*.³⁷⁾

i 7), ale zdanie jego nie jest uzasadnione. Por. zamiast innych: Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 269 sq., Fuchs w Arch. f. civ. Prax. T. 38. Nr. 13, Pernice Jahrb. d. gemein. deutschen Rechts T. I. Nr. 7, Vangerow §. 451. Uwa 1. — Przeciwno opinii Weninga przemawia stanowczo najpierw L. 4. D. cit., która powołany reskrypt Marci et Veri odnosi niewątpliwie do obydwóch przypadków domniemanja, powtóre głośna za Cicerona (*de orat. I. c. 39. 57, II. c. 6. 32, pro Caeci. c. 18. 24, de invent. II. 42, Brut. 52, Top. c. 10*) sprawa Kuryańska, (ob. Munzinger *Causa Curiana*, Pernice l. c. str. 233), w której sąd centumviralny uznał *substitutionem vulgarem tacitam*. Powoływana L. 28. D. de rebus aucto. ind. poss. 42. 5. nie dowodzi niczego w tej kwestyi. Ob. Vangerow l. c. Uwa. 1. licz. 3.

³⁶⁾ L. 4 §. 2. D. h. t., L. 4. C. h. t.: . . . *si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur*. Por. Vangerow §. 453. Uwa. 1.

³⁷⁾ L. 4. §. 2, L. 45. pr. D. h. t., L. 2. 4. C. h. t., L. 6. pr. C. de test. mil. 6. 21. — Specjalny wyjątek zachodził na mocy przepisu Justyniana w przypadku („*in huiusmodi casu*“), określonym w L. 10. (9) C. de inst. v. subst. 6. 25. — Nieuzasadnioną jest opinia (por. Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 297 sq., T. 42 str. 112, Vangerow §. 453 Uwa. 1, Beckhaus §. 63. not. 23), że w mowie będącej domniemanie nie stosowało się w ogóle do testamentu wojskowych, tak że substytucya zwyczajna w testamencie *militis* wtedy tylko miała mieścić w sobie także substytucją pupilarną, jeżeli udowodniono, iż to właśnie było wolą testatora. Nie dowodzi tego bynajmniej L. 6. C. de test. mil.

Skuteczność substytucji pupilarnej zależała od ziszczenia się warunku, od którego według swej istoty była zawisła. Substytut pupilarny był zatem powołany dopiero w chwili, gdy pupil, a względnie wszyscy pupile, którym wspólnie był podstawiony, przeżywszy testatora, zmarli przed dojściem do wieku dojrzałego, a względnie przed dojściem do wieku bliższego, do którego testator substytucją ograniczył.³⁸⁾ Powołanym był zaś substytut do spadku po pupilu w ogóle, t. z. do tego w ogóle majątku, który pupil miał w chwili swej śmierci, czy go nabył po ojcu jako dziedzic testamentowy, czy też w inny sposób.³⁹⁾ Substytut pupila, który odziedziczył spadek po ojcu z mocy

6. 21, bo wymagany tamże dowód tyczy się ustanowienia substytutu rzekomo pupilarnego heredi extraneo (por. powyż. not. 27 i 28), azatem odnosi się do przypadku, w którym i ze względu na testament pagani owe domniemanie było wykluczone. Co do powoływanej L. 8. C. h. t. podzielałam zdanie Vangerowa (l. c.), że fragment ten nie da się uchylić podobnie błędną interpretacją, jak ta, którą podaje Pernice (l. c. str. 225 sq.). Reskrypt cesarski odróżnia, zdaniem mojem, trzy przypadki substitutionis, możliwe w testamencie militis: a) in primum casum, b) in casum, si filius intra quartum decimum aetatis suae annum decesserit, c) in casum, si filius postea (sc post quartum decimum annum) decesserit. W tem zestawieniu primum casus ma niewątpliwie na myśli substytucją zwyczajną. Ale chociaż Imperator ze względu na ten primum casus rozstrzyga stanowczo (§. 1) przeciwko przypuszczeniu substytutu, podstawionego vulgariter, także jako substytutu pupilarnego, to rozstrzygnięcie to tylko pozornie przemawia za powyższą opinią, jeśli się zważy, że reskrypt wziął sobie za zadanie, wykazać odrębne skutki każdego z pomienionych trzech sposobów podstawienia z osobna, że zatem w tem przeciwstawieniu, mówiąc o substytucji zwyczajnej, miał z koniecznością taki przypadek na oku, w którym wola testatora ograniczenia substytucji do wypadku wymienionego była niewątpliwą (powyż not 36). Dopiero w §. 2. przechodzi Imperator do przypadku substytucji zwyczajnej, mieszczącej w sobie tacite substytucją pupilarną. Tak tłómaczę słowa: Si substitutio in secundum casum „compendio“ facta reperitur.

³⁸⁾ Gai. II. 180, Ulp. XXIII. 7, pr. § 4. I h. t., L. 31, L. 34. pr., L. 42, L. 43. §. 1. D. h. t., L. 9. (10) pr. D. de reb. dub. 34. 5, L. 2. §. 3, L. 11. pr. D. de B. P. sec. tab. 37. 11, L. 10. C. h. t.—Cf. L. 18. (19) pr. D. de reb. dub. 34. 5.

³⁹⁾ Gai II. 182, §. 4. I. h. t., L. 10. §. 5. D. h. t.

testamentu, otrzymywał więc w spadku po pupilu pośrednio także dziedzictwo po ojeu,⁴⁰⁾ a otrzymywał je z koniecznością tak, że nie mógł odrzucić tego, co pochodziło od ojca, a zatrzymać tylko resztę spadku, ponieważ spuścizna ojcowska stanowiła część składową całości spadku pupilowego (*iuncta hereditas coepit esse*).⁴¹⁾ W tym jeno razie, gdy pupil wstrzymał się (*abstinuit*) od dziedzictwa ojcowskiego, wolno było także substytutowi w myśl edyktu pretorskiego z wyłączeniem spuścizny ojcowskiej przyjąć tylko resztę spadku pupila.⁴²⁾

Od reguły, że substytut jest powołany do spadku w ogóle, jaki pozostał po pupilu, były niektóre wyjątki, mianowicie: *a)* Wojskowemu było wolno ustanowić substytutu tylko do tej części majątku pupila, którą pupil po nim odziedziczył, a w dwóch przypadkach, poprzednio przytoczonych, była substytucya w ten sposób ograniczona nawet bez osobnego rozporządzenia *militis*.⁴³⁾ *b)* Pater arrogator mógł w ogóle ustanowić substytutu tylko ze względu na ten majątek, który *impubes arrogatus* nabył w skutek arrogacyi, bądź wprost od ojca arrogatora, bądź też n. p. od jego krewnych, przyjaciół. Reszta spadku pupila przypadała

⁴⁰⁾ W tym razie był tedy substytut faktycz nie pośrednio dziedzicem ojca. L. 46. in fi. D. h. t., L. 7. §. 2. D. de adq. v. omit. her. 29. 2, L. 14. C. de hered. inst. 6. 24. (ver: et hoc argumentamur rel). Por. *Piętak* l. c. T. 58. str. 426 sq., Windscheid §. 558. not. 9.

⁴¹⁾ L. 10. §§. 2. 3. D. h. t. Cf. L. 7. §. 2. D. de adq. v. omit. her. 29. 2.

⁴²⁾ L. 42. pr. D. de adq. v. omit. her. 29. 2: ... *impugnatum enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem; metu enim onerum patris timidus quis etiam impuberis hereditatem adibit*. L. 10. §§. 2. 3. D. h. t. (v. „*exstitit patri filius heres*“ — a contrario). — Jak należy rozumieć i z temi fragmentami pogodzić L. 28. D. de reb. auct. iud. pos. 42. 5, która zawiera całkiem przeciwne postanowienie, o tem por. *Piętak* l. c. T. 58. str. 401 sq., a co do rozmaitych w tej mierze opinii prócz autorów, tamże powołanych, także *Aman* Die Berechnung der Falcidia str. 329 sq. — Ob. także poniżej not. 53.

⁴³⁾ L. 10. §. 5. D. h. t. i powyż. do not. 26.

tym, którzyby byli mieli do niego prawo, gdyby arrogacya nie była nastąpiła.⁴⁴⁾

Pod względem sposobu nabycia spadku po pupilu obo-
wiązywały ogólne reguły, tę jednak wysnuli prawnicy
rzymscy z jednolitości testamentu pupilarnego z testamen-
tem ojcowskim zasadę, że każdy, kto jako dziedzic ojca
należałby do jego heredes necessarios, jest tem samem także
necessarius heres pupila.⁴⁵⁾ Jeżeli substytut był także w te-
stamencie ojca ustanowiony dziedzicem, natenczas co do
nabycia spadku po pupilu stanowiło różnicę, czy substytut
nabył spadek po ojcu, lub go nie nabył.⁴⁶⁾ W pierwszym
razie nie mógł substytut zrzec się spadku po pupilu, owszem
spadek ten przypadał mu ipso iure w chwili ziszczenia
się warunku substytucyi, a nawet — odmiennie od sub-
stytucyi zwyczajnej — jego dziedzicom, jeśli substytut
pomienionej chwili nie dożył.⁴⁷⁾ Dziedzice substytutu nie
mieli jednak prawa do spadku po pupilu wtedy, gdy testa-

⁴⁴⁾ L. 10. §. 6. D. h. t., L. 22. §. 1. D. de adoptio.
l. 7. — Spornem jest, czy w razie, gdy pater arrogator usta-
nowił substytutu do majątku impuberis w ogóle, substytucya ta
co do pomienionej reszty spadku była ipso iure nieważna (Sin-
tenis §. 175. not. 7, Windscheid §. 559. not. 14), lub
tylko istniał obowiązek do wydania tej reszty wymienionym
osobom (Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 410 sq., Baron l. c.
str. 517. licz. 2), obowiązek powstały z kaucyi, którą pater ar-
rogator winien był złożyć jako warunek dozwoleńa arrogacyi
impuberis (L. 18—22. D. de adopt. l. 7, §. 3. I. de adopti.
l. 11).

⁴⁵⁾ L. 2. §. 4, L. 10. §. 1. D. h. t., L. 42. pr. in fi. D.
de adq. v. omit. her. 29. 2. Cf. L. 18. pr., L. 48. §. 2. D. h. t.
Ob. *Pietak* l. c. T. 59. str. 31 sq.

⁴⁶⁾ Por. o tem Warnkönig *Zeit. f. Civil- u. Criminalr.*
(Rosshirt et Warnkönig) T. II. str. 1 sq., tudzież *Zeit. f. Civ.*
u. Proc. T. 18. (1843) str. 286 sq., Mühlenbruch l. c. T. 40.
str. 429 sq., Löhr w *Archiv f. civ. Pra.* T. 22. str. 315 sq.,
Vangerow tamże T. 37. str. 328 sq., tudzież *Pand.* §. 454,
Baron l. c. str. 502 sq., Schlayer w *Arch. f. civ. Pra.*
T. 53. str. 48 sq., Wendt tamże T. 55. str. 261 sq., *A mann*
l. c. str. 304 sq., *Pietak* l. c. T. 59. str. 13 sq.

⁴⁷⁾ L. 59. D. de adq. v. omit. her. 29. 2, L. 20. C. de iure
delib. 6. 30, L. 7. C. h. t. — Przy substytucyi zwyczajnej na-
bycie ex substitutione w analogicznym przypadku zależało od do-

tor ustanowił substytutami pupilarnymi swych dziedziców w ogóle: quisquis mihi heres erit. W tym razie spadek po pupilu przypadał ipso iure jeno tym z pomiędzy dziedziców ojca, który w chwili ziszczenia się warunku substytucyi byli przy życiu, ponieważ tego rodzaju rozporządzenie wyrażało wolę testatora, aby ci tylko byli substytutami, którzy będą jego dziedzicami ex testamento, do tych zaś nie należeli dziedzice dziedziców testamentowych.⁴⁸⁾ — Jeśli substytut, ustanowiony dziedzicem ojca ex parte, zrzekł się spadku po ojcu, albo jako suus et necessarius wstrzymał się od dziedzictwa ojcowskiego, to mimo to mógł nabyć spadek po pupilu, bez różnicy, czy pupil był także ustanowiony w testamencie ojca, lub wydziedziczony, i czy w pierwszym razie nabył spadek po ojcu, lub wstrzymał się od dziedzictwa.⁴⁹⁾ Wtedy, gdy pupil nabył spadek po

życia chwili ziszczenia się warunku substytucyi (powyż. §. 28. not. 34). O przyczynie tej różnicy por. *Piętak* l. c. T. 59. str. 26 sq.

⁴⁸⁾ L. 3, L. 8. §. 1, L. 10. pr. D. h. t. Cf. L. 31. pr. D. eod. Niemniej nie należeli do nich dominus vel pater familias, jeżeli niewolnik resp. filius, scriptus in testamento, przed ziszczeniem się warunku substytucyi wyszedł już z pod ich władzy (Leg. cit). Por. Arndts l. c. str. 178. do not. 80 sq.

