WERSYTET WROCŁAWSKI
lioteka Wydziału Prawa
52563

NCISZEK BOSSOWSKI

# ZE STUDJÓW NAD PIERWOTNYM TESTAMENTEM RZYMSKIM

KRAKÓW
UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO POD ZARZ. J. FILIPOWSKIEGO
1926.

Dr Franciszek Bossowski

# Ze studjów nad pierwotnym testamentem rzymskim

## (Krytyka dotychczasowych poglądów — próby nowej hipotezy).

Początki testamentu rzymskiego, pytanie, czy spadkodawca miał pierwotnie swobodę testowania wówczas, gdy pozostawiał heredes suos i t d, należą wciąż jeszcze do spornych w literaturze. W ostatnich czasach sprawę tę poruszyli Lenel (Zur Geschichte der heredis institutio w »Essays in legal history« Akta kongresu historycznego w Londynie), z którym polemizował Bonfante, a w ścisłym związku z tym tematem pozostaje polemika co do usucapio pro herede między Perozzim i Bonfantem, w której głos zabrał także i Wróblewski Pomimo, że prace tych autorów rzuciły nowe światło na naszą kwestję, to jednak nie wyświetliły jej ostatecznie, a chęć dorzucenia pewnych nowych uwag jest pobudką niniejszej pracy.

I Testament pierwotny (testamentum in comitiis calatis, testamentum in procinctu).

Jako źródła przytoczyć tu należy: fragmenty XII tablic (Tab. V)[1]

(3) »Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto,

(4) Si intestato moritur, cui suus heres non escit, adgnatus proximus familiam habeto,

(5) Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento,

oraz Gai II 101. Testamentorum autem genera initio duo

[1] cytuję wedle Girarda: Textes de droit romain 1923.

fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et ornatus exercitus. Alterum itaque in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

Wreszcie należy wspomnieć tutaj o Gelliusa Noctes atticae (XV 27, 1) stwierdzających udział pontificum przy sporządzaniu testamentu in comitiis calatis.

Zajmując się tzw. ustawą XII tablic musimy zaznaczyć nasze stanowisko wobec wątpliwości poruszonych przez Paisa i Lamberta co do autentyczności tej ustawy. Jakkolwiek trudno się zgodzić z Lambertem, odmawiającym całkowicie charakteru ustawy XII tablicom i uważającym ten pomnik za zbiór prywatny, powstały gdzieś w ciągu II wieku przed Chr., to jednak nie da się zaprzeczyć, że są tam normy prawne wcześniejsze obok późniejszych i że te normy późniejsze są późniejszymi wtrętami i uzupełnieniami pierwotnego tekstu ustawy [1]. Nie można jednak wątpić, że główny zrąb postanowień, zawartych w t. zw. ustawie XII tablic, pochodzi istotnie z dość wczesnej i jak na owe czasy obszernej kodyfikacji. Literatura dotycząca XII tablic, zestawiona u Bonfantego Storia del diritto romano t. I str. 304 i nast., tudzież u Lenela w Holtzendorfa Enzyklop. wyd. 7, t. I str. 325 uw. 2.

Jeżeli weźmiemy pod uwagę powyżej przez nas przytoczone postanowienia ustawy XII tablic, to pochodzą one najwidoczniej z czasów rozkładu ustroju rodowego i z tego okresu, kiedy poszczególne rodziny (familia) uzyskały już samodzielność w stosunku do władzy rodowej, a samodzielność ta idzie tak daleko, że pater familias w rozporządzeniu ostatniej woli może ustanowić opiekuna, a tem samem nawet wykluczyć opiekę rodową nad pozostawio-

---

[2] Do argumentów, przy pomocy których Pais obala całą legendę o powstaniu ustawy XII tablic, przybywa jeszcze jeden, mianowicie fakt stwierdzony przez Taubenschlaga w pracy p. t. »Proces o Virginię«, Kraków 1917 (odbitka z Rozpraw Akademji Umiejętności). Wedle T. przedstawiony przez tradycję rzymską proces o Wirginję rozgrywa się wedle greckich, nie rzymskich norm procesowych. Okoliczność ta pozwala przypuszczać, że całe podanie o tym procesie sfabrykowane zostało przez Greków, pozostających na usługach Rzymian, którzy zetknąwszy się z Grecją i ulegając urokowi kultury greckiej, pragnęli wykazać, że i w swej przeszłości Rzym nie pozostawał w tyle za Grecją (ob. Pais: Storia critica di Roma tom II wyd. z r. 1915. str. 270 i nast.).

nemi przez niego niedojrzałemi dziećmi. Jakkolwiek trudno jest czynić jakieś pewne wnioski wobec fragmentarycznego charakteru zachowanych tekstów, to jednak jest wielce prawdopodobnem, że wyżej przytoczone fragmenty miały na celu rozciąć konflikty, które na tem tle wyrastały między rodem, jako całością, a poszczególnemi rodzinami (familia) w skład rodu wchodzącemi. Tą okolicznością tłomaczy się między innemi obszerne i wyczerpujące unormowanie jednych materyj przy przelotnem dotknięciu, a nawet zupełnem przemilczeniu innych[1].

Jakkolwiek data samej ustawy XII tablic, a raczej może poszczególnych jej części składowych może być sporną, to jednak postanowienia jej — o ile dotyczą ustroju rodu i rodziny (gentis et familiae) i uznają niezależność rodziny od władzy rodowej — stanowią razem z ustawami, przypisywanemi przez tradycję królowi Serviusowi Tulliusowi, ogniwo tej wielkiej ewolucji, która polega na rozkładzie organizacji rodowej i na stworzeniu administracji terytorjalnej (podział na tribus) celem uzupełnienia luki stąd powstającej[2]. Z tego punktu widzenia przyjrzyjmy się poszczególnym postanowieniom ustawy XII tablic, dotyczącym ustroju rodu i rodziny.

Podstawą rodziny jest władza patris familias. Treść tej władzy, ustalona przez prawo zwyczajowe i uświęcona przez tradycję, nie była kwestjonowaną i dlatego ustawa XII tablic pomija ten temat milczeniem, wprowadzając jedynie następujące jej ograniczenie czy też złagodzenie (Tab. IV, 2): »si pater filium ter venum duuit filius a patre liber esto«. Wobec nieograniczonej władzy patris familias majątek rodziny uważany jest przez prawo jako majątek wyłącznie patris familias, nie zaś jako majątek wspólny członków rodziny, ale nawet w epoce klasycznej utrzymuje się świadomość, że tzw. heredes sui mają przecież pewne prawa do majątku swego patris familias jeszcze za jego życia, że te prawa jednakże są sparaliżowane skutkiem absolutnej władzy patris familias i występują dopiero w całej pełni w chwili śmierci patris familias tj. wówczas, gdy odpadną ograniczenia tychże praw,

[1] Podnosi to Lenel w Holtzendorfa Enzyklopädie, t. I, str. 326, (wyd. 7).

[2] O dacie powstania tribus nie da się nic pewnego powiedzieć; comitia centuriata natomiast w tej postaci, którą nam przekazała tradycja, mogły istnieć dopiero w IV w. przed Chr. (ob. Lenel w Holtzendorfa Enzykl. I, wyd. 7, str. 322).

wywołane władzą patris familias (ob. Paulus w D, 28, 2, 11 ... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationum consequuntur).

Majątek rodziny składa się z dwóch mas, mianowicie z tzw. familia i pecunia Wedle ogólnie przyjętej opinji familia obejmuje res mancipi, pecunia res nec mancipi Pecunia stanowiła od samego początku własność indywidualną poszczególnego członka rodu (będącego sui iuris), familia stanowiła pierwotnie wspólną własność całego rodu, a ta wspólność dopiero stopniowo ulegała likwidacji i ustępowała miejsca własności indywidualnej poszczególnego patris familias. W prawie XII tablic widzimy już zupełne zwycięstwo własności indywidualnej także przy res mancipi Kiedy jednak indywidualny charakter prawa własności przy pecunia i swoboda właściciela do rozporządzania swą pecunia między żyjącymi pominiętą zostaje w ustawie XII tablic zupełnem milczeniem, jako rzecz rozumiejąca się samo przez się, to inaczej ma się sprawa przy res mancipi (familia)[1]; pozostałości dawnej wspólnej własności rodowej utrzymywały się długo pod postacią ograniczeń właściciela (patris familias) w rozporządzaniu swemi res mancipi nawet między żyjącymi; wydaje się bardzo prawdopodobnem, że dopiero tzw. ustawa XII tablic uznała swobodę rozporządzania tzw. familia między żyjącymi i że właśnie uznanie tej swobody było w tej materji główną zdobyczą rodzin dążących do niezależności od władzy rodowej. »Si nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto« (Tab. VI 1). Te słowa są — mem zdaniem — stwierdzeniem tej swobody i usunięciem wszelkich ograniczeń istniejących w prawie dotychczasowem[2].

Z ograniczeń tych w ustawie XII tablic utrzymały się jeszcze

---

[1] Co do różnicy między familia a pecunia tudzież przyczyn, które tę różnicę wywołały, ob. Bonfantego Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana w Scritti giuridici varii t. II str. 1—306.

Być może, że indywidualny (od początku) charakter prawa własności przy pecunia, w przeciwstawieniu do wspólnej pierwotnie własności rodowej przy familia — wywołał różnice w sposobie ochrony dotyczących praw własności, a różnice te utrzymywały się już i po przekształceniu prawa własności na familia we własność indywidualną i dały powód do ogólnie przyjętego dziś w nauce twierdzenia, że pierwotnie prawo rzymskie za przedmiot własności cywilnej uznawało jedynie res mancipi, a przy res nec mancipi uznawało jedynie posiadanie.