⁴⁹⁾ Na to godzą się prawie wszyscy, (chociaż odnośne fragmenta bywają rozmaicie interpretowane), że tak było zawsze w przypadku, gdy pupil był wydziedziczony lub wstrzymał się od dziedzictwa ojcowskiego, (L. 41. D. de adq. v. omit. her. 29. 2, L. 28. (27) §. 5. D. ad SCTum. Trebel. 36. 1, L. 11. §. 1. D. eod. gdzie zamiast „cum filio“, należy czytać „exheredato filio“), a jeśli pupil nabył spadek po ojcu, wtedy, gdy substytut jako suus et necessarius wstrzymał się od dziedzictwa ojcowskiego. (L. 12. D. h. t., L. 40. D. de adq. v. omit. her. 29. 2. Co do interpretacji pierwszego fragmentu por. Vangerow w Arch. f. civ. Pra. T. 37. str. 341 sq.). Spornem jest natomiast, czy tak samo było i w tym razie, gdy pupil nabył spadek po ojcu, a substytut jako extraneus heres testatora zrzekł się spadku ojcowskiego. Panująca opinia wyklucza w tym przypadku substytutą od dziedzictwa po pupilu, przeciwnie sądzą Baron (l. c. str. 507 sq.) i Schlayer (l. c.), że substytut i w tym razie mógł nabyć spadek po pupilu. W rozprawie mojej, powyżej (not. 46) przytoczonej, udowodniłem, jak sądzę, że to ostatnie zdanie potwierdzają niewątpliwie L. 8. pr. D. h. t. i L. 28.

ojcu, wolno było substytutowi, który jako suus et necessarius wstrzymał się od dziedzictwa ojcowskiego, nabyć spadek pupila z wyłączeniem zawartej w nim spuścizny ojcowskiej.⁵⁰⁾ — W dwóch tylko przypadkach było nabycie dziedzictwa po ojcu warunkiem nabycia dziedzictwa po pupilu: a) Jeśli ojciec sam wyraźnie tak rozporządził: „si mihi heres erit“.⁵¹⁾ b) Jeśli substytut (extraneus) był ustanowiony w testamencie ojca dziedzicem ex asse, a pupil wydziedziczony, w tym razie bowiem zrzeczenie się dziedzictwa po ojcu unieważniało testament ojcowski, a z nim upadała także substytucja pupilarna.⁵²⁾

(27) §. 2. D. ad SCTum. Trebel. 36. 1, które dopuszczają w ogóle nabycie spadku po pupilu mimo odrzucenia spadku po ojcu, nie czyniąc różnicy, czy pupil ze swej strony nabył spadek po ojcu, lub go nie nabył. Toż samo wykazałem w ślad za Baronem i Schlayerem, że powoływana przez panującą opinią L. 10. §. 3. D. h. t. odnosi się do innej kwestyi (powyż. do not. 41). To też i Windscheid zachwiał się o tyle w dawniejszej swej opinii, iż obecnie (§. 559. not. 23. — 5 wyd.) przyznaje, że rzecz ta nie jest niewątpliwą.

⁵⁰⁾ L. 12. D. h. t. (Papinianus): . . . Iustus enim praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit. L. 40. D. de adq. v. omit. her. 29. 2. (Marcellus et Ulpianus): . . . si ex parte, potuerit sine metu (sc. creditoribus paternis respondere) remota patris successione impuberis hereditatem amplecti. Por. *Piętak* l. c. T. 58. not. 91.—Znaczenie obydwóch tych fragmentów jest nadzwyczaj sporne. Ob. autorów, powołanych w nocie 46, tudzież Huschke w *Zeit. f. Civ. u. Pro. T. 7.* (1850) str. 78 sq.

⁵¹⁾ L. 8. pr. D. h. t., L. 28. (27) §. 2. D. ad SCTum. Trebel. 36. 1, L. 34. §. 1. D. h. t. — Co do interpretacji pierwszych dwóch fragmentów ob. *Piętak* l. c. 59. str. 17 sq.

⁵²⁾ L. 10. §. 4. D. h. t., L. 28. (27) §. 2. D. ad SCTum. Treb. 36. 1.—Inaczej było, jeśli substytut, ustanowiony dziedzicem ojca ex asse, był jego suus et necessarius. Ten mógł nabyć spadek po pupilu, mimo że się wstrzymał od dziedzictwa ojcowskiego, ponieważ testament iure civile pozostawał w mocy, ale jako nabywca spadku po pupilu „propter patris voluntatem“ odpowiadał za długi ojcowskie. To jedynie wypowiadają Marcellus et Ulpianus w L. 40. de adq. v. omit. her. 29. 2, nie zaś, jak sądzą Huschke (l. c. str. 87 sq.) i Vangerow (w *Arch. f. civ. Pra. T. 37* et 342 sq., *Pand. §. 454. I. 2*), że w tym razie substytut nie mógł wcale nabyć spadku po pupilu.

Incapacitas substytuta względna, t. j. dotycząca tylko spadku po ojcu, lub tylko spadku po pupilu, wykluczała substytuta w pierwszym razie jedynie od majątku ojcowskiego, w drugim od majątku pupila.⁵³⁾ Toż samo mógł substytut nabyć spadek po pupilu, mimo że utracił dziedzictwo ojcowskie jako indignus.⁵⁴⁾

Substytucya pupilarna gasła, stosownie do swych wymogów prawnych:

1) Jeżeli pupil za życia testatora zmarł lub wyszedł z pod jego władzy (*cap. diminutione*).⁵⁵⁾

2) Jeżeli impubes przez śmierć testatora nie stał się *sui iuris*, lecz samem prawem przeszedł pod władzę kogo innego, (n. p. wnuk pod władzę syna, który przeżył testatora). Jeżeli impubes, stawszy się *sui iuris* w chwili śmierci testatora, dostał się potem pod obcą władzę w skutek arrogacyi, natenczas substytucya gasła *wprawdzie ipso iure*, ale mimo to pośrednio miała skutek tym sposobem, iż pater arrogator, a po jego śmierci jego dziedzic był obowiązany wydać majątek *impuberis* tym, którzy mieliby do niego prawo, gdyby arrogacya nie była nastąpiła, w naszym przypadku zatem substytutowi pupilarnemu. Impubes arrogatus mógł więc mieć dwóch substytutów, ustanowionego przez ojca rodzonego i przez ojca arrogatora; każdy z nich otrzymał inną część majątku pupila.⁵⁶⁾

3) Jeżeli *descendent* dosięgnął wieku dojrzałego, a względnie przeżył wiek krótszy, do którego substytucya była ograniczona.⁵⁷⁾

4) Jeżeli testament ojca utracił moc prawną.⁵⁸⁾ Od tej reguły były jednak wyjątki z właściwych sobie przyczyn.⁵⁹⁾ Wreszcie

⁵³⁾ L. 6. 11. D. h. t.—Por. Windscheid §. 559. licz. 9, Machelard Dissert. sur l'accroissement str. 57.

⁵⁴⁾ L. 43. §. 3. D. h. t.

⁵⁵⁾ L. 28, L. 41. §. 2. D. h. t.

⁵⁶⁾ L. 2. pr. h. t. — L. 17. §. 1. D. de adoptio. 1. 7, L. 40. D. h. t., i powyż. not. 44. Por. Windscheid §. 559. not. 6.

⁵⁷⁾ Powyż. not. 14 i 15.—Cf. not. 26.

⁵⁸⁾ Powyż. not. 18.

⁵⁹⁾ a) L. 41. §. 5. D. de test. mil. 29. 1, i powyż. not. 29;

5) na mocy pozytywnego przepisu gasła substytucya, jeśli substytut w przeciągu roku od dnia, gdy się dowiedział o śmierci testatora, nie postarał się o ustanowienie opiekuna dla pupila.⁶⁰⁾

§. 30.

3. Podstawienie niby-pupilarne. *Substitutio quasi-pupillaris.*^{*)}

Na wzór substytucyi pupilarnej można było pod pewnemi warunkami ustanowić dziedzica descendantowi nawet dojrzałemu, jeśli tenże z powodu ułomności przyrodzonych nie był zdolny do sporządzenia dla siebie testamentu.

W czasach klasycznej jurysprudencji było to możliwe jedynie za osobnem cesarskiem zezwoleniem. Na mocy takiego przywileju ¹⁾ mógł pater familias ustanowić dziedzica swemu descendantowi dojrzałemu, który z powodu ułomności fizycznych (n. p. niemoty), lub umysłowej choroby (*furiosus*) nie miał potrzebnej do sporządzenia testa-

b) (B. P. con. tabul.) L. 34. §. 2, L. 35. D. h. t., L. 5. pr. D. de leg. praest. 37. 5. Cf. L. 22. D. h. t. (Por. Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. 2. str. 39 sq., *Piętak* l. c. T. 58. str. 393 sq.); c) (*Querela inofficiosi testamenti*) L. 8. §. 5. D. de inof. test. 5. 2, L. 31. pr. D. h. t., Nov. 115; d) L. 2. §. 1. D. h. t. (*Omissa causa principalis testamenti*); e) L. 2. §. 3. D. h. t.; f) L. 38. §. 3. D. h. t.; g) (*Lex Cornelia*) L. 28. 29. D. h. t., L. 10. 11. D. de captiv. 49. 15. (Por. §. 33. not. 7).

⁶⁰⁾ L. 10. C. de legit. hered. 6. 58. (*Theodosius et Valentinianus an. 439*).

^{*)} Prócz autorów, powołanych w nocie ^{*)} przed §. 28, por. Unterholzner w Arch. f. civ. Prax. T. II. Nr. 5. Löhr tamże T. V. Nr. 3, T. IX. Nr. 7. Thibaut tamże T. V. str. 337 sq., T. X. Nr. 10. Düffer Ad const. 9. C. de impub. et al. substitut. Hüffer De substitut. quasi-pupillari.

¹⁾ L. 43. pr. D. h. t. — Według tego fragmentu zdaje się być niewątpliwem, że przywilej taki mógł uzyskać tylko pater familias ze względu na descendantę, pod jego władzą zostającego. Por. Unterholzner l. c. str. 53, Mayer §. 43, Sintenis §. 176. not. 1. (str. 437. in fi.).

mentu zdolności do działań prawnych.²⁾ O osnowie i skutku tej substytucyi rozstrzygały przede wszystkim postanowienia reskryptu cesarskiego, zresztą zaś stosowano do niej przepisy o substytucyi pupilarnej. W szczególności gasła tego rodzaju substytucya, skoro ułomności descendentu tak się usunęły, iż tenże stał się zdolny do sporządzenia testamentu, tudzież jeżeli descendentowi urodził się dziedzic przeciwtestamentowy, — quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea an iure habere coepit suum heredem.

Ten stan prawny pozostał niezmieniony w prawie Justyniańskim co do descendentów, którzy z powodu ułomności fizycznych nie mogli sporządzić testamentu, co do descendentów umysłowo chorych natomiast wydał Justynian ogólne postanowienie, które uczyniło zbędnem wyjednywanie osobnego zezwolenia cesarskiego. Konstytucyą swą z roku 528 przyznał Justynian krewnym wstępnym prawo ustanowienia dziedzica dla descendentu umysłowo chorego na wypadek, gdyby tenże zmarł w stanie umysłowej choroby.³⁾ Tak w pomienionej konstytucyi, jak w relacyi o niej, umieszczonej w Instytucyach cesarskich, powiada Justynian, iż w mowie będącą instytucyą wprowadza na wzór substytucyi pupilarnej, ztąd też utworzono dla niej w nauce nazwę: substitutio quasi-pupillaris, albo exemplaris, albo też Iustiniana. Postanowienia Justyniana na jednym i drugim miejscu źródeł nie są wyczerpujące, pozostawiają wiele zagadnień nierozwiązanych, a z tego powodu wiele jest tu kwestyi spornych. Ze względu na własne słowa Justyniana, który jako wzór tej instytucyi wskazuje substytucyą pupilarną, należy w tych kwestyach spornych trzymać się, o ile można, analogii substytucyi pupilarnej.

Prawidła, tyjące się substytucyi niby-pupilarnej, były w szczególności następujące:

1) Prawo do tej substytucyi służyło krewnym wstępnym w ogóle, bez różnicy, czy descendent pozostawał pod

²⁾ L. 43. pr. D. h. t.: . . . qui propter infirmitatem non potest testari. Por. powyż. §. 12. licz. 3. a. b.

³⁾ L. 9. C. h. t., §. 1. I. h. t.

ich władzą lub nie, służyło tak samo ascendentom płci męskiej, jak żeńskiej. Descendent umysłowo chory winien był jednak pozostawać w tak bezpośrednim stosunku do ascendentu testującego, iżby należał do jego najbliższych dziedziców ab intestato. To wynika z postanowienia konstytucyi, że testator winien descendentowi pozostawić część obowiązkową, do tej zaś mieli prawo najbliżsi dziedzice ab intestato.⁴⁾ Descendent mógł być zresztą dojrzały, lub niedojrzały; konstytucya nie czyni pod tym względem różnicy. Jeżeli był niedojrzałym i znachodził się bezpośrednio pod władzą ojca rodziny, natenczas ta okoliczność, że umysłowo choremu ascendentowi w ogóle mogli ustanowić substytuta niby-pupilarnego, nie odejmowała wcale ojcu rodziny prawa ustanowienia mu dziedzica w myśl postanowień o substytucyi pupilarnej.⁵⁾

2) Ascendent testujący winien był także dla siebie sporządzić testament. Za tem przemawia taki sam przepis względem substytucyi pupilarnej i powody tego przepisu.⁶⁾

3) Według wyraźnego postanowienia Justyniana było warunkiem substytucyi, aby testator pozostawił descendentowi przynajmniej część obowiązkową.⁷⁾

Co do wyboru osoby substytuta był ascendent ograniczony wyraźnym postanowieniem konstytucyi, że substytuta należy wybrać przedewszystkiem z pomiędzy zdrowych na umyśle descendentów furiosi, w braku tychże z pomiędzy własnych descendentów zdrowych na umyśle, t. j. z pomiędzy rodzeństwa furiosi, a dopiero wtedy, gdy i tych nie było, miał ascendent wolny wybór.

Substytut niby-pupilarny był powołany do tego majątku w ogóle, który należał do descendentu umysłowo cho-

⁴⁾ Por. Löhr l. c. T. 5. str. 109 sq., Tewes §. 48. A. 2, Müller §. 187. licz. 3.

⁵⁾ Por. Mühlenbruch l. c. T. 40. str. 490, Sintenis §. 176. not. 1. (str. 438. 440).

⁶⁾ Powyż. §. 29. not. 16.—Panującej w tej kwestyi opinii przeczy Löhr l. c. T. 5. str. 112 sq.

⁷⁾ Ustanowienie umysłowo chorego swym dziedzicem nie było warunkiem substytucyi i po Now. 115. Por. Mühlenbruch l. c. T. 41. str. 2 sq.

rego w chwili jego śmierci, nie zaś tylko do tej części majątku, którą ascendent testujący pozostawił temuż descendentowi. Wielu jest wprawdzie przeciwnego zdania ⁸⁾ i wyznać należy, że rzecz ta nie jest niewątpliwa, ale w każdym razie więcej uzasadnionem jest panujące zapatrywanie, że i w tej kwestyi należy stosować analogicznie przepisy o substytucyi pupilarnej.