[2] Pozostawiam tu na boku różnicę (nie dość wyjaśnioną) między nexum, a negotium per aes et libram.

tylko dwa, mianowicie opieka rodu nad niedojrzałymi (impuberes) i nad kobietami. Instytucja opieki pojmowana była wówczas nie jako obowiązek, lecz jako prawo najbliższego agnata, któremu w razie śmierci pupila czy kobiety miał przypaść jej majątek. Celem prawa było zabezpieczenie majątku pupila względnie kobiety przed jego uszczupleniem na szkodę rodu; środkiem do celu nieważność aktów prawnych, za pośrednictwem których niedojrzały czy kobieta rozporządzaliby swym majątkiem między żyjącymi bez interpositio auctoritatis ze strony opiekuna, co później skonstruowane zostaje jako konsekwencja ograniczonej zdolności do działania D 26, 4, 1 pr. ob. Sohm wyd 16 str. 658 uw. 3. Jak się zdaje wynikać z Gaia II, 47 »Mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usu capi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent, idque ita lege XII tabularum cautum erat« — ograniczenie powyższe dotyczyło w owym czasie tylko res mancipii a nie dotyczyło pecuniae, a dopiero później rozciągnięte zostało na cały majątek, gdyż w przeciwnym wypadku nie możnaby zrozumieć dlaczego wspomniany cytat wyklucza zasiedzenie tylko przy res mancipi pozbytych bez interpositio auctoritatis ze strony tutora por. Sohm wyd. 16, str. 661 uw. 1. Powyższe ograniczenia osób sui iuris w interesie rodu miały jednak w ustawie XII tablic złagodzone ostrze skutkiem przyznania patri familias prawa do ustanowienia w rozporządzeniu ostatniej woli opiekuna dla osób pod jego władzą pozostających (uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto), a taka tutela dativa wyklucza opiekę rodową sprawowaną z mocy prawa przez najbliższego agnata. Już w tem tkwią zawiązki innego pojmowania opieki.

Bardzo znamienne są postanowienia dotyczące furiosos, (Tab. V 7 a). »Si furiosus escit, ast ei custos nec escit adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto«.

Dlaczego milczeniem zostaje tutaj pominięta familia (res mancipi), o której zachowanie przecież jako o część majątku rodowego w pierwszej linji ówczesne prawo troszczyć się powinno? Mojem zdaniem cura prodigi była instytucją znacznie starszą od tej normy prawnej, a pierwotnie zadaniem curatoris furiosi była piecza nad familia furiosi i o tem powyżej przytoczony fragment ustawy XII tablic całkiem nie wspomina jako o rzeczy niewątpliwej, ale obok tego wprowadza inowację, mianowicie przyznanie kuratorowi fu-

riosi władzy nad samym furiosus i nad jego pecunia, co jest również dowodem zmieniających się zapatrywań na zadania kuratora.

Tradycja ustawie XII tablic przypisuje interdykcję majątkową, tj. odjęcie marnotrawcom zarządu ich majątkiem (Tab. V 7 b): Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio (D 27, 10, 1). Lex XII tabularum prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum (Ulpianus Lib. reg. XII 2).

Na podstawie naszych dotychczasowych studjów nad ustawą XII tablic możemy na pewne przyjąć, że w tej formie powyższe postanowienie nie może być autentycznym tekstem XII tablic, gdyż pojęcie majątku jako całości (bona) jest tej ustawie obce i jest ono wytworem znacznie późniejszym, a bardzo znamiennem jest, że formuła interdykcji majątkowej, stosowana znacznie później, bo przez pretora, brzmi (wedle Paulusa Sententiae III 4 a, 7): »Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam re tibi (ea ?) re commercioque interdico«. Ustawa XII tablic zna tylko familiam et pecuniam, a wobec stanowiska, zajętego przez wspomnianą ustawę, wydaje nam się bardzo nieprawdopodobnem, aby w myśl tej ustawy interdykcja majątkowa stosowana była do pecunia marnotrawcy, choćby to nawet była odziedziczona po ojcu względnie dziadku (paterna avitaque)[1]; bardzo natomiast jest prawdopodobnem, że wedle ustawy XII tablic ród (gens) mógł względem marnotrawcy zastosować interdykcję tylko co do familia (tj. res mancipii), aby nie dopuścić do jej lekkomyślnego pozbycia, a temsamem do uszczuplenia majątku rodowego. Dopiero później, kiedy — jak zobaczymy — zatarła się różnica między familia a pecunia i powstało pojęcie majątku jako całości (bona), wtedy interdykcję majątkową marnotrawcy rozszerzono na cały majątek (tj. zarówno familia i pecunia); podobnie postąpiono z instytucją opieki nad impuberes et feminae, wymagając później interpositionis auctoritatis ze strony tutora nietylko przy pozbyciu familiae, lecz także przy pozbyciu lub obciążeniu jakiejkolwiek części składowej majątku.

Obok familia i pecunia ustawa XII tablic zna już wierzytel-

---

[1] Co do historji tej interdykcji por. Wróblewski: Zarys Wykładu t. I str. 295.

ności (C 3, 36, 6, C 2, 3, 26). Ani wierzytelności, ani odpowiadające im zobowiązania dłużników, wedle ustawy XII tablic, nie mogą być przenoszone przez czynności prawne między żyjącymi i dlatego kwestje, powyżej roztrząsane co do familia i pecunia, — w stosunku do wierzytelności i zobowiązań były nieaktualne.

O ile rozchodzi się o swobodę rozporządzania swym majątkiem na wypadek śmierci, to ustawa XII tablic robi zasadniczą różnicę między familia z jednej strony, a pecunia ze strony drugiej. Pater familias może swą pecunia rozporządzać zupełnie swobodnie w formie legatów czyli zapisów[1] (uti legassit super pecunia... suae rei, ita ius esto)[2]. Jeżeli ustawa XII tablic pomija milczeniem swobodę rozporządzania swą pecunia przez czynności prawne między żyjącymi, uważając tę sprawę jako zupełnie niewątpliwą, to uważa za potrzebne wyraźnie stwierdzić swobodę rozporządzenia swą pecunia na wypadek śmierci, co pozwala nam przypuszczać, że i tutaj mamy do czynienia z inowacją, mianowicie z nową koncesją prawodawcy na rzecz samodzielności patiis familias, polegającą na usunięciu dotychczas istniejących ograniczeń w rozporządzaniu swą pecunia.

W myśl powyżej przedstawionej swobody spadkodawca mógł swą pecunia zapisać zarówno swym heredes sui (ob. niżej), jak i obcym (extranei), ale — zwłaszcza w owych czasach — rozporządzenie swą pecunia na rzecz obcych należało do bardzo rzadkich wypadków; jeżeli zaś było kilku heredes sui, a pater familias swą pecunia im przeznaczał w drodze zapisu, to wówczas zapis ten przedstawiał się jako przeprowadzony przez spadkodawcę patrem familias podział pecuniae między haeredes sui. W tej formie zapis

---

[1] Legat ten jest identyczny z późniejszym legatum per vindicationem. Do jego sporządzenia nie była wówczas wymagana forma testamentu; nasza hipoteza co do ówczesnej formy legatu będzie przedstawiona niżej w związku z formą testamentu per aes et libram.

[2] Wbrew communis doctorum opinio należy podnieść, że w tekście przytoczone słowa przyznają swobodę czynienia zapisów a nie swobodę testowania (legare, nie zaś testare) i że ta swoboda czynienia zapisów dotyczy tylko pecunia, a nie familia. Jeżeli teorja późniejsza (Gaius II 224, Pomponius z D 50, 17, 120) słowa te wbrew ich oczywistemu brzmieniu pojmowała jako przyznanie swobody testowania, to mamy tutaj próbę oparcia późniejszego prawa i to prawa zwyczajowego na postanowieniach ustawy XII tablic (ob. niżej), przyczem co do Pomponiusa podnieść należy, że opiera się on na zmienionym nieautentycznym tekście XII tablic: »uti legassit suae rei, ita ius esto«.

pecuniae przypominał pojawiający się często w rozporządzeniach ostatniej woli, opartych na prawie greckiem (διαθηκη), podział majątku dokonany przez spadkodawcę między swe dzieci (ob. Rabel, Elterliche Teilung w Festschrift der 49 Versammlung der Philologen; Bonfante, Scritti giuridici varii, t. I [1916] str. 380—429).

Jeżeli spadkodawca nie rozporządził swą pecunia w drodze zapisu, to przypadała ona jego dziedzicom (heredes sui lub testamentarii)[1], jeżeli spadkodawca rozporządził częścią swej pecuniae w drodze zapisów, to dziedzicom przypadała pozostała reszta pecuniae. Jeżeli dziedziców nie było (tj. ani haeredes sui, ani heredes testamentarii), to znane nam fragmenty ustawy XII tablic zachowują w tej kwestji zupełne milczenie. Wykluczonem jest, aby w tym wypadku pecunia przypadała iure caduco najbliższemu agnatowi, czy też gentylom, tak jak to ustawa XII tablic wyraźnie postanawia co do familia, gdyż przy familia postanowienie takie jest pozostałością dawnej wspólnej własności rodowej, której przedmiotem była familia. a pecunia przeciwnie od początku istnienia swego (jako instytucji prawnej) była własnością indywidualną patris familias. Gdyby na tym punkcie ustawa XII tablic, wbrew dotychczasowemu stanowi prawnemu, zrównała pecuniam z familia, to niewątpliwie taka zasadnicza inowacja nie byłaby została pominięta milczeniem w ustawie XII tablic. Wobec tego nasuwa się nam jedno przypuszczenie, mianowicie, że pecunia w razie, jeżeli pater familias nie rozporządził nią w drodze zapisu, a zmarł nie pozostawiając dziedzica (ani haeredes sui, ani testamentarii), to pecunia taka stawała się res nullius i jako taka mogła być nabyta w drodze zasiedzenia[2] przez jakąkolwiek osobę mającą potrzebną zdolność prawną[3]. Instytucję podobną spotykamy i w innych pra-

---

[1] Wynika to z pojęcia dziedzica (heredis sui lub testamentarii) jako kontynuatora domu i familji.