Ze stanowiska tego zapatrywania powstaje pytanie, ⁹⁾ jaki stosunek zachodził w tym przypadku, jeżeli kilku ascendentów korzystało z prawa zamianowania dziedzica dla tego samego descendentu. Taka kolizya kilku substytutów mogła być niezawodnie bardzo rzadkim tylko wypadkiem, raz dlatego, że substytuta można było zamianować tylko najbliższemu dziedzicowi ab intestato, w skutek czego w przypadku szczególnym malała znacznie liczba ascendentów, uprawnionych do substytucyi, powtóre z powodu, iż nie podobna przypuścić, aby w rodzinie, mającej descendentu umysłowo chorego, nie przyszło do zgody, kto z pomiędzy uprawnionych ma zamianować substytuta. Ale w zasadzie kolizya taka zawsze była możliwa (n. p. pomiędzy testamentem ojca i testamentem matki), a przeto wymagała prawnego rozwiązania. Justynian kwestyi tej nie rozstrzygnął, a w nauce są pod tym względem najrozmaitsze opinie. ¹⁰⁾ Zdaniem mojem może być ta kwestya rozwiązana jedynie ze stanowiska właściwej natury substytucyi nibypupilarnej, a mianowicie ze stanowiska tego pewnika, że ascendent sporządzał testament w zastępstwie descendentu tak, jak gdyby descendent sam dla siebie ustanawiał dziedzica — tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset. Z tego powodu wzajemny stosunek kilku testamentów niby-

⁸⁾ Por. szczególnie Vangerow §. 456, i autorów tamże wymienionych, a prócz tego Baron §. 404. II, Maynz §. 386. not. 11, Zielonacki §. 380 w końcu.

⁹⁾ Ze stanowiska przeciwnego zapatrywania kwestya ta jest niemożliwa.

¹⁰⁾ Treściwy przegląd tych opinii podają Mühlenbruch l. c. T. 41. str. 28 sq. i Vangerow §. 456. licz. 4.—Osobną rozprawę o tem napisał Haimberger w Arch. f. civ. Prax. T. XII. str. 354 sq.

pupilarnych nie mógł być inny, jak tylko ten sam, jaki zachodził między dwoma lub więcej testamentami, sporządzonemi przez tego samego testatora.¹¹⁾ Azatem ¹²⁾ każdy co do czasu późniejszy testament unieważniał wcześniejszy, a jeśli kilka testamentów było z tej samej daty, lub nie dało się sprawdzić, który z nich wcześniej był sporządzony, nateczas substytucji, ustanowieni w tych testamentach, dziedziczyli wspólnie tak samo, jak gdyby byli ustanowieni w jednym i tym samym testamencie.¹³⁾ Jeden tylko z substytutów miał zawsze pierwszeństwo przed innymi, a to ten, względem którego zachodziły wszelkie warunki substytucji pupilarnej.¹⁴⁾ Wniosek ten wysnuwam ztąd, że substytucja niby-pupilarna była jedynie uzupełnieniem substytucji pupilarnej, miała na celu umożliwić ustanowienie dziedzica dla innej osoby tam, gdzie substytucja pupilarna była niemożliwa.¹⁵⁾

Substytucja niby-pupilarna gasła, skoro descendent umysłowo chory przyszedł do zdrowia (*si resipuerit*), a zresztą z przyczyn podobnych jak substytucja pupilarna.¹⁶⁾

¹¹⁾ Według Vangerowa (l. c.) ma być tego samego zdania któryś z dawniejszych prawników.

¹²⁾ Poniż. §. 32. licz. 1.

¹³⁾ Cf. L. I. §. 6. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

¹⁴⁾ Por. Donellus Com. de iure civil. lib. VI. cap. 27. §. 13. do not. e, Thibaut Pand. §. 858. licz. 1, Mühlenthal l. c. T. 40. str. 490.

¹⁵⁾ pr. §. 1. I. h. t.: . . . moribus institutum est, ut, cum eius aetatis sunt, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant. Qua ratione excitati aliam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut, si mente captos habeant filios . . . liceat eis, et si puberes sint . . . certas personas substituere.

¹⁶⁾ Prócz zaznaczonych w notach 6. 7. 8 i 10 są inne jeszcze kwestye sporne, tak n. p. tłumaczenie słów konstytucji: ut occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris nulla querela contra testamentum eorum oriatum (por. Zimmermann w Arch. f. civ. Pra. T. II. Nr. 28, Windscheid §. 560. not. 5), — pytanie, czy substytucja ta gasła, jeśli później narodził się umysłowo choremu descendent, którego ascendent nie uwzględnił (por. Mühlenthal l. c. T. 41. str. 37 sq.) i inne kwestye. Ob. Sintenis §. 176. not. 1. III).

IV. O nieważności i zaskarżalności testamentu.*)

§. 31.

A) *Pogląd ogólny.*

Nieważność testamentu zachodzi wtedy, gdy to, co miało być testamentem, z pewnej przyczyny samo przez się (*ipso iure*) nie ma prawnego znaczenia, jak gdyby wcale nie istniało (*test. nullum, nullius momenti*). Przyczyny nieważności mogą istnieć już w chwili aktu testowania, lub zająć dopiero później za życia lub po śmierci testatora; w pierwszym razie testament ani na chwilę nie ma bytu prawnego, od początku nie ma wcale testamentu, w drugim testament z początku ważny, utracą z zajęciem owej przyczyny samo przez się swój byt prawny. Pod jednym i drugim względem zachodziła jednakże co do przyczyn nieważności różnica między *ius civile* a *ius honorarium*; testament z pewnej przyczyny *iure civili* nieważny uznawało nieraz prawo pretorskie za wystarczający do udzielenia *bonorum possessionis* dziedzicom ustanowionym, a ztąd też rzecz o nieważności testamentu obejmuje oraz te przypadki, w których na mocy testamentu *iure civili* nieważnego można było *agnoscere bonorum possessionem*.

Przyczyny nieważności odnoszą się z reguły do całego testamentu, ale mogą także odnosić się jedynie do pewnego ustanowienia dziedzica; w ostatnim razie jest testament tylko wtedy w całości nieważny, gdy prócz nieważnych nie ma w nim innych ważnych ustanowień.

O zaskarżalności ¹⁾ testamentu mówimy wtedy, gdy przeciwko testamentowi, który sam przez się ma moc

*) Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 38. str. 118 sq., T. 39. str. 1 sq. Leist tamże Ser. 37 et 38. T. 4. str. 152 sq. Beckhaus §§. 65—72. Mayer §§. 30—34. Tewes II. §. 49. Hartitzsch §§. 410—424. Vangerow §§. 458—460. Brinz §§. 186 i 187. Windscheid §§. 563—565. Arndts §§. 501—503. Keller Pand. §§. 492—496. Maynz III. §§. 366 i 394. Zielonacki §§. 381—382. Fr. Maciejowski II. §. 218.

¹⁾ Wyraz ten nie jest utarty w terminologii polskiej, ale nie napotkałem w literaturze innego stosowniejszego,

prawną, wywiera zatem właściwe mu skutki prawne, z pewnej przyczyny pewne osoby mogą wystąpić (actione, exceptione, querela) celem zniesienia²⁾ tych skutków. W przypadkach zaskarżalności testament jest ważny, bo to, co tylko może być obalone i przeciwko czemu trzeba wystąpić za pomocą osobnych środków prawnych, aby mu odjąć skuteczność, tem samem nie może być uważane za nieważne.³⁾ Zaskarżalność testamentu polega tedy na tem, iż skutki prawne testamentu ważnego mogą być uchylone za wystąpieniem przeciwko niemu pewnych, do tego upoważnionych osób, gdy przeciwnie w razie nieważności testamentu z przyczyny pierwotnej lub później zaszłej testament sam przez się (ipso iure) nie ma mocy wywołania zamierzonych skutków prawnych, czyli trafniej mówiąc, prawnie nie ma wcale testamentu. Przyczyny zaskarżalności testamentu mogą istnieć już od początku, albo zająć dopiero później.

Nieważnym od początku jest testament, czyli raczej od początku nie ma wcale testamentu, jeżeli już w chwili aktu testowania niedostawało któregoś z tych wymogów prawnych, od których zależy zaistnienie testamentu. O wymogach tych była już poprzednio (§§. 11—24) szczegółowo mowa, a z tego, co się tam powiedziało, wynika samo przez się, z jakich przyczyn testament od początku mógł być nieważny. W krótkości były te przyczyny następujące: 1) Brak testamenti factionis (§§. 11—14); 2) Niezachowanie przepisanych formalności testamentowych (§§. 16—20); 3) Brak którego z wymogów, dotyczących się oświadczenia woli (§§. 21—23. I.); 4) Wykroczenie przeciwko przepisom, odnoszącym się do osnowy testamentu (§. 24), mia-

²⁾ Por. Brinz (1 wyd.) str. 1645. II. licz. 3.

³⁾ Z tego powodu godzę się na zdanie Brinza (str. 1633. z dołu sq.), który uważa to za niestosowne, iż w literaturze niemieckiej prawie powszechnie zaskarżalność (Anfechtbarkeit) uważają obok negotium nullum (Nichtigkeit) za rodzaj nieważności (Ungültigkeit) czynności prawnych. Niestosowność tę uznają nawet ci, którzy zresztą trzymają się tego podporządkowania zaskarżalności pod pojęcie nieważności. Por. Unger Syst. II. §. 91. not. 3a.

nowicie pomiędzy innemi, pominięcie pewnych dziedziców przeciwtestamentowych.⁴⁾

Zaskarżalnym od początku był testament: 1) jeżeli testator sporządził go pod wpływem groźby, albo 2) z pobudki, co do której był w błędzie (§. 23. II.), albo wreszcie 3) jeśli nie uwzględnił w nim należycie pewnych dziedziców przeciwtestamentowych.⁵⁾

Przybycie tego rodzaju dziedziców przeciwtestamentowych, nieuwzględnionych należycie w testamencie, dopiero po jego sporządzeniu, mogło być przyczyną, dla której testament później stawał się zaskarżalnym.⁶⁾

O przyczynach, dla których testament ważny, mógł później samo przez się utracić byt prawny, jest szczegółowo mowa w następujących §§. 32 i 33.

B) O unieważnieniu testamentu.)*

§. 32.

1. W skutek woli testatora

Testator mógł testament swój każdej chwili odwołać: *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*¹⁾ Prawa tego nie tracił testator i wtedy, gdy w testamencie oświadczył, że każdy przyszły testament, lub inne odwołanie nie ma mieć skutku (t. zw. *clausula derogatoria*), albo jeżeli na mocy umowy z dziedzicem testamentowym zobowiązał się nie odwoływać testamentu.²⁾ I to nie wiązało testatora, jeżeli w testamencie oświadczył, że

⁴⁾ ⁵⁾ ⁶⁾ O tem będzie szczegółowo mowa w oddziale o dziedziczeniu przeciwtestamentowem.

*¹⁾ Gai. II. 138—151. Ulp. XXIII. Tit. Inst. 2. 17. *quibus modis testamenta infirmantur.* Tit. Dig. 28. 3. *de iniusto rupto irrito facto testamento.*

¹⁾ L. 4. D. de adimen. leg. 34. 4, L. 32. §. 3. D. de donat. int. vir. et uxor. 24. 1, L. 6. C. qui facere testam. 6. 22.

²⁾ L. 22. pr. D. de lega. III: . . . *nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.* Cf. L. 52. §. 9. D. pro socio 17. 2: . . . *nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit.* L. 61. D. de V. O. 45. 1, L. 15. C. de pact. 2. 3.—Powyż. §. 6. not. 11 i 12.

późniejszy testament wtedy tylko ma mieć moc prawną, jeżeli będzie sporządzony w pewnej formie, n. p. spisany własnoręcznie; mimo takiego zastrzeżenia mógł testator według swej woli sporządzić nowy testament: nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant.³⁾

Pod względem sposobu odwołania trzymało się prawo rzymskie zasady, że do odwołania testamentu potrzeba sporządzenia testamentu nowego.⁴⁾ Innego rodzaju odwołanie miało skutek tylko pod pewnymi warunkami i to przeważnie na podstawie przepisów prawa pretorskiego.

Odwołać testament mógł tedy testator:

1) Przez sporządzenie innego testamentu (testamentum ruptum). W prawie rzymskiem obowiązywała zasada, że iure communi nikt nie może być spadkodawcą z kilku testamentów,⁵⁾ z dwóch lub kilku pozostawionych testamentów miał zaś samo przez się moc prawną jedynie ostatni co do czasu, jako *suprema voluntas*. Z tego powodu testament późniejszy unieważniał wcześniejszy ipso iure samym swoim bytem, bez względu na swą osnowę, mianowicie bez względu na to, czy testator rozporządził w nim całym swoim mieniem, lub tylko częścią.⁶⁾ Unieważnienie to następowało z taką prawną koniecznością, że nawet wyraźne oświadczenie testatora, iż testament poprzedni ma pozostać w mocy,

³⁾ L. 6. §. 2. D. de iure codicil. 29. 7, L. 89. pr. D. de lega. II. — Do not. 2 i 3. por. Mühlenbruch l. c. T. 38. str. 169 sq.

⁴⁾ Wewnętrzna przyczyna tej zasady jest sporna. Zazwyczaj uważają za tę przyczynę regułę: *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.* (L. 35. 153. D. de R. I. 50. 17), czemu jednak przeczy Leist l. c. T. 4. str. 152 sq. Inaczej znowu rozumuje Köppen w Jahrb. f. Dog. T. XI. str. 221 sq., przeciwko któremu por. Kohler w Zeit. f. d. Privat. u. öffent. Recht d. Gegenwart T. VII. str. 734 sq.

⁵⁾ Arg. L. 19. pr. D. de testa. mil. 29. 1: ... „militi“ licet plura testamenta facere. Cf. L. 1. §. 1. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

⁶⁾ Gai. II. 144: *Posteriore testamento, quod iure factum est, superius rumpitur.* Ulp. XXIII. 2, §§. 2 i 3. I. h. t., L. 1. 16. D. h. t., L. 27. §. 1. C. de testam. 6. 23.—Por. L. 16. §. 1. D. de vulg. et pupi. sub. 28. 6,

nie zapobiegało tegoż nieważności. Takie oświadczenie testatora miało ten jedynie skutek, iż postanowienia testamentu wcześniejszego utrzymywały się w mocy jako postanowienia kodycyłarne, mianowicie zatem ustanowienia dziedziców jako fideikomisy dziedzictwa, któremi byli obciążeni dziedzice z testamentu późniejszego. Oświadczenie to nie potrzebowało być zresztą wyraźne, wystarczało milczące objawienie podobnej woli, czem jednak nie była sama ta okoliczność, iż testator w drugim testamencie rozporządził tylko częścią spadku, lub ustanowił dziedzica *ex re certa*.⁷⁾

Testament późniejszy unieważniał wcześniejszy, jak się rozumie, tylko wtedy, gdy sam był ważnie sporządzony, t. j. tak, iżby na jego podstawie można dziedziczyć („*ex quo heres existere poterit*”).⁸⁾ Takim był także testament zaskarżalny, azatem tylko testament sam przez się nieważny nie obalał testamentu wcześniejszego.⁹⁾ Od tej reguły był atoli jeden wyjątek ze względu na testament, co do swej formy niedokończony (*testamentum imperfectum*). Testament późniejszy, który nie miał pełnych form¹⁰⁾ podług *iuris civile*, nie unieważniał testamentu wcześniejszego, będąc sam *iure civili* nieważny, ale jeśli formalności tego testamentu odpowiadały wymaganiom prawa pretorskiego (*i. e. septem signis testium signatum*), natenczas pretor udzielał dziedzicom, w tym testamencie ustanowionym, *bon. pos. secundum tabulas*.¹¹⁾ Ta *bon. possessio* była w stosunku do

⁷⁾ L. 12. §. 1. D. h. t., L. 30. (29) D. ad Sctum Trebel. 36. 1, §. 3. I. h. t., (Cf. L. 19. pr. §. 1. D. de test. mil. 29. 1). —Por. powyż. §. 25. not. 14 i §. 26. not. 11.

⁸⁾ §. 7. I. h. t., L. 7. D. de liber. de postu. 28. 2, L. 3. §. 4, L. 11. D. h. t., L. 55. (54) D. de her. inst. 28. 5, tudzież fragmenta, w nocie 6. przytoczone. Cf. L. 34. §. 1. D. de test. mil. 29. 1.

⁹⁾ Testament późniejszy nieważny mógł mieć jednak jako nieformalne odwołanie testamentu wcześniejszego ten skutek, iż dziedzice z testamentu wcześniejszego tracili spadek jako *indigni*. Por. poniż. do not. 39.

¹⁰⁾ Testament późniejszy mógł być piśmienny lub ustny, sporządzony w formie zwyczajnej albo uprzywilejowanej. Arg. L. 2. D. h. t. O jednym wyjątku por. powyż. §. 18. do not. 30.

¹¹⁾ L. 1. §. 1. D. de B. P. secu. tab. 37. 11: Praetor sequitur tabulas suprema s.

heredes z testamentu wcześniejszego z reguły sine re, wtedy jednakże wyjątkowo cum re, jeżeli w późniejszym testamencie testator ustanowił swych dziedziców ab intestato.¹²⁾ W tym ostatnim przypadku był tedy w praktyce ten sam rezultat, jak gdyby testament wcześniejszy utracił swą moc prawną. W późniejszym prawie, gdy w skutek konstytucyi Theodozjusza II. z roku 439 odpadły dwoiste formy testamentu, powyższy przepis pretorski nie miał więcej zastosowania, ale też sama konstytucya postanowiła, co przeszło także do prawa Justyniańskiego, iż testament późniejszy, co do swej formy niedokończony (testamentum imperfectum), mianowicie zatem testament, któremu brakowały podpisy lub pieczęcie świadków,¹³⁾ unieważnia wyjątkowo ipso iure testament wcześniejszy, jeżeli testator w późniejszym ustanowił swych dziedziców ab intestato, których w wcześniejszym pomiął, tudzież jeżeli osnowa testamentu późniejszego została stwierdzona zaprzysiężonem zeznaniem pięciu świadków.¹⁴⁾ Testament późniejszy nie miał jednakże w tym razie mocy jako testament, lecz tylko jako kodycył beztestamentowy.¹⁵⁾

Testament wcześniejszy utracił swą moc ipso iure natychmiast w chwili, gdy testator sporządził drugi ważny testament, z czego wynika, iż jako raz unieważniony nie stawał się przeto napowrót ważnym, iż testament drugi utracił później z pewnej przyczyny swą moc prawną (n. p.

¹²⁾ L. 2. D. h. t. Cf. L. 12. §. 1. D. de B. P. con. tab. 37. 4. Leist l. c. T. 4. str. 238. Powyż. §. 16. not. 78 i 77.

¹³⁾ L. 21. §. 2. C. de testam. 6. 23: Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus, non subscriptum namque a testibus ac signatum esse testamentum pro imperfecto haberi convenit.

¹⁴⁾ L. 21. §. 5. C. de testa. 6. 23. — W ten sposób należy także rozumieć w prawie Justyniańskiem L. 2. D. h. t. (powyż. not. 12). Por. Vangerow §. 460. Uwaga II. 1.

¹⁵⁾ L. 21. §. 5. C. cit.—Co do odmiennych opinii, mianowicie Mühlentrucha (Glück'a Com. T. 38. str. 364 sq., T. 42. str. 2 sq.), o właściwym znaczeniu tego późniejszego testamentu, por. szczególnie Fein w Glück'a Com. T. 45. str. 237 sq., Leist tamże Ser. 37 et 38. T. 4. str. 271 sq., Vangerow §. 460. Uwa. II. 1, Windscheid §. 565. not. 6.

agnatione postumi, — w skutek nieziszczenia się warunku, pod którym dziedzic był ustanowiony, — z powodu, iż dziedzice ustanowieni zrzekli się spadku i t. d.).¹⁶⁾ Od tej reguły były jednak wyjątki:

a) Pretor utrzymywał w mocy testament wcześniejszy, udzielając dziedzicom, w nim ustanowionym, bon. possessionem, jeżeli testator testament późniejszy zniszczył w tym objawionym zamiarze, aby testamentowi wcześniejszemu przywrócić moc prawną (ut priores supremas relinqueret).¹⁷⁾ W prawie Justyniańskim ma ten przepis pretorski to znaczenie, iż w przypadku rzeczonym testament wcześniejszy przechodził ipso iure napowrót do mocy.¹⁸⁾

b) Testament wcześniejszy miał skutek, jeżeli dziedzice, w nim ustanowieni, wystąpili przeciwko testamentowi późniejszemu na tej zasadzie, że testator sporządził go jedynie z powodu błędnego mniemania, jakoby dziedzice, w testamencie wcześniejszym ustanowieni, już pomarli. Zapisy pozostawione w testamencie późniejszym pozostawały jednakże w tym przypadku w mocy.¹⁹⁾

c) Podobnie miał testament wcześniejszy skutek w tym przypadku, gdy dziedzice, w nim ustanowieni, wystąpili przeciwko testamentowi późniejszemu z tego powodu, iż testator był groźbą zniewolony do jego sporządzenia.²⁰⁾

Jeżeli testator sporządził dwa lub więcej testamentów rozmaitej osnowy²¹⁾ równocześnie, żaden z nich nie miał

¹⁶⁾ Gai. II. 144, §. 2. I. h. t., L. 3. §. 4, L. 16. D. h. t., L. 36. §. 4. D. de test. mil. 29. 1. Por. poniż. licz. 2 i §. 33.

¹⁷⁾ L. 11. §. 2. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.—Według tego fragmentu zdaje się, że udzielona bon. pos. secu. tab. miała tu taką samą siłę, jak w przypadku, o którym mowa poniż. w §. 33. not. 12 i 13. Por. zresztą Leist l. c. T. 4. str. 210 sq. 220, Krüger w Zeit. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte T. I. str. 61 sq. 63.

¹⁸⁾ Por. §. 9. III.

¹⁹⁾ L. 93. (92) D. de hered. inst. 28. 5. Por. §. 23. str. 279 sq.

²⁰⁾ To wynika konsekwentnie z tego, co się powiedziało w §. 23. str. 275 sq. Por. Sintenis §. 179. do not. 40, Puchta Pand. §. 484. not. g, Baron §. 405. do not. 14.

²¹⁾ W odróżnieniu od kilku egzemplarzy tego samego testamentu. Powyż. §. 20.

mocy według dawniejszego *ius civile* w myśl zasady, poprzednio podanej, pretor jednakże udzielał dziedzicom, w tych testamentach ustanowionym, *bonorum possessionem* tak, jak gdyby te testamenty tworzyły razem jeden testament. Przepis ten pretorski przeszedł do prawa Justyniańskiego.²²⁾ Słuszną jest opinia, że to samo obowiązywało w przypadku, gdy nie można było sprawdzić, który z kilku testamentów jest wcześniejszy, a który późniejszy.²³⁾

Powyższe postanowienia stosowały się w ogólności także do testamentu *militis*,²⁴⁾ ale i tu, jak w ogóle ze względu na testamenty wojskowych, rozstrzygającą była wola spadkodawcy. Jeżeli więc *miles* w testamencie późniejszym oświadczył, iż testament wcześniejszy jako testament utrzymuje w mocy, obydwa testamenty miały moc prawną, a dziedzice, w nich ustanowieni, dziedziczyli obok siebie w takim stosunku, jak gdyby byli ustanowieni w jednym i tym samym testamencie.²⁵⁾ Ustanowienie dziedzica w testamencie *militis* późniejszym do części tego mienia, którem spadkodawca w testamencie wcześniejszym rozporządził, uważano za milczące objawienie woli utrzymania w mocy testamentu wcześniejszego, o ile jego osnowa późniejszym rozporządzeniem nie była uchylona.²⁶⁾ — Testament wcze-

²²⁾ L. 1. §. 6. D. de B. P. sec. tab. 37. 11.

²³⁾ Por. Windscheid §. 565. not. 9, Puchta Vorl. §. 484. in fi., Mühlenbruch l. c. T. 38. str. 486 sq., Beckhans §. 72. not. 9, Sintenis §. 179. not. 42. — Inaczej Vangerow §. 460. Uwa. III. 5.

²⁴⁾ L. 2. D. h. t., L. 34. §. 2. D. de test. mil. 29. 1, arg. L. 27. eod. Ob. także Sintenis §. 177. licz. 3. — Por. powyż. §. 6. not. 19. in fi.

²⁵⁾ L. 19. pr. D. de test. mil. 29. 1: . . . militi licet plura testamenta facere . . . utique valebunt, si hoc specialiter expresserit.

²⁶⁾ L. 36. §. 1. D. de test. mil. 29. 1.—Żeby zaś w ogóle kilka testamentów *militis* pozostawało obok siebie w mocy już przez to samo, iż osnowa późniejszego nie sprzeciwiała się osnowie wcześniejszego, jak uczy powszechna opinia, tego zdaniem mojem, źródła nie potwierdzają. Por. także *Zielonacki* §. 381. not. 1. lit. a.

śniejszy, uchylony późniejszym, mógł miles przywrócić napowrót do mocy przez proste oświadczenie.²⁷⁾

2) Bez sporządzenia nowego testamentu mógł testator odwołać testament (testamentum ruptum) w sposób następujący:

a) Testament piśmienny przez umyślne zniweczenie zewnętrznych form testamentowych (signa, linum) lub samego dokumentu testamentowego, albo przez przekreślenie lub wymazanie całej osnowy testamentu.²⁸⁾ W czasach klasycznej jurysprudencji zniweczenia tego rodzaju nie unieważniały testamentu według *ius civile*; dziedzice ustanowieni mogli mimo to *adire hereditatem*, jeżeli tylko w razie zniweczenia testamentu lub jego osnowy, osnowa ta mogła być udowodniona. Inaczej według prawa pretorskiego. Z testamentu, którego formy uległy zniszczeniu, tak że w chwili śmierci testatora *tabulae* były *non signatae*,²⁹⁾ można było uzyskać *bon. pos.* tylko wtedy, gdy to się stało bez woli testatora, jeżeli zaś sam testator zniszczył formy testamentowe, pretor udzielał *bonorum possessionem* dziedzicom *ab intestato*. Podobnie udzielał pretor w myśl tego znaczenia, jakie *tabulae testamenti* miały w prawie pretorskiem,³⁰⁾ *bon. pos. ab intestato* wtedy, gdy dokument testamentowy przed śmiercią testatora uległ zniszczeniu. W jednym i drugim przypadku była *bon. pos. ab intestato* wobec *hereditatis petycyi heredis ex testamento* sama przez się *sine re*, ale jeżeli testator zniweczył formy testamentu lub sam dokument testamentowy umyślnie w zamiarze odwoła-

²⁷⁾ L. 27. D. de test. mil. 29. 1. Por. Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 42. str. 124 sq.

²⁸⁾ Do tej kwestyi por. szczególnie Krüger kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts (1870) Nr. 1: Ueber den formlosen Widerruf der Testamente, tudzież Zur Lehre vom Widerruf der Testamente w Zeit. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte T. I. (Romanis. Abth.) str. 53 sq., Leist l. c. T. IV. str. 200 sq. 260 sq.—Od odwołania należy odróżnić zmianę postanowień testamentu. L. 21. §. 1. D. qui test. fac. pos. 28. 1: Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt.

²⁹⁾ Powyż. §. 16. not. 65 i 66.

³⁰⁾ Powyż. §. 16. do not. 72 i 73.

nia testamentu, natenczas bonorum possessores ab intestato mogli z tego powodu zasłonić się przeciwko rzeczonyj skardze exceptione doli, ich bonorum possessio była cum re.³¹⁾ Toż samo obowiązywało w przypadku przekreślenia lub wymazania całej osnowy testamentu.³²⁾ W prawie

³¹⁾ Gai. II. 151. 151a: . . . non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. quin etiam si deleverit quoque aut obleverit tabulas testamenti, nihilo minus non (Krüger kritische Versuche str. 13) desinent valere quae fuerant scripta, licet eorum probatio difficilis est. quid ergo est? si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem, — potest eum per exceptionem doli mali repellere reliq. według restytucyi Huschke'go (Gaii Instit. 1878), która jest trafniejszą od restytucyi Krügera (krit. Ver. str. 14). L. 1. §. 10. D. de B. P. secu. tab. 37. 11: Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, si quidem alius contra voluntatem testatoris inciderit, bonorum possessio peti potest (por. Leist l. c. T. IV. str. 206 i Krüger Zur Lehre v. Wider. str. 55), quod si ipse testator id fecerit, non videntur signatae et ideo bonorum possessio peti non potest. L. 1. §. 11. D. eod., L. 22. §. 3. D. qui test. fac. pos. 28. 1, L. 1. §. 8. D. si tab. test. nul. exta. 38. 6: Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae vel quia cancellatae vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt. L. 1. §. 3. D. de his quae in test. delen. 28. 4: . . . si totum testamentum non exstet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt, et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur. L. 20. D. de iniusto rup. 28. 3. Cf. L. 7. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 23. D. qui test. face. 28. 1.