[2] tj. usucapionis. Pomimo, że pecunia taka stanowiła rzecz niczyją, to jednak nie mogła w owym czasie być nabytą na własność w drodze zawłaszczenia (occupatio), albowiem zawłaszczenie, jako sposób nabycia własności, jest instytucją znacznie późniejszą od ustawy XII tablic, mianowicie wytworem jurysprudencji z końca republiki rzymskiej (ob. Costa Storia del diritto romano privato dalle origini, wyd. 2, str. 212, Turyn 1925).

[3] Ponieważ pecunia obejmowała tylko ruchomości, więc termin zasiedzenia był jednoroczny ob. Tab. VI 3 (Cicero Top. 4, 23). Nasza hipoteza co do pierwotnej usucapio pecuniae będzie uzasadniona poniżej w związku z losami spadku bezdziedzicznego i usucapio pro haerede przy testamencie per aes et libram.

wodawstwach na analogicznym stopniu rozwoju, np. w pierwotnych prawach słowiańskich; tam spadek, pozostawiony przez zmarłego, uważany był za res nullius i z tego powodu zwany był »puścizną« tj. rzeczą opuszczoną (derelicta) i jako taki był przedmiotem wolnej okupacji; dopiero późniejszy rozwój swobodę tę ogranicza (ob. Dąbkowski. Prawo prywatne polskie, t. I str. 49, t. II 12—16). Gdyby nasza hipoteza była trafną, to mielibyśmy tutaj zawiązek, z którego w prawie rzymskiem rozwinęła się późniejsza usucapio pro herede (lucrativa). gdy z rozwojem prawa zatarła się różnica między familia i pecunia i gdy te obydwie masy majątkowe stanowiły już tylko części składowe jednolitej masy spadkowej (hereditas). W każdym razie instytucja usucapionis pro herede w swej późniejszej formie (ob. Gaius II 52—58) nie mogła istnieć w ustawie XII tablic, gdyż opiera się ona na pojęciu masy spadkowej jako całości (hereditas), a pojęcie to jest jeszcze zupełnie obce ustawie XII tablic, znającej tylko familiam et pecuniam; ponadto w ustawie XII tablic usucapio familiae pro herede jest wykluczona wobec postanowień, przyznających familiam w braku dziedzica ipso iure najbliższemu agnatowi, ewentualnie gentylom tak, iż usucapio pro herede w ustawie XII tablic mogłaby mieć zastosowanie tylko do pecunia w braku zapisobierców (legatarjuszy) i w braku dziedziców. Okoliczność ta potwierdza naszą hipotezę.

Co do wierzytelności i odpowiadających im długów, to były one nieprzenośne, a z tego powodu spadkodawca nie mógł nimi rozporządzać tak, jak mógł rozporządzać swą pecunia; przechodziły one (tj. wierzytelności i długi) na dziedziców (heredes sui lub testamentarii); jeżeli było kilku współdziedziców, a przedmiot świadczenia był podzielny, to wierzytelność rozpadała się na tyle częściowych wierzytelności, ilu było dłużników. (C. 3, 36, 6 Gordianus: »Ea quae in nominibus sunt... ipso iure in portiones hereditarias ex lege XII tabularum divisa sunt«, ob. także C. 2, 3, 26, Dioklecjan)

Jeżeli czy to wierzyciel czy dłużnik nie miał dziedzica (heres suus lub testamentarius), to zobowiązanie gasło. Zgaśnięcie zobowiązania skutkiem śmierci dłużnika bez pozostawienia dziedziców wynika z pojęcia ówczesnego zobowiązania, które nie ciążyło na majątku (tak jak to było w późniejszem prawie greckiem ob. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, I, str. 232, 238 i n. 243, cyt. przez v. Woessa, Das römische Erbrecht, str. 266 uw. 3, tudzież ob. Bonfante, Scritti giur. varii, t. I (1916), str. 188 i nast.), lecz

było osobistym obowiązkiem dłużnika, popartym jego odpowiedzialnością osobistą, nie zaś majątkową. Dopiero pretor pozwala wierzycielom dochodzić swych wierzytelności na majątku spadkowym w razie, jeżeli dłużnik umarł bez pozostawienia dziedziców (ob. Riccobono w Archiv für Rechts- und Wirtschaftsgeschichte, t. XVI, zeszyt 4, str. 510 i n.)[1].

Co do familia, to dochowane fragmenty ustawy XII tablic nie dają żadnej odpowiedzi na pytanie, czy i w jakim zakresie prawo to uznawało swobodę rozporządzeń ostatniej woli w stosunku do res mancipii (familia), gdyż normują one tylko jeden wypadek, mianowicie śmierć patris familias bez pozostawienia testamentu i bez pozostawienia heredes suos. Wspomniany fragment operuje przytem pojęciami »heredes sui« i »testament« bez bliższego ich określenia. Zajmijmy się otóż najpierw pojęciem heredis sui. Samo pojęcie heredis sui musiało być w owym czasie ustalonem i niewątpliwem, jeżeli treść jego we wspomnianym fragmencie nie została bliżej określona. Nie ulega wątpliwości, że prawnicza konstrukcja heredis sui nie zmieniła się od tzw. ustawy XII tablic aż do epoki klasycznej prawa rzymskiego, tzn. przez heres suus należy rozumieć osobę alieni iuris, która bezpośrednio podlegała władzy spadkodawcy jako patris familias, a skutkiem śmierci patris familias staje się automatycznie ab intestato sui iuris i dziedzicem zmarłego jako nowy pater tejże familias. Natomiast nasuwają się wątpliwości, czy wśród heredes sui kobiety były równouprawnione na równi z mężczyznami, w szczególności, czy wogóle mogły być heredis sui, a jeśli tak było, czy dziedziczyły dopiero w braku heredes sui płci męskiej, czy też na równi z mężczyznami. Wspomniany fragment XII tablic i tę kwestję pomija milczeniem. Ogólnie przyjęte jest zapatrywanie, że wedle dochowanego fragmentu, podobnie jak w późniejszem prawie spadkowem, kobiety były równouprawnione z mężczyznami[2]. Przy bliższem zbadaniu

---

[1] Zmiana ta pozostaje w związku z wprowadzeniem przez pretora egzekucji na majątek, tudzież z przyznaniem w drodze restitutionis in integrum actionum fictitiarum wierzycielom tej osoby, która uległa capitis deminutioni.

[2] Z powyższych jedynie Rabel, chociaż przychyla się do tego zapatrywania, to jednak wyraża się z pewną rezerwą »anscheinend« (w Holtzendorfa Enzyklopädie t. I wyd. 7, str. 572). Z dawniejszych romanistów jedynie Hugo w Ziv. Magazin 2, 98 i Griesinger Geschichte und neue Theorie der Suität 1807 utrzymywali, że ustawa XII tablic dotyczyła

pogląd ten musi się wydać co najmniej wątpliwy. Przeciwko równouprawnieniu mężczyzn i kobiet wśród heredes sui przemawiają następujące względy:

a) interes rodu, którego organizacja w owych czasach była jeszcze bardzo silna — jak na to wskazują wyżej przedstawione instytucje np. opieka nad niedojrzałymi, nad kobietami, kuratela nad osobami umysłowo chorymi, nad marnotrawcami. Interesem rodu podyktowane było ograniczenie w rozporządzaniu »familią« (res mancipi) na wypadek śmierci. Wszystkie te instytucje podyktowane były dążnością zachowania dla rodu nieuszczuplonej jego »familia«. Tymczasem dziedziczenie kobiet w charakterze heredes sui na równi z mężczyznami (zwłaszcza przy istniejących jeszcze wówczas ograniczeniach w rozporządzaniu »familią« na wypadek śmierci) musiałoby doprowadzić do tego, żeby części tej familiae skutkiem małżeństw kobiet sui iuris wychodziły z rodu)[1]. Jeżeli z powyższych względów u wszystkich narodów na tym stopniu rozwoju kobiety w prawie dziedziczenia nie były równouprawnione z mężczyznami[2], to wprost jest wykluczonem, aby było inaczej w prawie rzymskiem; może być tylko wątpliwem, czy to upośle-

---

tylko suos nie suas, ale ich wystąpienie przeszło bez echa (ob. von Woess, Das römische Erbrecht, str. 65 uw. 2).

[1] Małżeństwo kobiety sui iuris (a zatem już sieroty), nie mogło być rzadkością wobec częstych wojen w owym czasie przez Rzym prowadzonych, skutkiem których pater familias często przedwcześnie w walce ginął. Zwyczaj nieprzyjmowania nowonarodzonych córek do rodziny (repudiare, negare liberum) gdyby nawet istniał, to jednak nie mógłby usunąć przedstawionego w tekście niebezpieczeństwa dla interesów rodowych. Tymczasem faktem jest, że nieruchomości, stanowiące najważniejszą część składową »familiae« (rerum mancipi), pozostawały jeszcze później w Rzymie przez bardzo długie lata w rękach jednego rodu, od niego były nazywane (fundus Cornelii, fundus Sempronii etc.), a nawet w razie przejścia do innego rodu zachowywały w swej nowej nazwie ślad dawnej przynależności (fundus Cornelianus = fundus olim Cornelii), (ob. Cuq, Institutions juridiques des Romains wyd. 1, t. I str. 504, t. II str. 190, oraz Fronto de diff. 520 cyt. u Cuq'a I str. 85 uw. 2). Gdyby kobiety jako haeredes sui były równouprawnione z mężczyznami i to w okresie, kiedy ograniczoną była swoboda rozporządzeń ostatniej woli, dotyczących res mancipii (familia), toby takie długotrwałe pozostawanie nieruchomości w jednym rodzie było niemożliwem.