³²⁾ L. 1. §. 8. D. si tab. test. nul. 38. 6, L. 1. §. 3. D. de his quae in test. delen. 28. 4: Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt. — Bon. pos. ab intestato udzielał pretor nie tylko wtedy, gdy prócz przekreślenia osnowy testator zniszczył także formy testamentu (powyż. not. 31), lub gdy wymazał tak osnowę, iż jej odczytać nie było można, ale także wtedy, gdy przekreślona osnowa była czytelna, a testator po przekreśleniu napowrót dopełnił form testamentowych — iterum signavit. Krüger (krit. Versu. str. 26 sq., Zur Leh. v. Wider. str. 54. do not. 5) i Leist (l. c. T. IV. str. 219 sq. i 230) są co do ostatniego przypadku przeciwnego zdania, ale zdają, że pretor

Justyniańskiem miały pomienione sposoby czynnego objawienia woli odwołania testamentu, ze względu na zmienione znaczenie bon. possessionis w ogóle, tudzież ze względu na zmienione formy testamentowe ³³⁾ ten skutek, iż unieważniały testament ipso iure.³⁴⁾ Nie miały zaś żadnego skutku tego rodzaju zniweczenia, jeśli nie były wyrazem woli odwołania, jeżeli n. p. zaszyły przypadkowo. Jeżeli testator sporządził testament w kilku egzemplarzach i zniszczył tylko jeden lub kilka z nich, testament upadał tylko wtedy,

udzielał bon. pos. secu. tab. tylko z tabulis signatis, nie wynika wcale, że jej udzielał za wszystkie, gdy tabulae były czytelne i signatae. Tak mianowicie odmawiał pretor bon. pos. secu. tab. tym dziedzicom, których nazwiska testator już przy sporządzeniu testamentu umyślnie przekreślił, chociaż tabulae były signatae, a miejsca przekreślone czytelne, (L. 2. §. 7, L. 8. §. 3. D. de B. P. secu. tab. 37. 11. Powyż. §. 22. not. 10), z czego wynika, że przekreślenia jako takie miały wobec pretora samoistne znaczenie, niezależnie od formy testamentu. Nic nas zatem do tego nie zmusza, abyśmy L. 1. §. 8. cit, która mówi o udzieleniu bon. pos. dziedzicom ab intestato na wypadek przekreślenia całej osnowy testamentu (tabulae cancellatae) ograniczali tylko do przypadku, gdy prócz tego także formy testamentu były zniweczone, owszem fragment ten, jak niemniej L. 1. §. 3. D. cit. dowodzą, że pretor przekreślenie całej osnowy testamentu jako takie kładł na równi z zupełnem zniweczeniem dokumentu testamentowego. Temu wnioskowi nie sprzeciwia się L. 23. D. qui test. fac. pos. 28. 1, ponieważ tu o tem jedynie jest mowa, że testamentum resignatum et iterum signatum co do formy valet iure utroque. Co do L. 2. D. de his quae in test. del. 28. 4, por. poniż. not. 36.

³³⁾ Powyż. §. 9. II i III, §. 16. do not. 95 sq., §. 17. do not. 11 sq.

³⁴⁾ Co do zniweczenia zewnętrznych form testamentowych postanowił to wyraźnie Justynian w L. 30. C. de testam. 6. 23, że zaś tak samo należy rozumieć postanowienia Digestów, dotyczące się innych pomienionych zniweczeń (not. 31 i 32), to jest z powodów powyżej (not. 33) podanych słusznie panującą opinią. Por. Leist l. c. T. IV. str. 259 sq. Inaczej Krüger Zur Leh. v. Wider. str. 67. — Testament sporządzony wobec sądu (test. apud acta conditum) nie upadał przez to, że go testator zabrał z depozytu sądowego, ponieważ to nie było zniszczeniem jego formalności. Por. powyż. §. 19. not. 6.

gdy dziedzice ab intestato udowodnili, iż to się stało w zamiarze odwołania testamentu.³⁵⁾

Przekreślenia lub wymazania pojedynczych części testamentu, mianowicie nazwiska jednego dziedzica lub nawet wszystkich dziedziców nie uważano za odwołanie testamentu, ale na mocy konstytucyi cesarskich utracił dziedzic, którego nazwisko testator umyślnie przekreślił lub wymazał, dziedzictwo na rzecz fiskusa.³⁶⁾

³⁵⁾ L. 4. D. de his quae in test. delen. 28. 4. Cf. L. 1. §§. 5. 7. D. de B. P. secu. tab. 37. 11. Por. §. 20. not. 1 sq.— Dowód taki był także potrzebny do unieważnienia testamentu pupilarnego, jeśli testator zniweczył formy tylko tego testamentu, a pozostawił nietknięte formy testamentu własnego. L. 9. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 20. pr. D. de vul. et pupi. sub. 28. 6.

³⁶⁾ L. 3. D. de his quae in test. delen. 28. 4, L. 12, L. 16. §. 2. D. de his quae ut indi. 34. 9. Por. §. 22. not. 10. — Że dziedzictwo przypadło fiskusowi, a nie dziedzicom ab intestato i wtedy, gdy testator przekreślił nazwiska wszystkich dziedziców, (ale nie cały testament), tego dowodzi, jak sądze, L. 3. cit: . . . Longinus dixit: Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet. — Antoninus Caesar dixit: Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit. — Wiele jest o to sporu, kiedy przekreślenia miały skutek na rzecz dziedziców ab intestato, a kiedy na rzecz fiskusa. (Por. Keller Inst. str. 401, Mühlenbruch l. c. T. 39. str. 95 sq., Sintenis §. 179. not. 27, Baron §. 405. not. 19, Windscheid §. 673. not. 1, Krüger krit. Ver. str. 10 sq., Zur Leh. v. Wider. str. 54 i 57 sq., Leist l. c. T. 4. str. 213--231). Zdaniem mojem postanowienia należących tu fragmentów stoją w takim do siebie stosunku, jak to w tekście podałem. L. 1. §. 8 D. si tab. test. nul. 38. 6. mówi o przekreśleniu całej osnowy testamentu (pow. not. 32), przytoczone zaś powyżej fragmenta odnoszą się wszystkie do przypadku, gdy testator przekreślił tylko część testamentu, mianowicie nazwiska dziedziców. L. 3. cit. wyraźnie podnosi, iż rozstyzgnięcie wypadłoby inaczej, si omnem scripturam testamenti cancellasset. (Por. także Brinz 1. wyd. §. 187. licz. 4. a). L. 2. §. 7 i L. 8. §. 3. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, które niektórzy (n. p. Windscheid §. 673. not. 1) uważają za sprzeczne z przytoczonymi na wstępie fragmentami, odnoszą się niewątpliwie do przekreśleń, dokonanych przed ukończeniem aktu testowania. (Powyż. §. 22. not. 10). Ob. Krüger krit. Versu. str. 12. not. 2, Leist l. c. T. IV. str. 276. not. 50.—Wątpliwą pozostaje jedynie L. 2. D. de his quae in test. del. 28. 4, która orzeka,

b) Każdy testament, ustny lub piśmienny, można było na mocy przepisu Justyniana unieważnić przez oświadczenie woli odwołania w obecności najmniej trzech świadków lub do protokołu sądowego (*inter acta*), jeżeli nadto od sporządzenia testamentu upłynęło lat dziesięć. Odwołanie mogło zresztą nastąpić w toku tego dziesięciolecia lub po jego upływie. Przepisem tym zmienił Justynian dawniejsze postanowienie Honoriusza i Theodozjusza, według którego każdy testament, piśmienny lub ustny, upadał przez to samo, iż od czasu jego sporządzenia upłynęło lat dziesięć za życia testatora.³⁷⁾

Odwołanie testamentu, objawione w inny sposób, nie unieważniało go *ipso iure*, ani też nie nadawało w prawie dawniejszem *exceptionem doli* przeciwko skardze dziedziców, w tym testamencie ustanowionych,³⁸⁾ miało jednak na mocy ustawodawstwa z czasów cesarstwa ten skutek, iż dziedzice, ustanowieni w testamencie odwołanym, a względnie ci z pomiędzy nich, do których w szczególności odwołanie się odnosiło, tracili dziedzictwo na rzecz fiskusa jako *indigni*. Odwołanie winno było jednak nastąpić w sposób stanowczy, sama pewność, że testator zamierzał cofnąć testament

że w przypadku przekreślenia całej osnowy testamentu ustanowienia dziedziców są bezskuteczne (*actiones denegantur*), ale nie wypowiedzi, czy na rzecz dziedziców ab *intestato*, czy też fiskusa.

³⁷⁾ L. 6. C. Th. de test. et codi. 4. 4, L. 27. C. de testam. 6. 23. Por. Mühlenbruch l. c. T. 38. str. 267 sq., Vangerow §. 460. III. 1.

³⁸⁾ To jest po dziś dzień panującą opinią, opartą na mnogich źródłach, które wypowiedziają zasadę: *non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere*. Gai. II. 151, L. 27. §. 1. D. de con. inst. 28. 7, L. 36. §. 3. de test. mil. 29. 1, L. 15. §. 1. eod. (a contrario), L. 78. (76) D. ad SCtum Trebel. 36. 1, L. 4. C. de his quib. ut indig. 6. 35, §. 7. (6) I. quib. mod. test. 2. 17, §. 2. I. de codi. 2. 25. Przeciwnego zdania co do *exceptio doli* jest z nowszych Krüger (krit. Ver. str. 14 sq., Zur Leh. v. Wid. str. 52. licz. 3), ze względu na L. 1. §. 8. D. si tab. test. nul. 38. 6. („quia alia ratione“) i L. 4. §. 10. D. de doli mal. excep. 44. 4. Ob. jednak Leist l. c. T. IV. str. 235 sq., Windscheid §. 564. not. 7, Vangerow §. 460. IV.— Por. poniż. §. 33. not. 12.

lub ustanowienie któregoś z dziedziców, nie sprowadzała tego skutku³⁹⁾

Uprzywilejowanymi pod względem odwołania testamentu byli wojskowi. Miles mógł odwołać testament w jakibądź sposób; proste oświadczenie wystarczało do obalenia testamentu ipso iure tak w prawie dawniejszem, jak Justyniańskiem.⁴⁰⁾

§. 33.

2. W skutek innych przyczyn.

1) Testament ważny utracił swą moc (*testamentum irritum*), jeżeli po jego sporządzeniu testator w skutek zmiany swego status zajął takie stanowisko, iż dziedziczenie po nim z owego testamentu prawnie stało się niemożliwem, azatem jeżeli uległ *capitis diminutioni maximae* lub *mediae*, w skutek czego dziedziczenie po nim w ogóle było wykluczone,¹⁾ albo jeżeli jego zdolność do posiadania majątku, którym na wypadek śmierci mógł rozporządzić, uległa ograniczeniu,²⁾ co znowu zachodziło głównie³⁾ w przypadku, gdy testator *homo sui iuris* po sporządzeniu testamentu uległ *capi. diminu. minimae*,⁴⁾ poddawszy się *arrogacyi*, albo kobieta *conventioni in manum*.⁵⁾ Jeżeli na-

³⁹⁾ L. 12. D. de his quae ut ind. 34. 9, L. 4. C. de his quae ut indig. 6. 35. Cf. L. 36. §. 3. D. de test. mil. 29. 1, L. 22. D. de adim. lega. 34. 4.

⁴⁰⁾ L. 15. §. 1. D. de testa. mili. 29. 1: Sicut hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest.— Podobnie mógł miles testament odwołany przywrócić napowrót do mocy przez proste oświadczenie. L. 15. §. 1, L. 27. D. eod.

¹⁾ Powyż. §. 3. licz. I, §. 12. licz. 1.

²⁾ Powyż. §. 3. licz. II, §. 12. licz. 2.

³⁾ Por. poniż. not. 5. przy końcu.

⁴⁾ Gai. II. 145. 146, Ulp. XXIII. 4, L. 6. §§. 5—11. D. h. t., L. 8. §. 3. D. de iure codi. 29. 7, §§. 4 i 5. I. h. t., L. 2. C. qui face. test. 6. 22. Do L. 6. §. 6. D. h. t. por. trafną interpretacją Leista l. c. T. II. str. 144 sq., także Cohn Beitrage Zesz. II. str. 348 sq.

⁵⁾ *Capitis dimi. minima* nie była sama przez się przyczyną unieważnienia testamentu, jak niektórzy utrzymują (prócz innych

tomiasz filius familias, sporządziwszy testament, o ile to mógł uczynić, t. j. co do peculium castrense v. quasi-castrense, uległ cap. dimi. minimae (emancipatione, adoptione), testament pozostawał ważnym, ponieważ spadkodawca i w nowem swem położeniu rodzinnem mógł być testatorem co do tego peculium. Z tego samego powodu nie upadał testament militis sui iuris, sporządzony jedynie co do peculium castrense, przez to, iż testator jako miles poddał się arrogacyi.⁶⁾

Pernice Labeo I. str. 177, Fitting Castr. pecul. str. 194), lecz jedynie z powodu ograniczenia zdolności majątkowej diminuti (por. §. 12. not. 21), a przeto też unieważniała testament tylko wtedy, jeśli w samej rzeczy sprowadziła to ograniczenie tak, że diminutus w nowem swem położeniu albo wcale nie mógł być spadkodawcą z testamentu, albo nie co do całego tego mienia, którem rozporządził. Por. Mandry Das gem. Familien-güterrecht I. str. 194, Cohn Beiträge Zesz. II. str. 350 sq., także Keller Pand. §. 495, Hölder §. 77. III. 1, Maynz §. 394. not. 25. — Ztąd wynika najpierw, że postanowienia, o których poniżej (not. 6) mowa, nie były wcale wyjątkowemi, jak wielu utrzymuje (prócz innych Fitting l. c. str. 194 sq., Leist l. c. T. IV. str. 166 sq., 178. aa), lecz ścisłą konsekwencyą ogólnej reguły, powtórę, że testament musiał upadać i wtedy, gdy testator sui iuris w inny sposób dostał się pod cudzą władzę, mianowicie causae probatione, legitimatione (Cohn l. c. str. 351), które to przypadki źródła nie zaliczają do cap. dimi. minima. Por. Böcking Pand. §. 58. str. 216, Cohn l. c. str. 119 sq.