[2] Co do upośledzenia kobiet w porównaniu z mężczyznami w prawie greckiem a nawet w późniejszem prawie hellenistycznem (księga prawna rzymsko-syryjska) ob. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, str. 65 i nast., str. 350.

dzenie kobiet usuniętem zostało dopiero później po tzw. ustawie XII tablic, czy też przeciwnie już w ustawie XII tablic jest to usunięcie faktem dokonanym. Badając dostępne nam źródła z tego punktu widzenia, spostrzeżemy, że gdyby tzw. ustawa XII tablic znała równouprawnienie kobiet z mężczyznami jako heredes sui, to byłaby to z pewnością instytucja nowa i dlatego to równouprawnienie byłoby, pomimo lapidarnej stylizacji XII tablic, wyraźnie podkreślone, a gdyby świeżo zostało wprowadzonem to nie mogłoby zostać pominięte milczeniem jako zasada ustalona od dawna i niesporna, jak to widzieliśmy już na dotychczasowych przykładach. Ponadto zasada równouprawnienia kobiet z mężczyznami w dziedzinie prawa prywatnego dopiero znacznie później poczęła sobie zdobywać uznanie; jeżeli się przegląda restytucję edyktu pretorskiego, muszą uderzać nas pleonastyczne dla naszego ucha podkreślenia, że pewien ustęp dotyczy zarówno mężczyzn jak kobiet, np. de capite minutis[1], de servo corrupto[2], de bonis libertorum (tamże punkt 150) si suus heres erit (tamże p 209, 210). Charakterystycznem jest, iż Ulpian D 50, 16, 1 libro primo ad edictum uważa za stosowne wyraźnie zaznaczyć »Verbum hoc »si quis« tam masculos, quam feminas complectitur«. A zatem w III wieku po Chr. nie wydaje mu się pleonazmem wyraźne podkreślenie równouprawnienia kobiet z mężczyznami w dziedzinie prawa prywatnego jako reguły interpretacyjnej mającej zastosowanie o tyle, o ile wyjątkowy przepis czegoś przeciwnego nie postanawia. Dla pretorów w chwili redakcji dotyczących ustępów edyktu nawet taka ostrożna stylizacja, jak Ulpiana, wydawała się niebezpieczną i dlatego pretorowie woleli w każdym ustępie przy zachodzącej wątpliwości zaznaczyć, że dotyczy on zarówno kobiet jak mężczyzn. Wśród przytoczonych przez nas ustępów edyktu pretorskiego dwa mianowicie »de bonis libertorum« i »si suus heres erit« dotyczą prawa spadkowego, co pozwala przypuszczać, że w chwili redakcji tych postanowień, równouprawnienie kobiet z mężczyznami w dziedzinie prawa spadkowego było zasadą jeszcze nieustaloną i dlatego potrzebującą wyraźnego potwierdzenia przy poszczególnych kwestjach. Zwłaszcza na uwagę zasługuje wyżej wspomniany ustęp edyktu »si suus heres erit«. Ustęp ten do-

[1] ob. rekonstrukcję u Girarda (w Textes du droit romain) p. 42.
[2] ob. tamże, p. 63.

tyczy beneficium abstinendi istniejącego już za czasów republiki [1], a w tej postaci, którą otrzymał w redakcji Juliana [2], podkreśla silnie, że beneficium to przyznane zostaje heredi suo zarówno płci męskiej jak i żeńskiej, co wygląda na walkę pretora z upiorem dawnego prawa, odmawiającego równouprawnienia kobiecie jako heredi suo. Jeżeli się uwzględni, że koniec republiki jest okresem rozkładu dawnego ustroju rodowego, z którego odtąd pozostają tylko przeżytki, obchodzone przez praktykę, np. tutela legitima mulierum, to stanie się dla nas prawdopodobnem, że w takiej sytuacji pretor w swym edykcie starał się usunąć upośledzenie kobiety jako heredis sui istniejące w prawie cywilnem [3]. Istotnie zrównanie kobiet z mężczyznami jako heredes suos przy dziedziczeniu ab intestato spotykamy napewno dopiero w pretorskiem prawie dziedziczenia, mianowicie w ustępie »unde liberi«. Bardzo znamiennem jest, że pierwotnie pretor w edykcie »si de hereditate ambigitur« [4] bonorum possessionem przyrzekał jedynie heredibus extraneis (nie zaś suis), a przyrzekał ją, oczywiście dopiero w braku heredis sui, dziedzicowi testamentowemu. W braku dziedziców testamentowych, będących heredes extranei, bonorum possessionis mogli się od pretora domagać dziedzice ab intestato wedle prawa cywilnego (unde legitimi) z wykluczeniem heredes sui. Dopiero później w albumie pretorskim w związku z innemi zmianami odpadły słowa »si de hereditate ambigitur« (ob. Lenel, Edictum perpetuum, str. 336), a obok tego stworzoną została przez pretora nowa kategorja osób »liberi«, którym pretor przyrzekał udzielenie bonorum possessionis jeszcze przed heredes legitimi. Powszechnie tłumaczy się zmianę powyższą tą okolicznością, że pierwotnie stanowisko heredum suo-

[1] ob. Cicero, Philipp II, 16, 44 in fine »... cum ipse haereditatem patris non adiisses« (cyt. u Cuq'a Instititions jur. wyd. 1, t. II, str. 632, uw. 6).

[2] Lenel, Edictum perpetuum, str. 403, 404.

[3] Jeszcze u Gaia spotykamy przy testamencie kobiet postanowienia, które przedstawiają się jako widoczne uprzywilejowanie męskich agnatów, celem utrzymania majątku w rodzie (II 118—122). Dalszem tego rodzaju uprzywilejowaniem była lex Voconia (Gaius II 274). Wreszcie dziedziczenie agnatów bocznych płci żeńskiej ograniczone było tylko do sióstr spadkodawcy (ob. Paulus, Sententiae IV, 8, § 20 [22]). Wszystkie te ograniczenia dadzą się zrozumieć jako przeżytki dawnego, znacznie dalej sięgającego upośledzenia kobiet w prawie spadkowem, które się utrzymały pomimo rozkładu organizacji rodowej (ob. niżej).

[4] Tekst tego edyktu przytoczony przez Lenela (Edictum perpetuum, str. 336), za Ciceronem in Verr. II[1] c. 45 § 117).

rum jako członków tej samej familia dawało im nie zakwestjonowane prawo spadkowe, wobec którego zbytecznem było przyznanie im przez pretora bonorum possessionis; natomiast gdy rozwinęła się swoboda testowania przez uznanie testamentu per aes et libram i gdy nadto pretor przyznał heredibus suis beneficium abstinendi, przynależność do familia spadkodawcy przestała być tak pewnem kryterjum prawa dziedziczenia i dlatego pretor uznał za wskazane także i tym dziedzicom przyrzec w swym edykcie przyznanie bonorum possessionis (ob. zamiast wszystkich Sohm, wyd. 16, str. 697 uw. 8). Zastanowić jednak nas musi, że pretor bonorum possessionem przyrzeka nie heredibus suis lecz »liberis«. Być może, że pretor skorzystał ze sposobności, aby powołać do spadku także syna emancypowanego, który skutkiem emancypacji już przestał być heres suus, a tem samem pretor uwzględnił zasady kognacji przy dziedziczeniu obok agnacji. Obok tych czynników mógł istnieć dla pretora jeszcze jeden bardzo ważny powód, mianowicie powołanie w tej klasie kobiet na równi z mężczyznami wbrew upośledzeniu kobiet jako heredes sui, istniejącemu w dotychczasowem prawie cywilnem, a to tembardziej, że wprowadzenie edyktu »unde liberi« przypada na czasy po Cyceronie, zatem na czasy rozkładu ustroju rodowego. Byłoby to więc zrównanie w prawie pretorskiem kobiet upośledzonych przez prawo cywilne jako heredes suos. Za przypuszczeniem, że zrównanie kobiet z mężczyznami jako heredes suos pochodzi od pretora, przemawia i ta okoliczność, że prawo pretorskie hołdowało zasadzie równouprawnienia kobiet z mężczyznami w dziedzinie prawa familijnego i z tego powodu nie wymagało auctoritatis tutoris do ważności czynności prawnych nie opartych na ius civile (ob. Wróblewski, Zarys wykładów, I, str. 293). To tłomaczyłoby nam z łatwością odrzucenie pojęcia heredes sui przez pretora i posługiwanie się w jego miejsce pojęciem »liberi«. Wbrew dążności prawa rzymskiego, aby nawiązywać do pojęć już istniejących, sama chęć uwzględnienia syna emancypowanego takiej innowacji usprawiedliwić nie zdoła, gdyż — gdyby rozchodziło się o samego syna emancypowanego — pretor mógłby go uwzględnić przy pomocy jakiejś fikcji. Na podstawie powyższych okoliczności wydaje się wielce prawdopodobnem, że kobiety jako heredes sui zostały zrównane z mężczyznami dopiero przez pretora w ustępie edyktu »unde liberi«. Tradycja rzymska, odnosząca to równouprawnienie do cza-

sów dawniejszych, jest taksamo błędną, jak błędna jest tradycja historyczna rzymska przenosząca wiele zdarzeń historycznych wstecz o parę wieków (ob. Pais, Storia critica di Roma)[1] [2].

Stwierdziwszy upośledzenie kobiet w dawnem prawie spadkowem rzymskiem wogóle, a w szczególności także ich upośledzenie jako heredes sui, musimy zapytać, na czem to upośledzenie polegało. Tutaj możemy się posługiwać tylko hipotezami; najprawdopodobniejszą jest hipoteza, że kobiety wedle ustawy XII tablic nie mogły być heredes sui, a to wykluczenie od prawa dziedziczenia było zrównoważone przez swobodę patris familias w rozporządzaniu swą pecunia za pośrednictwem legatów. Za hipotezą powyższą przemawia ta okoliczność, że tego rodzaju upośledzenie kobiet pojawia się w innych prawach szczepów indoeuropejskich na tym samym stopniu rozwoju i to zarówno w świecie starożytnym jak nowożytnym[3]. Za hipotezą tą przemawia cały szereg

[1] Stanowisko kobiet przy tzw. formalnym systemie dziedziczenia koniecznego i przy bonorum posessio contra tabulas udzielonej przez pretora liberis, — przedstawię poniżej.