⁶⁾ *Filius familias*: (Ulpian) L. 6. §. 13. D. h. t., L. 1. §. 8. D. de B. P. secu. tab. 37. 11. Jeżeli capit. dimi. nastąpiła w skutek emancypacyi, dziedzice byli ustanowieni ex re certa. Powyż. §. 25. not. 3. — *Miles pater familias*: L. 23. D. de test. mil. 29. 1. Przeciwnie: si vero missus iam hoc fecerat (sc. adrogandum se dederit), non valet testamentum, ponieważ testament veterani, choćby sporządzony jedynie ze względu na pecul. castren., odnosił się do całego mienia (nemo pro parte testatus etc.), a adrogatus nie mógł rozporządzać całym mieniem. Por. Mühlenbruch l. c. T. 42. str. 129, Cohn l. c. str. 352, Leist l. c. T. IV. str. 165. — Innego co do filii familias zdania był Marcellus: L. 22. D. de test. mil. 29. 1: . . . valet quasi ex nova voluntate, ale zdanie to jest chybione. Por. szczególnie Cohn l. c. str. 352 sq. Inaczej rzecz pojmuje Fitting l. c. str. 194 sq. — Że to, co w tekście powiedziano, obowiązywało w prawie Justyniańskiem, na to godzi się także Fitting

Testament, raz unieważniony *capitis diminutione*, nie przychodził według dawniejszego *ius civile* napowrót do mocy prawnej przez to, iż testator przed śmiercią odzyskał swój status pierwotny. Od tej reguły były jednak wyjątki co do *cap. dimi. maxima et media*: a) Jeżeli testator uległ *cap. dimi. maximae* w skutek pojmania do niewoli nieprzyjacielskiej, testament odzyskiwał moc prawną *iure postliminii*, skoro testator powrócił z niewoli, a jeśli zmarł w niewoli, testament był uważany za ważny *lege Cornelia*.⁷⁾ b) Testament spadkodawcy, który po jego sporządzeniu był *capite damnatus*, przychodził napowrót do mocy prawnej, skoro *damnatus indulgentia principis* został przywrócony do pierwotnego stanu.⁸⁾ W tych samych przypadkach można było także uzyskać b. p. *secu. tabulas*,⁹⁾ ale pretorowie poszli w tej mierze dalej (*iu. civ. emendandi gratia*), udzielając b. p. *secu. tab.* we wszystkich przypadkach unieważnienia

(str. 197), tylko że zdaniem mojem §. 5. I. de mil. test. 2. 11: „si in adrogationem datus fuerit miles,“ należy odnieść do przypadku, gdy miles sporządził testament jedynie co do *peculium castre.*, jak w L. 23. cit., inaczej musielibyśmy przyjąć, iż Justynian w Instytucjach stworzył nowy przywilej dla wojskowych. — Por. *Zielonacki* §. 382. licz. 1. in fi.

⁷⁾ Ulp. XXIII. 5, Paul. R. S. III. 4A. §. 8, §. 5. I. quib. non est permi. 2. 12, L. 6. §. 12, L. 15. D. h. t., L. 12. D. qui test. face. 28. 1, L. 39. D. de test. mil. 29. 1, L. 4. §. 1. D. de bon. liber. 38. 2, L. 14 pr. D. de castr. pecul. 49. 17.—*Lex Cornelia* stosowała się także do substytucyi *pupilarnej*, utrzymywała ją w mocy tak w razie śmierci *patris familias* w niewoli, jak w przypadku, gdy *filius familias* zmarł w niewoli, dostawszy się do niej po śmierci ojca, nie zaś za życia ojca (*quia non efficitur per eam (sc. legem Cornelianam) ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat*). L. 28. 29. D. de vul. et pup. sub. 28. 6, L. 10. 11. D. de captiv. 49. 15. Por. *Bechmann Ius Postlimi. u. d. lex Cornelia* str. 99 sq., *Mühlenbruch w Glück'a Com. T.* 40. str. 447 sq.

⁸⁾ L. 6. §. 12. D. h. t.—Testament *militis*, skazanego za występki wojskowy z zastrzeżeniem wolności testowania (powyż. §. 3. not. 9, §. 12. do not. 4), przychodził napowrót do mocy przez proste oświadczenie testatora, gdyby nowy testament, *nuda voluntate militis* sporządzony — *si voluit id valere, fecisse id credatur*. L. 6. §. 6. D. h. t. Por. *Leist i Cohn* (not. 4).

⁹⁾ L. 3. §. 6. D. de B. P. 37. 1.

testamentu z powodu którejbądź ¹⁰⁾ cap. dimin., jeżeli testator przed śmiercią odzyskał swój status pierwotny. Według prawa pretorskiego wystarczało zatem do uzyskania bon. pos. secu. tab. (septem signis testium signatas), jeżeli testator w chwili sporządzenia testamentu i w chwili swej śmierci miał potrzebny do sporządzenia tego testamentu status, chociażby go nie miał medio tempore.¹¹⁾ W przypadku cap. dimin. minimae zależała jednakże skuteczność iure praetorio udzielonej bon. pos. secu. tab. jeszcze od tego, aby testator, stawszy się napowrót sui iuris, w jakibądź sposób objawił wolę, iż testament, przedtem sporządzony, ma pozostać w mocy. Testator, poddający się arrogacyi, przechodził z własnej woli w to położenie, iż nie mógł być spadkodawcą z testamentu, przedtem sporządzonego, dobrowolna arrogacya mieściła zatem w sobie milczące odwołanie testamentu. Na zasadzie tego odwołania, jeżeli go testator późniejszym oświadczeniem nie cofnął, mogli dziedzice ab intestato, pozwani interdicto quorum bonorum przez bon. possessor., uczynić tę skargę bezskuteczną exceptione doli.¹²⁾ — W stosunku do heredes

¹⁰⁾ Niektórzy (Vangerow §. 458, Beckhaus §. 66, Cohn l. c. str. 347 sq. i inni) ograniczają niesłusznie tę bon. pos. jedynie do cap. dimi. minima. Por. Krüger krit. Versu. str. 25. not. 1, Leist l. c. T. IV. str. 181. not. 82, Windscheid §. 563. not. 7. licz. 5.

¹¹⁾ Gai. II. 147, Ulp. XXIII. 6, L. 1. §. 8. in fi., L. 11. §. 2. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 12. pr. in fi. D. h. t.

¹²⁾ L. 11. §. 2. D. de B. P. secu. tab. 37. 11. Fragment ten jest nadzwyczaj sporny. Prócz Vangerowa §. 458. licz. 3. i powołanych tamże autorów, por. Köppen w Jahr. f. Dog. T. XI. str. 223 sq., Krüger Zur Lehre v. Wider. d. Test. str. 60 sq., Leist l. c. T. IV. str. 178 sq. 249 sq., Windscheid §. 563. not. 7. Podzielam zdanie (Fabricius Bonorum Possessio str. 140 sq., Mayer §. 50. not. 3, Leist i Windscheid l. c.), że fragment ten mówi jedynie o skuteczności skarg bon. pos. wobec zarzutu milczącego odwołania testamentu, nie zaś o stosunku bon. pos. do praw heredum ab intestato z tytułu nieważności testamentu iure civili. Czy wobec hereditatis petycyi tych heredes bonorum possessio była sine lub cum re, fragment ten nie rozstrzyga. W ustępie tym mamy tedy jeden przypadek, w którym pretor wyjątkowo uwzględnił nieformalne odwołanie testamentu. Por. §. 32. not. 38.

ab intestato była bon. pos. z testamentu, cap. diminutione unieważnionego, sine re; heredes ci mogli na zasadzie nieważności testamentu według ius civile hereditatis petitione avocare a scriptis hereditatem, z wyjątkiem tych przypadków, w których testament i według ius civile przychodził napowrót do mocy.¹³⁾

Postanowienia pretorskie przeszły do prawa Justyniańskiego, ale miały w niem odmienne znaczenie (§. 9. III). Przepis pretorski, że z testamentu unieważnionego pod pomienionemi warunkami można uzyskać bon. possessionem, znaczy w prawie Justyniańskim: pod temi warunkami można ważnie dziedziczyć z testamentu, czyli innemi słowy, testament, unieważniony capi. diminutione, przychodził w prawie Justyniańskim ipso iure napowrót do pełnej mocy, jeżeli testator przed śmiercią odzyskał status pierwotny, i jeżeli w przypadku capit. dimi. minimae po odzyskaniu tego status oświadczył, iż testament, przedtem sporządzony, utrzymuje w mocy. O odebraniu dziedzictwa dziedzicom z testamentu przez dziedziców ab intestato z tytułu pierwszeństwa do spadku nie było więcej mowy;¹⁴⁾ jedynie w przypadku cap. diminu. minimae mogli dziedzice ab intestato utrzymać się przy dziedzictwie exceptione (resp. replicatione) doli z tytułu milczącego odwołania testamentu, jeżeli testator, stawszy się sui iuris, nie uczynił pomienionego poprzednio oświadczenia.¹⁵⁾

¹³⁾ Gai. II. 148. 149, Ulp. XXIII. 6, L. 12. pr. in fi. D. h. t.—Por. Leist l. c. T. IV. str. 184 sq., Windscheid §. 563. not. 7. licz. 2. — Żeby to zmieniła konstytucya Marka Aureliusza (powyż. §. 16. not. 79 i 81), jak utrzymuje Mühlenthal l. c. T. 39. str. 30 sq., o tem Gaius nie nie wspomina, owszem wyraźnie przeciwstawia ze względu na tę konstytucyą naszemu przypadkowi przypadek testamenti non iuri facti.

¹⁴⁾ §. 6. (5) I. h. t. Fragment ten powtarza z Gaia II. jedynie §. 147, pomija zaś §§. 148 i 149, które mówią o tem, iż udzielona bon. pos. była sine re wobec heredes ab intestato. Pominięcie to wymownie dowodzi, że przepis ten nie zgadzał się ze zmienionem stanowiskiem bon. pos. w systemie prawa Justyniańskiego. Rzecz ta jest jednak sporna, por. atoli Leist l. c. T. IV. str. 246 sq., Windscheid §. 563. not. 7. licz. 3. i autorów tamże powołanych.

¹⁵⁾ L. 11. §. 2. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.

Utrata testamenti factionis z powodu utraty zdolności do działań prawnych (§. 12. licz. 3) nie unieważniała testamentu ani w prawie dawniejszem, ani w prawie Justyniańskiem, ponieważ nie wykluczała prawnej możliwości dziedziczenia po testatorze, lecz czyniła go jedynie niezdolnym do sporządzenia nowego testamentu.¹⁶⁾

2) Testament upadał ipso iure (testamentum ruptum), jeżeli testatorowi po sporządzeniu testamentu przybył postumus suus, (agnatione vel quasi agnatione), który w testamencie był pominięty.¹⁷⁾ — Mimo nieważności testamentu iure civili mogli jednakże dziedzice ustanowieni uzyskać bon. pos. secundum tabulas, jeżeli nikt nie domagał się bon. pos. contra tabulas.¹⁸⁾ W stosunku do heredes ab intestato była ta bon. pos. secu. tab. z reguły sine re, a tylko wtedy cum re, na mocy reskryptu Hadryana, jeżeli postumus zmarł przed testatorem i jeżeli dziedzicami ab intestato nie były dzieci

¹⁶⁾ L. 6. §. 1. D. qui test. fac. pos. 28. 1: si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio modo mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanet testamentum. L. 18. pr., L. 20. §. 4. D. eod.: testamentum quod ante furorem consummavit, valebit. L. 1. §. 9. D. de B. P. secu. tab. 37. 11, L. 8. §. 3. D. de iure cod. 29. 7, §§. 1. 2. 3. I. quib. non est permis. 2. 12. — Wyjątkowo było inaczej, jeśli testator później przeszedł do Manichejczyków, na mocy przytoczonego przepisu L. 4. §. 5. C. de haeret. et Manich. 1. 5. Toż samo odnosiło się ograniczenie L. 6. C. de ince. nup. 5. 5 (powyż. §. 12. not. 56) także do testamentu, przed zawarciem małżeństwa kazirodzkiego sporządzonego. Por. Mühlenbruch l. c. T. 39. str. 20 sq., Mayer §. 32. not. 1.

¹⁷⁾ Gai. II. 130 sq., Ulp. XXIII. 2. 3, §. 1. I. h. t., L. 3. pr. §. 3, L. 8. pr. D. h. t., L. 2. 3. C. de postum. 6. 29. Por. także L. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.—O tym przypadku będzie bliżej mowa w oddziale o dziedziczeniu przeciwtestamentowem.