[2] Przeciwko poglądowi przedstawionemu w tekście przemawia C. VI 58, c. 14 pr. 15 pr., c. ale te świadectwa z czasów Justyniana należy brać z wielką ostrożnością (co do wiarygodności Justyniana por. von Woess, Das römische Erbrecht, str. 152, 153) i nie mogą one zachwiać argumentów, rozwiniętych w tekście. Taksamo, jak opinja Justyniana, nie mogą stanowić dowodu i Receptae sententiae Paula (4, 8 § 20 [22]) nie będąc autentycznem dziełem Paula, lecz wyciągiem z jego dzieł sporządzonym w IV w. po Chr. w chwili zupełnego upadku klasycznej nauki prawa i w okresie zupełnej nieznajomości tego prawa.

[3] Co do prawa greckiego ob. von Woess, Röm. Erbrecht, str. 65—120, Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht str. 63 i n., str. 350, Bauchet, Droit privè de la republique athen. t. III str. 457 i nast.; co do prawa polskiego ob. Dąbkowski, Prawo prywatne polskie t. I str. 388, t. II str. 17—27; co do prawa prywatnego niem. ob. Hübner, Deutsches Privatrecht i Brunner w Holtzendorfa Enzyklopädie wyd. 7, t. I str. 147—149. Kobieta, pierwotnie pozbawiona prawa dziedziczenia, ma jedynie prawo do wyposazenia ewentualnie zaopatrzenia na wypadek staropanieństwa. Dopiero stopniowo prawo to się rozszerza i przekształca w prawo dziedziczenia na równi z mężczyznami. To stadjum przejściowe przedstawia oczywiście wielką rozmaitość u poszczególnych narodów. W Europie nowozytnej dopiero ideje wieku oświecenia, przypadając na chwilę rozkładu stanów, dają kobiecie prawo dziedziczenia na równi z mężczyznami. W Austrji np. projekt kodeksu cywilnego, zwany kodeksem Terezjańskim, ukończony w r. 1766, przyznawał kobietom tylko prawo do wyposażenia, którego wysokość starał się oznaczyć cyfrowo zależnie od stanu (hrabiowskiego, baronowskiego, rycerskiego i t. d.); dopiero projekt Hortena proponuje dla kobiety prawo dziedziczenia na równi z mężczyznami, a równouprawnienie to staje się ustawą dopiero

okoliczności. Gdyby kobiety mogły być heredes sui, to pozostała wdowa, będąca za życia in manu męża (a zatem będąca filiae familias loco), w braku dzieci zabierałaby jako heres suus cały majątek zmarłego patris familias; ówczesne prawo nie dopuściłoby napewno do konsekwencyj, które mogły być wprost groźne dla interesów rodu i które tylko w drobnej mierze mogły być złagodzone przez tutela legitima mulierum, a to tembardziej, że już wedle ustawy XII tablic (T. V, 6, ob. Gaius 1, 155) opieka rodowa agnatów mogła być wykluczoną przez opiekę, ustanowioną w rozporządzeniu ostatniej woli zmarłego patris familias, a taka opieka nie zawsze dawała agnatom dostateczne gwarancje. Ponadto zwrócić należy uwagę na język; mianowicie udział w spadku, przypadający każdemu z dzieci, dziedziczącemu jako coheres suus, nazywał się portio virilis już w owych czasach, kiedy kobiety jako heredes sui dziedziczyły ab intestato na równi z mężczyznami (ob. np. Gaius II 124). Nazwa ta pozostaje w owym czasie w jaskrawej sprzeczności z istotą oznaczonej przez nią rzeczy, a jeżeli się zważy ścisłość, z jaką prawo rzymskie i Rzymianie w praktyce prawnej starali się sformułować tekst ustaw czy treść czynności prawnych, to wykluczonem jest, aby taka sprzeczność mogła istnieć od początku; przeciwnie, musimy przyjąć, że pierwotnie heres suus czy coheres suus mógł być tylko mężczyzna i dlatego przypadający nań udział spadku nazywał się portio virilis tj. częścią przypadającą jednemu mężczyźnie [1].

Nasza hipoteza tłomaczy nam również ograniczenie prawa spadkowego kobiet przy dziedziczeniu ab intestato ex iure civili (ob. Gaius III 14, Paulus Sent. IV, 8 § 20 [22]), mianowicie wykluczenie od tego prawa kobiet »ultra consanguineas«. W źródłach

---

w kodeksie zachodnio-galicyjskim (wprowadzonym w życie w r. 1797 najpierw w Galicji Zachodniej, potem w Galicji Wschodniej) oraz w powszechnym kodeksie cywilnym austrjackim z r. 1811. W Cesarstwie rosyjskiem aż do r. 1912 prawo przyznawało córkom dziedziczącym ab intestato obok synów tylko po $^1/_{14}$ części majątku nieruchomego a po $^1/_8$ części majątku ruchomego. Zrównanie córek z synami nastąpiło dopiero na podstawie nstawy z 11/5 1922 poz. 358 D. U. R. P., uzupełnionej następnie nowelą z 18/5 1922. Przy dziedziczeniu w linjach bocznych dziś jeszcze majątek nierodowy (tzw. nabyty) przechodzi wyłącznie na krewnych po ojcu, majątek rodowy wraca do tej rodziny, od której przeszedł na spadkodawcę.

[1] W nowoczęsnym języku prawniczym mówi się w analogicznym wypadku o podziale spadku »wedle głów«.

nie znajdujemy żadnej podstawy do oznaczenia, kiedy tego rodzaju ograniczenie wprowadzone zostało; natomiast wedle naszej hipotezy byłoby ono tylko pozostałością dawniejszego całkowitego wykluczenia kobiet od dziedziczenia ab intestato. Na tej podstawie moglibyśmy w przybliżeniu oznaczyć tę epokę, w której prawo dziedziczenia ab intestato ex iure civili przyznane zostało kobietom, będącym agnatami bocznemi; prawo dziedziczenia kobiet, będących heredes sui jest prawdopodobnie wcześniejsze (ob. niżej).

Dalszym argumentem, przemawiającym za naszą hipotezą, są postanowienia legis Voconiae z r. 169 przed Chr. zabraniające obywatelom I klasy (100,000 asów census) powoływać kobiety na dziedziców (ob. Gaius II, 274). Postanowienia tej ustawy są wprost niezrozumiałe na tle powszechnie przyjętego lecz mojem zdaniem całkiem błędnego poglądu, że w chwili wydania tej ustawy kobiety ab intestato dziedziczyły na równi z mężczyznami. Skutkiem tego w nauce prawa rzymskiego przyjmowano albo, że równocześnie lex Voconia odjęła kobietom i prawo dziedziczenia ab intestato [1], albo, że lex Voconia wyzyskiwała opinję publiczną, pojmującą sporządzenie testamentu jako pierwszorzędny obowiązek moralny rzymskiego patris familias, a śmierć bez testamentu jako śmierć niehonorową [2]. Pogląd pierwszy został odrzucony z tego powodu, że źródła nie dawały najmniejszej podstawy do takiego przypuszczenia. Pogląd drugi nie liczy się z tą okolicznością, że opinja publiczna może się zmienić pod naciskiem pewnych nowych potrzeb, a zatem gdyby prawo dziedziczenia kobiet było powszechnie uznawane jako potrzebne i pożądane, to opinja publiczna przestałaby uważać za rzecz niehonorową niesporządzenie testamentu w tym celu, aby pozostawić kobietom ich prawo dziedziczenia ab intestato. W dodatku postanowienia o konieczności wydziedziczenia córek przynajmniej inter ceteros pozwalałyby bardzo łatwo zachować dla córki jej prawo dziedziczenia ab intestato nawet przy pozostawieniu ważnego testamentu. Natomiast nasza hipoteza, że kobiety w chwili wydania legis Voconiae nie miały prawa dziedziczenia nawet w linji prostej zstępnej jako heredes sui (a tem bardziej w linjach bocznych), pozwala nam z łatwością zrozumieć

[1] ob. Bachofen, Die lex Voconia und die mit ihr zusammenhängenden Rechtsinstitute 1843, cyt. przez v. Woessa, Das römische Erbrecht, str. 76 uw. 50.

[2] von Woess, Das römische Erbrecht, str. 76 i nast.

tę ustawę. W chwili wydania tej ustawy uznany był już testament per aes et libram, który dawał spadkodawcy swobodę rozporządzeń ostatniej woli, dawniejszemu prawu nieznaną (ob. niżej). Spadkodawcy korzystali z tego, aby ustanawiać dziedzicami kobiety (najczęściej swe córki w braku synów lub wnuków) które nie dziedziczyłyby ab intestato. Lex Voconia stara się temu zapobiec w interesie silnych jeszcze wówczas związków rodowych. Lex Voconia nie zmieniła jednak dawniejszego prawa, które pozwalało kobietom pozostawiać legaty, a tylko zmieniło postanowienia poprzedniej legis Furiae codo maksymalnej wysokości tych legatów pozwalając legatarjuszowi nabyć tytułem legatu nie więcej niż dostają dziedzice (Gaius II, § 226). W ten sposób stają się zrozumiałe dla nas ustępy źródłowe, wskazujące, że lex Voconia zwracała się w pierwszej linji przeciwko dziedziczeniu córek[1] oraz biadania Cycerona, że córce swej nie może pozostawić całego majątku[2].

Postanowienia legis Voconiae stały się powodem, że w praktyce pojawia się tzw. legatum partitionis[3]; uderzającem bowiem jest, że w największej ilości wypadków takiego legatum partitionis legatarjuszem jest kobieta[4]. Tu jednak codo maksymalnej wysokości legatów, zakreślonej w tej ustawie nasuwają się nam jeszcze wątpliwości; mianowicie wedle Gaia poszczególny legatarjusz nie mógł mieć legatu przewyższającego wartość tego, co wszystkim dziedzicom ze spadku pozostaje. Natomiast inne źródła wyrażają się tak, jak gdyby kobietom (a one wchodziły w rachubę jako

[1] Ustępy te są następujące: (cyt. wedle v. Woessa Rom. Erbrecht str. 70 uw. 30) Gai II 226, 274, Cicero in Verrem secunda I 41—44, (§ 104—114), Cicero de senectute 5 § 14; de finibus bonı et malı 17 § 55; de republica 3, 10 § 17; pro Balbo 8 § 21, Ps. Asconius do Cicerona in Verrem secunda 1, 41 § 106 v. cum intelligam legem Voconiam, Livius epit. lib. 41 (sam tekst zaginął), Dio Cassius, hist. rom. 56, 10, Plinius paneg § 42, Augustinus de civitate Dei 3, 20, Gellius noctes atticae 6 (7) 13; 17, 61; 20, 1, 23. Paulus Sent. 4, 8 § 20 (22) mos. et rom. legum coll. 16, 3 § 20 I. 20, 22 p. oraz do tego parafraza grecka Theophila. Quintilianus inst. or. 9, 2, 73, 74. Zdaniem v. Woessa nie dotyczy legis Voconiae przypisywana Quintylianowi 264-ta z pomiędzy tzw. declamationes minores.

[2] De rep. 3, 10, § 17 in Verrem sec. 1, 44 § 112 (cyt. v. Woessa Röm. Erbrecht, str. 88 uw. 1).

[3] ob. Cuq, Institutions juridiques des Romain, wyd. 1, t. I, str. 353, 354. U Ulpiana XXIV, 25 zachowała się formuła tego legatu »Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividito«.

[4] ob. ustępy cytowane praez Cuq'a, tamże, t. I, str. 554 uw. 4.

legatarjusze) można było pozostawić tylko połowę wartości spadku, druga połowa musiałaby pozostać dla dziedziców[1]. Kwestję tę na razie pozostawiam na boku.

Wydaje się również, że postanowienia nakazujące córki albo wydziedziczyć albo ustanowić dziedzicami dadzą się żadną jedynie wytłomaczyć przez naszą hipotezę o wykluczeniu kobiet od dziedziczenia ab intestato jako heredes sui. Jeżeli się jednak bliżej tym postanowieniom przyjrzymy (Gaius II, 124), to zobaczymy, że pochodzą one z dwóch różnych okresów, a nawet wcześniejszy z tych przepisów musi być późniejszy od lex Voconia, bo wskazuje na jej przeżycie się. Pierwszy z tych przepisów córkom, pominiętym w testamencie[2] przy ustanowieniu w testamencie dziedzicem extraneusa, przyznaje razem tylko połowę spadku; drugi przepis córkom, pominiętym w testamencie przy ustanowieniu w testamencie dziedzicami synów, przyznaje portionem virilem tj. części równe z synami. Nierównomierność traktowania córek w obu tych wypadkach rzuca się w oczy; gdy nie dziedziczą synowie, gdy zatem cały spadek powinienby przypaść córkom, tam otrzymują one razem tylko połowę spadku, zatem każda z córek tylko połowę udziału przypadającego na nią, jako na dziedzica ab intestato; natomiast gdy dziedziczą na mocy testamentu synowie, a zatem bliżsi testatorowi i gdy uprzywilejowanie synów w stosunku do córek przy dziedziczeniu testamentowem odpowiadało obyczajom rzymskim jeszcze w epoce klasycznej[3] córce przypada pełna portio virilis, taka jak synowi. Wytłomaczyć nam tę sprzeczność może tylko nasza hipoteza, że pierwotnie córki były wykluczone od dziedziczenia ab intestato jako heredes sui, a lex Voconia zabroniła powoływać je do dziedziczenia w testamencie. Kiedy ze zmianą stosunków poczęły się zmieniać poglądy na kwestję dziedziczenia przez kobiety, spróbowano pominiętym córkom przyjść z pomocą w wypadku najbardziej rażącym tj w razie pominięcia ich przy ustanowieniu w testamencie dziedzicem extraneusa; ale pierwszy ten krok był nieśmiały i dlatego zadowolono się przyznaniem pominiętym córkom tylko połowy spadku, załatwiono zatem sprawę

---

[1] ob. von Woess, Röm. Erbrecht, str. 71, 72 zwłaszcza Gai II 226 Quintilian (?) decl. minores 264, por. wyżej uwagi o legatum partitionis

[2] tj. nie wydziedziczonym inter ceteros.

[3] ob. zamiast wszystkich von Woess, Das römische Erbrecht, str. 65—120

kompromisowo[1]. Niebawem zrobiono krok dalszy; postanowiono przyjść z pomocą córkom pominiętym także i wtedy, gdy ustanowieni dziedzicami w testamencie byli synowie lub wnukowie zmarłego, a ponieważ tymczasem opinja oswoiła się z przyznaniem kobietom prawa dziedziczenia, więc pomoc w tym wypadku była śmiałą i konsekwentną na stanowisku równouprawnienia kobiet z mężczyznami jako heredes sui. Ta okoliczność wskazuje, że to ostatnie prawidło musi być mniejwięcej współczesne powstaniu edyktu pretorskiego »unde liberi«. W ten sposób powstała jednak rażąca nierównomierność, którą złagodził dopiero nowy edykt pretorski, udzielający bonorum possessionem contra tabulas dzieciom zmarłego pominiętym (tj. formalnie nie wydziedziczonym w testamencie)[2]. Na zwyczaj zaopatrywania córek legatami wskazuje postanowienie, że osoby domagające się pretorskiej bonorum possessionis z powodu pominięcia ich w testamencie, nie mogą kumulować legatu, przyznanego im w testamencie, z bonorum possessio przypadającej im portionis virilis, lecz muszą między temi alternatywami wybierać (ob. Zoll-Lisowski, Rzymskie prawo pryw. T. V, str. 96, Gai II, 132, por. także Ulp. reg. 22, 21).

Nasuwa się pytanie, w jaki sposób ta reforma została przeprowadzona. Oczywiście i tutaj skazani jesteśmy na hipotezy; najprawdopodobniejszą wydaje mi się następująca: Testator — jak wiadomo — w testamencie per aes et libram musiał swych heredes suos albo ustanowić dziedzicami albo ich wydziedziczyć; pominięcie pociągało za sobą nieważność testamentu. Pierwotnie,

---

[1] To postanowienie musi być bezwarunkowo późniejsze od lex Voconia, bo gdyby już obowrązywało w chwili wydania legis Voconiae, musiałoby przez nią zostać uchylonem jako ubezwładniające tę ustawę.

[2] Dopiero później za Antonina zrobiono krok wstecz, postanawiając, że kobieta, uzyskując jako heres suus z powodu swego pominięcia w testamencie bonorum possessionem, nie może uzyskać więcej niż jej przypada wedle prawa cywilnego (Gaius II 126). Ta okoliczność dowodzi mojem zdaniem, że zasada równouprawnienia kobiet z mężczyznami jako heredes sui, w prawie rzymskiem się nie przyjęła, pomimo przeprowadzenia jej w prawie pretorskiem, a uznania jej przez prawo cywilne. Dalszych dowodów dostarcza nam praktyka sądu centumwiralnego z powodu querela inofficiosi testamenti, która w zasadzie oddalała córkę już odpowiednio wyposażoną, a zupełnie inaczej traktowała querelam inofficiosi testamenti synów lub wnuków. Również w testamentach wydziedziczano zazwyczaj córki, pozostawiając im legaty, o ile już nie otrzymały wcześniej posagu, ob. von Woess, Das romische Erbrecht str. 84 i nast.

nawet o ile rozchodziło się o synów, wystarczała exheredatio inter ceteros (ob. von Woess, Das romische Erbrecht, str. 153, 173); później dopiero mniejwięcej za czasów Cycerona, praktyka sądu centumwiralnego poczęła wymagać wydziedziczenia imiennego, uważając wydziedziczenie inter ceteros za dostateczne tylko co do innych heredes suos, tj. wnuków po zmarłych lub emancypowanych synach itd Jak długo kobiety były wykluczone od prawa dziedziczenia jako heredes sui, wspomniane wydziedziczenie inter ceteros nie odnosiło się oczywiście całkiem do córek testatora. Kiedy jednak opinja publiczna została już nastrojona na tę nutę że niesłusznem jest wykluczenie kobiet od prawa w charakterze heredes sui, i kiedy prawnicy rzymscy i sądy, mianowicie sąd centumwiralny starali tej dążności iść na rękę, poczęto rozumować, że tem wydziedziczeniem inter ceteros objęte są także córki i że takie wydziedziczenie córek jest konieczne z tego powodu, że one są heredes sui ab intestato tak samo jak synowie, pozostający pod władzą spadkodawcy. W ten sposób przez praktykę wprowadzoną została nieznacznie nowa zasada do prawa cywilnego [1], a sądowi centumwiralnemu tego rodzaju konstrukcja prawnicza pozwalała przyjść z pomocą córce wówczas, gdy córka nie została zaopatrzoną w testamencie odpowiednim legatem, a testator tej klauzuli »ceteri exheredes sunto« nie umieścił w testamencie dlatego, że ona wedle prawa dotychczasowego była zbyteczna np. dlatego, że z synów jednych ustanowił dziedzicami, a drugich wydziedziczył nominatim [2]. Ci jednak, którzy sami w ten sposób dali kobietom

[1] Wobec tego staje się zrozumiałem, że Justynian w C. 6, 58 c. 14 pr. i c. 15 pr., tudzież Sententiae Paula, IV, 8, § 20 (22) a nawet Gaius III 2—4 równouprawnienie kobiet z mężczyznami w prawie spadkowem cofają aż do XII tablic. Postąpienie tak samowolne, jak zostało przedstawione w tekście, nie będzie się wydawało niemożliwem, a nawet wydawać się będzie prawdopodobnem, jeżeli zważymy, że sąd centumwiralny, czując się wyrazem poważnej opinji publicznej, w sprawach spadkowych postępował z wielką swobodą i że przy jego współdziałaniu, bez żadnego aktu ustawodawczego, powstała querela inofficiosi testamenti, krępująca dotychczasową swobodę patris familias przy sporządzaniu testamentu.