¹⁸⁾ Gai. II. 147, Ulp. XXIII. 6, XXVIII. 5, L. 2. pr. D. de B. P. secu. tab. 37. 11.—Leist (Bon. Pos. T. II. 1. str. 275 sq. i w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. IV. str. 239) ogranicza udzielenie bon. pos. secu. tab. li do przypadku, gdy postumus zmarł przed testatorem (por. także Beckhaus §. 67). Przeciwno temu oświadczyła się słusznie panująca opinia. Por. zamiast innych Schröder Das Notherbenrecht str. 105 sq., Vangerow §. 473.

liberi) spadkodawcy.¹⁹⁾ — W najnowszym prawie Justyniańskim (Now. 115) agnatio vel quasi agnatio postumi nie unieważniała testamentu ipso iure, lecz czyniła go zakazalnym, a z tego powodu miał testament zawsze moc prawną, jeżeli postumus, który przeciwko niemu mógł wystąpić, odpadł przed śmiercią testatora.²⁰⁾

3) Testament utracił swą moc (testamentum destitutum s. desertum s. irritum), jeżeli żaden z dziedziców ustanowionych nie nabył spadku, ani też nikt nie wstąpił w ich miejsce na mocy t. zw. transmisji. Nie stanowiło różnicy, czy dziedzice spadku nabyć nie mogli (n. p. w skutek nieziszczenia się warunku, utraty zdolności dziedziczenia lub zachodzącej incapacitas, w skutek śmierci przed oświadczeniem się do spadku), lub też nabyć go nie chcieli. Z bezskutecznością ustanowień dziedziców upadały także inne rozporządzenia testamentowe, wyjąwszy, jeśli dziedzice zrzekli się dziedzictwa in fraudem eorum, quibus quid relictum est. W ostatnim przypadku pozostawały w mocy według edyktu pretorskiego zapisy, wyzwolenia i substytucje pupilarne.²¹⁾

Według prawa pretorskiego byli dziedzice ab intestato powołani do bon. pos. już wtedy, gdy dziedzice testamentowi nie domagali się bon. pos. w terminie prekluzyjnym,

¹⁹⁾ Gai. II. 148. 149, Ulp. XXIII. 6.—L. 12. pr. D. h. t., L. 13. D. de dol. mali exce. 44. 4. Wątpliwem jest, czy do liberi należeli prócz suos (Arndts Civ. Schrif. II. str. 573. not. 59) także emancipati. Por. Schirmer §. 7. not. 41, Vangerow §. 473. Uwa. licz. 2, a znowu §. 398. Uwa. 4. lit. a, Schröder l. c. §. 14. II, Leist l. c. T. III. str. 104. — Co do wojskowych por. L. 9. pr., L. 33. §. 2. D. de test. mil. 29. 1, Leist l. c. T. IV. str. 204, Fitting Cast. pecul. str. 218 sq.

²⁰⁾ Windscheid §. 563. not. 9.

²¹⁾ Gai. II. 144, §. 2. I. h. t., pr. §§. 7. 8. I. de hered. quae ab int. 3. 1, L. 1. in fi. D. h. t., L. 9. D. de testam. tut. 26. 2, L. 12. §. 5. D. de bon. liber. 38. 2, L. 1. pr. D. de suis et leg. 38. 16, L. 181. D. de R. I. 50. 17. Cf. L. 2. §. 1, L. 10. §. 4. D. de vul. et pup. sub. 28. 6. — Tit. Dig. 29. 4. si quis omissa causa testamenti. Tit. Cod. 6. 39. si omissa sit causa testamenti. — Przeciwno opinii (mianowicie Löhr w Arch. f. civ. Pra. T. V. str. 385 sq.), że Justynian Now. 1. zmodyfikował dawniejsze postanowienie co do skutków

ale ta okoliczność nie unieważniała testamentu, bon. pos. ab intestato była wobec heredes z testamentu sine re.²²⁾

4) Testament, sporządzony iure militari, utracił swą moc po upływie roku post missionem militis caligati, a jeżeli testator był wojskowym wyższego stopnia, w chwili zamianowania następcy w dowództwie, wreszcie w przypadku wydalenia testatora z wojska ignominiae causa.²³⁾ W prawie przedjustyniańskim, o czym już była mowa (§. 32. not. 37), tracił każdy testament swą moc po upływie lat dziesięciu.

§. 34.

C) O skutkach uznania testamentów nieważnych i zaskarżalnych.)*

Uznanie testamentu ze strony tych, którym jego nieważność lub zaskarżalność korzyść przynosi, może nastąpić jednostronnie lub na mocy umowy z dziedzicami, w testamencie ustanowionymi. Pod względem skutków uznania należy uczynić różnicę między testamentem nieważnym a testamentem zaskarżalnym.

Uznanie testamentu zaskarżalnego ze strony tych, którzy przeciwko niemu mogliby wystąpić (dziedziców przeciwtestamentowych, beztestamentowych lub ustanowionych

zrzeczenia się spadku przez dziedziców testamentowych, por. zamiast innych Vangerow §. 459.

²²⁾ L. 70. pr. D. de adq. v. omit. her. 29. 2, L. 1. pr. §§. 2. 3. D. si tab. testa. nul. 38. 6, L. 1. §§. 6. 10. D. de succe. edicto. 38. 9, L. 1. §. 1. D. quis ordo 38. 15, Gai. III. 36.—Co do znaczenia tych postanowień w prawie Justyniańskim por. powyż. §. 9. III, tudzież Leist w Glück'a Com. Ser. 37 et 38. T. II. str. 319 sq. i Bon. Pos. T. II. 2. str. 284 sq.

²³⁾ Powyż. §. 16. do not. 58—62 i §. 18. not. 14.

*) Mühlenbruch w Glück'a Com. T. 38. str. 134 sq. Francke w Arch. f. civ. Pra. T. 19. Nr. 7, tudzież Commentar über den Pandectenti. de hered. peti. str. 126 sq. Bähr Die Anerkennung §. 51. Dedekind Die Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen. Schmidt w Arch. f. civ. Pra. T. 56. Nr. 9. Windscheid §. 566. Vangerow §. 457. Sintenis §. 180.

w testamencie wcześniejszym), miało za skutek utratę prawa wystąpienia przeciwko testamentowi,¹⁾ azatem testament, który mógł być obalony, stawał się przeto nieodwołalnie ważnym. Jako taki miał on znaczenie także wobec zapisobierców i wierzycieli spadkowych, z czego wynika to w szczególności, że gdyby strony w celu załatwienia sporu o testament zawarły zgodę (transactionem), zapisobiercy i wierzyciele spadkowi mogli się trzymać jedynie ustanowionych w testamencie, bo oni właśnie byli dziedzicami, bez różnicy, czy i jaka część spadku przypadła w skutek zgody tym, którzy w niej testament uznali.²⁾

Względem testamentów nieważnych, podobnie jak względem innych czynności prawnych, obowiązywała zasada, kilkakrotnie już wspomniana, że testament nieważny nie może później stać się ważnym: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, — ex postfacto convalescere non potest.*³⁾ Tak mianowicie nie stawał się testament nieważny przeto ważnym, iż później odpadła przyczyna nieważności, a od tej reguły było jedynie kilka wyjątków.⁴⁾ Podobnie nie mógł testator testamentowi nieważnemu nadać mocy prawnej przez następne tegoż potwierdzenie, chyba że to uczynił *miles*.⁵⁾ W myśl tej zasady, wynikającej samo przez się z pojęcia nieważności, nie mógł tedy także testament nieważny przeto stać się ważnym, iż go za taki uznały te osoby, które z powodu jego nieważności miały prawo do dziedzictwa, jakoto dziedzice beztestamentowi, albo ustanowieni w testamencie wcześniejszym lub późniejszym. Uznanie testamentu nieważnego

¹⁾ Wypowiadają to źródła we wielu fragmentach ze względu na uznanie testamentu ze strony dziedziców przeciwtestamentowych, o czem w odnośnym oddziale będzie mowa.

²⁾ L. 3. pr. D. de transact. 2. 15. Co do tłumaczenia tego fragmentu, tudzież przytoczonego w nocie 12, które zdają się być ze sobą sprzeczne, por. Mühlenbruch l. c. §. 155 sq., Vangerow l. c., Sintenis l. c. not. 4.

³⁾ L. 29. 201. 210. D. de R. I. 50. 17.

⁴⁾ Por. §. 32. licz. 1. a. (pośrednio także b. c), §. 33. licz. 1. a. b, tudzież do not. 10 sq.

⁵⁾ L. 9. pr., L. 15. §. 1, L. 27, L. 33. §. 2. D. de test. mil. 29. 1.—Por. powyż. §. 32. not. 27 i 40, §. 33. not. 19.

przez pomienione osoby, jeśli nastąpiło nie na mocy umowy, mogło mieć jedynie znaczenie zrzeczenia się dziedzictwa, przypadłego im w skutek nieważności testamentu, ale tylko wtedy, gdy uznający testament wiedział o jego nieważności. Jeżeli zaś uznający mylnie mniemał, że testament jest ważny, uznanie nie miało żadnego znaczenia, chociażby to mniemanie opierało się na błędzie co do prawa (*error iuris*),⁶⁾ bo i taki błąd wykluczał wiadomość o nieważności, a tem samem nie mogło być mowy o zrzeczeniu się dziedzictwa.⁷⁾ Uznanie mogło zresztą nastąpić wyraźnie lub milcząco (n. p. przez przyjęcie zapisu lub dziedzictwa, pozostawionego w testamencie nieważnym). W skutek uznania testamentu, które miało znaczenie zrzeczenia się spadku, nie mógł więcej uznający działać *hereditatis petitione* przeciwko dziedzicom, w testamencie ustanowionym, z tytułu tegoż nieważności, ale dziedzictwa mogli dochodzić ci, którzy testamentu nie uznali, a z powodu tegoż nieważności, a względnie owego zrzeczenia się byli powołani do spadku, (n. p. następni dziedzice beztestamentowi).⁸⁾ Dziedzice, ustanowieni w testamencie nieważnym, mogli zatem w skutek tego rodzaju uznania testamentu wtedy tylko utrzymać się przy spadku, gdy testament uznali ci wszyscy, którzy z powodu jego nieważności, a ewentualnie z powodu w mowie będącego zrzeczenia się ze strony innych, mieli prawo do dziedzictwa.⁹⁾

Uznanie testamentu nieważnego na mocy umowy z dziedzicami, w nim ustanowionymi, miało to znaczenie dla kontrahentów, iż uznający był obowiązany nie dochodzić

⁶⁾ L. 5. pr. §. 1. D. de his quae ut. ind. 34. 9, L. 8. 43. D. de here. pet. 5. 3, L. 3. D. de lege Corn. de fal. 48. 10, L. 4. C. de iur. et fac. ignor. 1. 18, L. 4. (3) C. ad leg. Corn. de fal. 9. 22. Por. Francke w Arch. f. civ. Pra. T. 19. str. 187 sq., tudzież Comm. über d. Pandectent. de hered. petit. str. 126 sq., Windscheid §. 566. not. 6, Sintenis §. 180. do not. 2.

⁷⁾ L. 19. D. de inof. test. 5. 2: . . . nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri.

⁸⁾ Por. Vangerow l. c.

⁹⁾ Por. Schmidt l. c. str. 326. do not. 193.

swego prawa dziedzictwa, inaczej drugi kontrahent z tytułu zawartej umowy mógł się zasłonić *exceptione doli*. Tęgo rodzaju uznanie było zatem jedynie zrzeczeniem się dochodzenia prawa dziedzictwa, uczynionem na korzyść dziedziców testamentowych, nie zaś zrzeczeniem się samego prawa dziedzictwa, ztąd też nie mogli domagać się dziedzictwa ci, którzy po uznającym testament do spadku byli powołani, jak mianowicie dalsi dziedzice beztestamentowi.¹⁰⁾

Dziedzice testamentowi, którzy w skutek uznania testamentu nieważnego utrzymali się przy spadku, byli ze względów słuszności obowiązani do wykonania zapisów i spłacenia długów spadkowych, i mogli być o to pozwani *utili actione*.¹¹⁾ Jeżeli zaś w skutek zawartej pomiędzy stronami zgody względem testamentu nieważnego tylko część spadku pozostała przy dziedzicach testamentowych, a reszta przypadła tym, którzy z nimi zgodę zawarli, natenczas wierzyciele i zapisobiercy mogli działać *utilibus actionibus* przeciwko jednemu i drugiemu *pro parte hereditatis*.¹²⁾

§. 35.

V. O otwarciu i wykonaniu testamentu.

Po śmierci testatora miał każdy, komu na tem zależało, prawo zasięgnąć wiadomości o osnowie testamentu. W tym celu należało testament piśmienny otworzyć. Otwarcie to winno być się odbyć w sposób prawem przepisany przed władzą publiczną,¹⁾ od czego jednakże nie zależała

¹⁰⁾ Por. Windscheid l. c. not. i do not. 2.

¹¹⁾ Arg. L. 17. D. de inu. rup. 28. 3, L. 14. D. de transactio. 2. 15. Por. Schmidt l. c. not. 194.

¹²⁾ L. 14. D. de transactio. 2. 15.

¹⁾ Paul. R. S. IV. tit. 6, tit. 7. §. 6. Tit. Dig. 29. 3. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur. Tit. Cod. 6. 32. quemadmodum aperiantur testamenta et inspiciantur et describantur. Tit. Dig. 43. 5. Tit. Cod. 8. 7. de tabulis exhibendis.—Z literatury por. szczególnie: Spangenberg w Arch. f. civ. Pra. T. V. str. 15. 8 sq. Bachofen *Ausgewählte Lehren* Nr. 10. Savigny *Vermisch. Schrif.* T. III. Nr. 27. Mühlenbruch w Glück'a *Comm.* T. 43. str. 368 sq. Keller *Inst.* § 310, Pand. §. 498. Maynz III. §. 395.

wcale ważność testamentu.²⁾ Przepisy o sposobie otwarcia testamentu pochodzą, jak się zdaje, dopiero z czasów, gdy Augustus lege Iulia de vicesima hereditatum zaprowadził podatek od spadków. Odtąd zależało państwu na tem, aby mieć wiadomość o spadkach. W prawie Justyniańskim zatrzymano te przepisy, jakkolwiek odpadł powód ich wydania, t. j. podatek spadkowy,³⁾ widocznie okazały się one korzystnymi, jako zapobiegające nadużyciom. Zresztą przepisany sposób otwarcia testamentów odnosił się jedynie do testamentów prywatnych, a nie do publicznych, był zaś następujący.