[2] Tego rodzaju niespodzianki, zgotowane testatorom przez praktykę sądu centumwiralnego, następnie podobna niespodzianka, polegająca na tem, że sąd centumwiralny — mniej więcej za czasów Cycerona — począł do ważności testamentu wymagać wydziedziczenia syna nominatim, kiedy poprzednio wystarczało wydziedziczenie inter ceteros itd. — były prawdopodobnie powodem, że później tę klauzulę »ceteri exheredes

stanowisko prawne heredum suorum, nie brali tego poważnie i nie wyciągali stąd konsekwencji, którąby być musiało uznanie całego testamentu za nieważny z powodu pominięcia w nim córki jako heredes sui, gdyż taka pominięta a niewydziedziczona córka stając się automatycznie dziedzicem przez śmierć spadkodawcy, jako jego heres suus, musiałaby tem samem wykluczyć dziedziców testamentowych (nie będących równocześnie heredes sui) tak jak wykluczał syn, pominięty w testamencie przez testatora. Tymczasem — jakto widzieliśmy — praktyka sądu centumwiralnego uważała testament taki za ważny, a tylko obok dziedziców testamentowych dopuszczała pominięte przez testatora córki. To dopuszczenie dziedziców ab intestato obok dziedziców testamentowych przedstawia się jako wyjątek od starorzymskiej zasady: »nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest«, a bardzo być może, że takie rozwiązanie konfliktu przypisać należy wpływom prawa greckiego, dopuszczającym bez skrupułów osoby dziedziczące z ustawy obok osób, opierających swe prawa do spadku na rozporządzeniu ostatniej woli[1].

Pierwszy wyłom w postanowieniach legis Voconiae stworzyła lex Papia Poppaea z r. 9 po Chr. stwarzająca wyjątek na korzyść pewnej kategorji mężatek (ob. von Woess, Röm. Erbrecht, str. 80), a po zrównaniu kobiet z mężczyznami przy dziedziczeniu ab intestato (ob. wyżej) straciła lex Voconia siłą rzeczy wszelkie znaczenie.

Widzimy zatem, że analiza późniejszego prawa potwierdza nasze hipotezy co do prawa z czasów XII tablic[2]. Po tym ekskur-

---

sunto« umieszczano dla bezpieczeństwa w każdym testamencie bez względu na to, czy była potrzebna, czy nie. (Por. przykłady przytoczone przez von Woessa w Das römische Erbrecht, str. 162 i nast.

[1] Co do prawa greckiego ob von Woess Das römische Erbrecht str. 270 i nast., tudzież Bonfante, Scritti giuridici varii, t. I (1916), str. 337 i nast., zwłaszcza 397, 398.

[2] Mogą się nasuwać wątpliwości, czy nasza hipoteza, wykluczająca kobiety od prawa dziedziczenia wedle ustawy XII tablic, nie pozostaje w sprzeczności z wyżej przez nas przedstawioną instytucją, mianowicie opieką rodową nad kobietami (tutela legitima mulierum) zwłaszcza wobec naszego przypuszczenia, że pierwotnie kobieta auctoritatis tutoris potrzebowała tylko do ważności tylko tych aktów prawnych, za pośrednictwem których rozporządzała swą »familia«. Mojem zdaniem sprzeczności takiej nie ma, gdyż najpierw kobieta mogła mieć res mancipi nabyte przez czynności prawne między żyjącymi, a ponadto funkcje opiekuna nie ograniczyły się do interpositio auctoritatis przy zawieraniu przez ko-

sie powracamy do naszego właściwego tematu, mianowicie do kwestji, jakie były losy familiae czyli rerum mancipii w razie śmierci spadkodawcy Heres suus stawał się — jak wiadomo — przez śmierć spadkodawcy osobą sui iuris czyli pater familias; ponieważ podstawą rodziny była władza patris familias i w braku patris familias rodzina się rozpadała — jak to niżej zobaczymy — więc istnienie nowego patris familias podtrzymywało nadal byt rodziny [1]; równocześnie heres suus jako nowy pater familias nabywał majątek spadkodawcy, a raczej jego prawo współwłasności dotychczas ubezwładnione skutkiem zależności od władzy patris familias na równi z jego zdolnością prawną czynną, po odpadnięciu tego ograniczenia występowało w całej pełni (Paulus, D 28, 2, 11)[2]. Jeżeli było kilku współdziedziców, to dotychczasowa familia rozpadała się na kilka nowych, a na czele każdej stał jeden ze współdziedziców jako jej pater familias. Odpowiednio do tego i majątek spadkodawcy stawał się wspólnym majątkiem współdziedziców [3] [4] (córki stawały się sui iuris, ale nie były heredes sui). W konsekwencji tego i familia czyli res mancipi przechodziły na heredem suum względnie heredes suos, a raczej pozostawały w rodzinie, w której tylko zmieniał się pater familias.

Obok heredes sui, przytoczony powyżej fragment XII tablic (Tab. V, 4), zna jeszcze dziedzica testamentowego. Uprzedzając

---

bietę czynności prawnych, zmierzających do pozbycia lub obciążenia rerum mancipii, ale obejmowały niewątpliwie funkcję osobistej fizycznej opieki nad kobietą, a zatem funkcję niezmiernie ważną w epoce samopomocy, a nadto obejmowały zastępstwo kobiety przed sądem w procesie legisakcyjnym, od którego kobieta była również wykluczona (ob. Cuq, Institutions juridiques des Romains, wyd. 1, t. I, str. 317).

[1] Przychylam się tutaj do poglądu Scialoji i Bonfantego na pierwotną naturę prawa dziedziczenia (Scritti giuridici varii, t. I, str 101—307), inne poglądy zestawione przez Rabla w Holtzendorffa Enzyklopädie wyd. 7, t. I, str. 517 uw. 2 i 520 oraz przez von Woessa Das römische Erbrecht, str. 1 nast., ob. nadto Wróblewski, Zarys Wykładu, t. I, str. 507—515.

[2] ob. Rabel w Holtzendorffa Enzyklopädie, t. I, str. 520 i Sohm Institutionen, wyd. 17, str. 557 i nast.

[3] Z tem jednem zastrzeżeniem, że wierzytelności, o ile były podzielne, dzieliły się ipso iure między współdziedziców, a pecunią mógł spadkodawca swobodnie rozporządzać za pomocą legatów i prawidłowo korzystał z tego, aby ją podzielić między dzieci i tem samem nie dopuścić do powstania wspólności krępującej — jak wiadomo — współwłaścicieli.

[4] Co do stanowiska heredis sui ob. nadto w Holtzendorffa Enzyklopädie wyd. 7, t. I, str. 520.

nasze późniejsze wywody zaznaczamy, że na dziedzica testamentowego — podobnie jak na heredem suum — przechodził majątek spadkodawcy w drodze sukcesji uniwersalnej, nadto obowiązek do kontynuowania kultu domowego spadkodawcy (Sacra ob. Cicero de legibus, 2, 19—21); natomiast władzy nad rodziną spadkodawcy dziedzic testamentowy nie nabywał, gdyż — jak to niżej zobaczymy — wówczas powołać dziedzica w testamencie można było tylko w braku heredis sui, a córki (i żona in manu) o ile je miał spadkodawca, stawały się sui iuris, lecz dziedzicami nie były. Konsekwencją wyżej przedstawionego stanowiska dziedzica testamentowego, jest przejście nań familiae tj. rerum mancipii spadkodawcy.

Tutaj wypada mi uzasadnić wypowiedziany już pogląd, że testament w owym czasie mógł być sporządzony tylko w braku heredis sui, a to tembardziej, że sprawa ta należy do najbardziej spornych w literaturze romanistycznej. Przyznanie spadkodawcy możności sporządzenia testamentu wówczas, gdy są heredes sui, wychodziłoby przedewszystkiem na przyznanie mu swobody rozporządzenia swą familia (rebus mancipii) na wypadek śmierci, a taka swoboda nie mogła istnieć w czasie, z którego pochodzą postanowienia zawarte w wyżej przez nas przytoczonych fragmentach XII tablic. Przedewszystkiem przemawiają przeciwko temu względy systematyczne i historyczne. Pecunia była własnością ściśle indywidualną od samego początku, a mimo tego ustawa XII tablic uważa za stosowne, wyraźnie stwierdzić swobodę rozporządzania nią na wypadek śmierci; familia stanowiła pierwotnie wspólną własność całego rodu, z której dopiero stopniowo wyłoniła się drogą działów własność indywidualna, ale ślady dawnej własności rodowej utrzymują się w licznych ograniczeniach właściciela familiae, (ob. wyżej) a nawet o ile chodzi o czynności prawne między żyjącemi, ustawa XII tablic uważa za stosowne v yraźnie zaznaczyć swobodę rozporządzania familią między żyjącymi; w tych warunkach milczenie o swobodzie rozporządzania familią na wypadek śmierci nie może pozostawiać najmniejszej wątpliwości, że pater familias tej swobody nie miał [1] i że odjęcie mu tej swobody przed-