Po śmierci⁴⁾ testatora miał być testament przedłożony właściwej⁵⁾ magistraturze jak można najrychlej, według lex Iulia vicesimaria w przeciągu 3—5 dni.⁶⁾ Tylko w tym przypadku, gdy testator został zamordowany, nie mogło otwarcie testamentu, na mocy Senatus consultum Silanianum i późniejszych do niego odnoszących się przepisów, wcześniej nastąpić, jak dopiero po przeprowadzeniu śledztwa przeciwko niewolnikom testatora, którzy w chwili dokonania zbrodni z nim razem mieszkali, i ukaraniu winnych.⁷⁾ Do aktu otwarcia wzywała magistratura świadków testamentowych, na miejscu obecnych, którzy mieli sprawdzić (recognoscere) swe pieczęcie. Ociągających się zniewalała magistratura do jawienia się środkami przymusowemi, wystarczało jednakże, jeżeli większa część świadków się zjawiała. Świadkom, na miejscu nieobecnym, posyłało testament do rekognicyi.⁸⁾

²⁾ Przeciwna opinia *Fr. Maciejowskiego* II. §. 217. nie jest niezem uzasadniona. Por. Paul. R. S. IV. tit. 6. §. 2a, L. 10. §. 1. D. testa. quemad. 29. 3. — Windscheid §. 567. not. 1.

³⁾ L. 3. C. de edi. Divi Hadri. tol. 6. 33.

⁴⁾ L. 2. §. 4. D. test. quemad. 29. 3.

⁵⁾ L. 4. 7. D. test. quemad. 29. 3 (praetor, proconsul), L. 18. 23. C. de testam. 6. 23 (magister census), Paul. IV. tit. 6. §. 2.

⁶⁾ Paul. IV. tit. 6. §. 3.

⁷⁾ L. 3. §. 18. D. de SCto Siliano 29. 5.

⁸⁾ Paul. IV. tit. 6. §. 1, L. 4—7. D. test. quemad. 29. 3, L. 1. C. quemad. testam. 6. 32, L. 3. §. 9. D. de tab. exhi. 43. 5.

Po sprawdzeniu pieczęci, chociażby który ze świadków zaprzeczył, iż pieczęć od niego pochodzi, otwierano (*aperire*) testament i odczytywano (*recitare*, także *publicare*), poczem każdemu interesowanemu wolno było wziąć odpis testamentu, wszelako zatajano przed nim datę testamentu, tudzież te jego części, które według woli testatora nie miały być jawnymi lub które przynosiły komuś hańbę.⁹⁾ O całym tym akcie spisywano protokół, a testament, opieczętowany napowrót przez świadków i magistraturę, składano w tejsze archiwach.¹⁰⁾ Jeżeli wszyscy świadkowie testamentowi nie byli na miejscu obecni, a ważne przyczyny wymagały przyspieszenia otwarcia testamentu, natenczas otwierano go, z poszanowaniem jednakże pieczęci, w obecności przywołanych mężów *optimae opinionis*, a potem testament, przez nich napowrót opieczętowany, posyłano świadkom do rekognicyi.¹¹⁾ Jeżeli testator *pater familias* prócz testamentu własnego pozostawił testament *pupilarny*, osobno sporządzony, natenczas ten ostatni nie otwierano razem z pierwszym, chyba że po temu zachodziły ważne przyczyny.¹²⁾

Każdy, komu na tem zależało,¹³⁾ aby dowiedzieć się o rozporządzeniach testatora, mógł od tego, u kogo testament się znachodził, żądać przedłożenia testamentu w celu otwarcia,¹⁴⁾ a jeśli był już otworzony, okazania testamentu w celu wglądnięcia w jego osnowę i zrobienia sobie odpisu, złożonywszy jednakże poprzednio na wezwanie posiadacza *iusiurandum calumniae*.¹⁵⁾ Na żądanie posiadacza

⁹⁾ L. 2. §. 6. D. testam. quemad. 29. 3, L. 3. C. quemad. testam. 6. 32.

¹⁰⁾ Paul. IV. tit. 6. §§. 1. 2, L. 1, L. 2. pr. §§. 1—3, L. 10. pr., L. 12. D. testam. quemad. 29. 3, L. 2. 18. C. de test. 6. 23. (Do ostatniego fragmentu por. Mühlenbruch l. c. str. 385 sq.). Ob. Brunns Fontes str. 208 sq. (Gesta de *aperiundo testamento*).

¹¹⁾ L. 7. D. testam. quemad. 29. 3, L. 2. C. quemad. testam. 6. 32.

¹²⁾ L. 8. 9. D. testam. quemad. 29. 3.

¹³⁾ Por. Demelius Die Exhibitionspflicht str. 231 sq., mianowicie str. 233. not. 2.

¹⁴⁾ L. 3. §. 9. D. de tab. exhib. 43. 5.

¹⁵⁾ L. 3. C. quemad. testam. 6. 32.

zezwałała magistratura na odroczenie przedłożenia do pewnego terminu, poczem zwlekającego przynaglała ad exhibitionem środkami przymusowemi.¹⁶⁾ Jeżeli zaś ten, kogo wezwano ad exhibitionem, przeczył temu, jakoby testament posiadał, lub opierał się żądaniu z innych, podanych przez się przyczyn, natenczas przeciwko niemu, równie jak przeciwko temu, qui dolo desiit possidere, można było wystąpić interdicto de tabulis exhibendis.¹⁷⁾

Pozwanego, który w sporze pokonany nie uczynił zadość wezwaniu (arbitrium) okazania testamentu i tym sposobem spowodował kondemnacyą, skazywano na wynagrodzenie szkody powodowi (quantum eius interest), która mogła wynosić tyle, ile wynosiło dziedzictwo, a względnie zapis, wedle tego, czy powód był dziedzicem lub zapisobiercą.¹⁸⁾

Temu, kto był dziedzicem testamentowym, służyła w tym samym celu także actio ad exhibendum.¹⁹⁾

Staranie o wykonanie testamentu²⁰⁾ było przede wszystkim rzeczą tych, którym jako dziedzicom lub zapisobiercom zależało na wykonaniu odnoszących się do nich rozporządzeń ostatniej woli, im też służyły w tym celu rozmaite środki prawne. Jeśli w wykonaniu pewnego rozporządzenia testatora (n. p. polecenia wystawienia mu nagrobka) nikt specjalnie nie był interesowany, natenczas mieli przede wszystkim dziedzice starać się o tegoż wykonanie, a w razie potrzeby wkraczała władza publiczna.²¹⁾ — Zająć się wykonaniem ostatniej woli mogło być także poruczone pewnej osobie, umyślnie i niezależnie od wła-

¹⁶⁾ L. 2. §§. 7. 8. D. testam. quemad. 29. 3, L. 1. §. 1. D. de tab. exhib. 43. 5.

¹⁷⁾ L. 2. §. 8. D. testam. quemad. 29. 3, L. 1. pr. §. 1, L. 3. §. 6, L. 4. D. de tab. exhi. 43. 5. O tym interdykcie por. szczególnie Demelius l. c.

¹⁸⁾ L. 3. §§. 11—15. D. de tab. exhib. 43. 5.

¹⁹⁾ L. 3. D. test. quemad. 29. 3. Por. Demelius Die Exhibitionspflicht.

²⁰⁾ Por. szczególnie Mühlenbruch l. c. str. 390 sq., Maynz l. c., Sturm w Jahrbü. f. Dog. T. XX. Nr. 3. str. 94 sq.

²¹⁾ Ob. powyż. §. 27. not. 100 i 101, — następnie L. 12. §. 4. D. de religio. et sump. 11. 7, L. 40. §. 3. D. de cond. et demom. 35. 1, L. 44. D. de manum. test. 40. 4.

snego jej interesu do tego ustanowionej, ale ci, tak zwani wykonawcy (executores) testamentu, znani dzisiejszym prawodawstwom, nie występują w prawie rzymskim jako instytucya osobna, prawem ogólnie unormowana. Z czasów klasycznej jurysprudencji mianowicie znają źródła jedynie wykonawców pewnych, poszczególnych postanowień w rozporządzeniu ostatniej woli,²²⁾ a nie całego testamentu,²³⁾ których to wykonawców ustanawiał testator (t. zw. po dziś dzień executores testamentarii), albo także sędzia (t. zw. executores dativi), lecz i w tych przypadkach był executor, ustanowiony przez testatora, po największej części właściwie zapisobiercą, który miał sobie polecone to, co mu pozostawiono, wydać komuś trzeciemu lub na pewien cel obrócić.²⁴⁾ Imperatorowie Leon i Justynian zaprowadzili następnie dla pewnych przypadków wykonawców z ustawy (t. zw. executores legales), postanowili mianowicie, iż wykonanie rozporządzeń na cele dobroczynne w ogóle, a w szczególności rozporządzeń, przeznaczających zapisy lub dziedzictwa dla ubogich lub na wykupno jeńców, należy do biskupa, jeżeli testator innej w tym celu osoby nie ustanowił.²⁵⁾

Stanowisko tych egzekutorów, ich zakres działania, prawa i obowiązki zależały od specjalnych postanowień

²²⁾ W szczególności: a) Zajęcie się pogrzebem testatora, L. 12. §. 4. D. de religio. 11. 7, L. 88. §. 1. D. de legat. II, b) wykonanie zapisu alimentów, do czego testator lub sędzia wyznaczał jednego lub kilku z pomiędzy obciążonych dziedziców, albo też osobę trzecią, L. 3. 8. 9. D. de alimen. 34. 1; c) powołanie jednego z pomiędzy kilku obciążonych dziedziców do zajęcia się wypłatą zapisów, L. 96. §. 3. D. de leg. I. — Por. dalej L. 17. pr. D. de leg. II, gdzie Marcellus wyraźną czyni różnicę między tym, kogo testator jako legataryusza, a tym, kogo jako wykonawcę („ut ministrum“) zobowiązał, do wydania komuś trzeciemu jakiejś wartości ze spadku. L. 80. (78) §. 1. D. ad. SCTum Trebel. 36. 1, L. 12. §. 17, L. 13. D. mand. v. cont. 17. 1.

²³⁾ Instytucja egzekutorów całego testamentu, mianowanych przez testatora, wytworzyła się jednakże w czasach pojustyniańskich, czego dowodzi Now. 68. Leonis philosophi.

²⁴⁾ Por. Windscheid §. 567. not. 6.

²⁵⁾ L. 28. 45. (46) 48. (49) C. de episc. et cler. 1. 3. Nov. 131. cap. 11 i 12.

testatora, sędziego lub ustawy, wedle tego, kto ich ustanowił, zresztą zaś stosowały się do wykonawców, mianowanych przez testatora, analogicznie przepisy, tyczące się stosunku, z mandatum wynikającego.²⁶⁾

Nie może ulegać wątpliwości, że także osoby, w wykonaniu testamentu interesowane, same mogły ustanowić wykonawcę ostatniej woli (t. zw. *executor conventionalis*), o którego stanowisku rozstrzygała osnowa zawartej umowy.²⁷⁾

²⁶⁾ Por. Maynz §. 395. in fi., Windscheid §. 567. not. 7, *Zielonacki* §. 383. in fi.

²⁷⁾ Por. Windscheid §. 567. do not. 9.



Sprostowanie omyłek w druku.

Str.	wiersz	zamiast	należy czytać:
6 . . .	21 od góry . . .	w not.	w noc.
10 . . .	3 od góry . . .	należą	należały
10 . . .	7—8 od góry . . .	spóścizną	spuścizną
11 . . .	9 od dołu . . .	leg.	de leg.
15 . . .	7 od góry . . .	bepośrednio	bepośrednio
37 . . .	3 od dołu . . .	przypis	przepis
40 . . .	21 od góry . . .	spadkowcami	spadkodawcami
43 . . .	21—22 od góry . . .	zkądinnąd	zkądinąd
45 . . .	21 od dołu . . .	ustanowiania	ustanowienia
45 . . .	4 od dołu . . .	medivimus	medevimus
46 . . .	1 od góry . . .	spadkobierców	spadkodawców
46 . . .	6 od góry . . .	w not.	w noc.
48 . . .	3 od dołu . . .	praestitutum	praestitum
53 . . .	7 od dołu . . .	L. 13. §. 5. quod	L. 13. §. 5. D. quod
57 . . .	12 od góry . . .	więcj	więcej
78 . . .	23 od góry . . .	od	od niektórych,
81 . . .	16 od góry . . .	l'acroissement	l'accroissement
84 . . .	3 od dołu . . .	faktae	fakta
96 . . .	6 od dołu . . .	pon.	pow.
101 . . .	1 od dołu . . .	usucapioniis	usucapionis
107 . . .	17 od dołu . . .	oportet	oportet
112 . . .	16 od dołu . . .	Reckhaus	Beckhaus
112 . . .	10 od dołu . . .	Romser	Romer
113 . . .	4 od góry . . .	ius.	iur.
116 . . .	17 od góry . . .	udzieleniu	udzieleniu
121 . . .	17 od góry . . .	possiones	possiones
123 . . .	16 od góry . . .	civile	civili
124 . . .	3 od góry . . .	civile	civili
126 . . .	7 od dołu . . .	not. 13.	not. 12.
137 . . .	5 od dołu . . .	niego	nich
160 . . .	15 od dołu . . .	Theodozyańskim	Theodozyańskim
171 . . .	12—13 od góry . . .	ustanowiana	ustanowiona
173 . . .	12 od góry . . .	possivam	passivam
213 . . .	5 od dołu . . .	relutus	relatus

Str.	wiersz	zamiast	należy czytać:
221 . . .	7 od góry . . .	nuncapationem	nuncupationem
230 . . .	18 od dołu . . .	subskriptor	subscriber
231 . . .	17 od góry . . .	nuncapativum	nuncupativum
232 . . .	8 od góry . . .	nuncapativum	nuncupativum
235 . . .	17 od dołu . . .	zastosowanie	zastosowania
236 . . .	12 od dołu . . .	ligitimis	legitimis
247 . . .	1 od dołu . . .	II. do not. 19.	II. do not. 20.
255 . . .	4 od góry . . .	str. daje	daje
264 . . .	10 od dołu . . .	nuncapatis	nuncupatis
279 . . .	6 od dołu . . .	sę	się
303 . . .	6 od dołu . . .	es	est
310 . . .	12 od góry . . .	wachał	wahał
351 . . .	4 od góry . . .	który	którzy
376 . . .	11 od dołu . . .	iuri	iure

Str. 101. wiersz 5. od dołu po słowach: Abh. str. 26 sq. dodać:
Dubois La saisine héréditaire en droit romain, w Nouvelle revue hi-
storique de droit français et étranger. T. IV. str. 427 sq.