[1] Przy tej sposobności podnieść należy przyczynę odmiennego traktowania przez prawo przedmiotowe czynności prawnych między żyjącymi, a na wypadek śmierci pomimo, że rozporządzają one tym samym majątkiem. O ile bowiem chodzi o czynności prawne między żyjącemi, to sam interes osoby sporządzającej daną czynność prawną

stawia się jako ograniczenie jego w interesie rodu Dalszy rozwój historyczny popiera w zupełności powyższy pogląd. Testamentum bowiem per aes et libram da się zrozumieć jedynie jako obejście prawa zabraniającego rozporządzania familią na wypadek śmierci; mianowicie wobec niemożności rozporządzania familią na wypadek śmierci, pater familias przez czynność prawną między żyjącymi przenosił na osobę zaufaną własność swej familia (pecuniae ten akt całkiem nie dotyczył, dopóki nie zatracił swej pierwotnej natury prawnej, ob. niżej) [1]. Ponadto warto zwrócić uwagę na actio familiae hereiscundae, która wedle świadectw rzymskich prawników miała być znaną ustawie XII tablic. W czasach późniejszych actio familiae hereiscundae była powództwem (skargą) o podział spadku, przysługującem jednemu współdziedzicowi przeciwko innym współdziedzicom Wedle XII tablic powództwo to musiało mieć inne zastosowanie, a to najpierw z tego powodu, że w czasach późniejszych nazwa tego powództwa nie odpowiada jego naturze; powództwo służy do uzyskania podziału spadku (hereditas) a nosi nazwę powództwa o podział samej tylko familia; jestto dla nas wyraźna wskazówka, do czego ono pierwotnie służyło. Potwierdzeniem powyższego wniosku będzie ta okoliczność, że pojęcie spadku jako całości jest wytworem znacznie późniejszym i powstanie jego dopiero niżej przedstawimy; ustawa XII tablic zna tylko dwie odrębne części majątku, mianowicie familiam i pecuniam. Jeżelibyśmy się zapytali, dlaczego ustawa XII tablic współdziedzicowi daje tylko powództwo o podział familiae, a nie daje powództwa o podział pecuniae [2], to wyżej przedstawiony nasz pogląd daje bardzo prostą odpowiedź: oto pater familias mając swobodę rozporządzeń ostatniej woli w stosunku do pecunia za pośrednictwem legatów rozdzielał ją między osoby pozostające pod jego władzą, i w ten sposób nie dopuszczał do powstania współwłasności; przy familia nie mając swobody rozporządzania nią na wy-

---

powstrzymywać go będzie od lekkomyślnego pozbycia lub obciążenia pewnej rzeczy; natomiast przy czynnościach na wypadek śmierci, wzgląd na spadkobierców ab intestato może być niejednokrotnie nie tak silnym hamulcem.

[1] Czy pater familias chciał swą familiam przeznaczyć dla obcego, czy też — co najczęściej bywało — dla jednego ze swych synów, aby zapobiec rozdrobnieniu majątku, to naszej tezy w niczem nie zmienia.

[2] Actio communi dividundo jest późniejszą od actio familiae herciscundae i ustawie XII tablic nieznaną, ob. Berger, Die Teilungsklagen.

padek śmierci, nie mógł przeprowadzić działu familiae pomiędzy heredes suos i dlatego współdziedzicom trzeba było dać do ręki jakiś środek do zniesienia współwłasności oddziedziczonej familiae, mianowicie actionem familiae herciscundae.

W ten sposób dochodzimy do wniosku, że rzymski pater familias mógł z rodziny wykluczyć osoby do tej rodziny należące i z tego tytułu pozostające pod jego władzą: żonę przez rozwód (repudium), synów przez trzechkrotną sprzedaż itd., nie mówiąc już o ius vitae ac necis, i na odwrót decydował o przyjęciu nowych osób do rodziny (tollere, suscipere liberos, arrogacja itd.), ale mogąc decydować o składzie rodziny, nie mógł od tej rodziny oderwać familiae (res mancipii) za pośrednictwem rozporządzenia ostatniej woli[1].

Aby zrozumieć, jakiemu celowi mógł służyć pierwotny testament, dający patri familias tak małą swobodę rozporządzenia ostatniej woli, musimy sobie zdać sprawę z następstw, jakie wedle ówczesnego prawa pociągała za sobą śmierć patris familias bez pozostawienia ani heredis sui, ani dziedzica testamentowego.

Przedewszystkiem skutkiem śmierci patris familias bez pozostawienia dziedzica (ani heredis sui ani successoris testamentarii) gasł kult domowy, polegający na czci zmarłych jego przodków zwłaszcza na perjodycznych ofiarach i uroczystościach dla uczczenia ich pamięci obchodzonych. Utrzymanie tego kultu było jednym z najpierwszych obowiązków religijnych Rzymianina[2] [3], niepozo-

---

[1] Przeciwnicy przedstawionego w tekście poglądu powołują się na Pomponiusa D 50. 16, 120. Przedstawienie Pomponiusa będzie całkiem ścisłe, jeżeli swobodę testowania (później stopniowo zacieśnianą) odniesiemy nie do ustawy XII tablic, lecz do chwili, kiedy się wytworzył testament nunkupacyjny. Przesunięcie wstecz tej swobody aż do ustawy XII tablic nie powinno nas zadziwiać wobec tylokrotnego przesuwania wstecz przez tradycję rzymską zdarzeń znacznie późniejszych, a w niniejszym wypadku przesunięcie to (rzucające się w oczy, bo »legare« jest co innego niż »testare«) tłomaczy się to okolicznością, że testament nunkupacyjny nie opiera się na żadnej ustawie, lecz (tak, jak np. prawo dziedziczenia kobiet na równi z mężczyznami, jako heredes sui) jedynie na sfałszowaniu dawnego prawa.

[2] ob. Fustel de Coulanges La cité antique passim. Cicero de leg 2 19—21 por. Gaius II 55.

[3] Tutaj mamy jeszcze jednę przyczynę, dla której kobiety były pierwotnie wykluczone od prawa dziedziczenia ab intestato, mianowicie tę okoliczność, że one nie mogły kontynuować rodziny i kultu domowego.

stawianie zaś dziedzica było wykroczeniem przeciwko temu obowiązkowi. Ponadto przez śmierć bez pozostawienia dziedzica gasły wedle prawa cywilnego wszystkie długi zmarłego patris familias, gdyż zobowiązanie pojmowane było w prawie cywilnem jako węzeł osobisty wierzyciela z dłużnikiem, poparty również ściśle osobistą odpowiedzialnością dłużnika. Dopiero stosunkowo późno pretor w razie śmierci dłużnika bez pozostawienia dziedzica pozwala wierzycielom wdrożyć egzekucję na majątek po dłużniku pozostały [1], a pozostaje to w związku z reformami pretora, polegającemi na wprowadzeniu egzekucji majątkowej w miejsce znanej prawu cywilnemu egzekucji przeciwko osobie dłużnika. Z tych samych przyczyn tj. z powodu pojmowania obligacji jako ściśle osobistego węzła między wierzycielem a dłużnikiem gasły wszystkie wierzytelności w razie śmierci wierzyciela bez pozostawienia dziedziców [2].

Codo familia, to ustawa XII tablic zawiera na ten wypadek (tj. śmierci bez pozostawienia ani heredis sui, ani dziedzica testamentowego) następujące postanowienie »adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus non escit, gentiles familiam habento«. Przedewszystkiem zaznaczyć należy, że adgnatus i gentiles oznaczają jedynie adgnatów i gentylów płci męskiej; użycie formy wyłącznie męskiej »adgnatus«, nie formy męskiej i żeńskiej »adgnatus adgnatave« wobec naszych poprzednich wywodów, dotyczących heredes suos, nie pozostawia wątpliwości. Pozatem spornem jest, jak rozumieć to postanowienie »familiam habeto«, mianowicie czy oznacza ono nabycie na własności familiae ipso iure skutkiem samej śmierci dotyczącego patris familias bez pozostawienia dzie-

---

[1] ob. Gaius III 77, 78; codo szczegółów, ob. Riccobono w Archiv für Rechts- und Wirtschaftgeschichte t. XVI, zeszyt 4, str. 510 i nast. Że kontynacja familiae (tj. rodziny) była conditio sine qua non utrzymania długu, tego dowodzą takze skutki arrogacji (ob. zamiast wszystkich Wróblewski, Zarys Wykładu t. I, str. 508, 509 oraz Czyhlarz Institutionen wyd. 18, str. 320, 321). Z tej przyczyny np. przy arrogacji gasły wedle prawa cywilnego wszystkie długi arrogowanego pomimo, że przy arrogacji arrogans nabywał majątek arrogowanego w drodze sukcesji uniwersalnej (ob. Ferrini Pandette Nr. 603), dopiero pretor złagodził konsekwencje przez restitutio in integrum.

[2] Że wierzytelności były nieprzenośne i że czynność prawna, zmierzająca do ich przemieszenia uważana była przez prawo cywilne jako jej zrzeczenie się przez wierzyciela, tego dowodzi między innemi Gaius II 35, a nadto zgaśnięcie zobowiązań arrogowanego skutkiem arrogacji wedle prawa cywilnego (Gaius III 84). (Złagodzone później przez pretorską restitutio in integrum).

dzica. czy też — jakto np. utrzymuje Bonfante — najbliższy agnat przez śmierć dotyczącego patris familias uzyskiwał jedynie możność nabycia na własność pozostałej familiae (tj. res mancipii) przez jej objęcie[1]. Mojem zdaniem należy bezwarunkowo oświadczyć się za pierwszym poglądem. Przedewszystkiem prawo najbliższego agnata ewentualnie gentylów do bezdziedzicznej familia (res mancipii) jest pozostałością dawnej wspólnej własności rodowej tychże rzeczy. Jak długo pater familias był właścicielem swej familia (res mancipii), to prawa innych agnatów ewentualnie gentylów pozostawały w stanie zawieszenia; gdy jednak skutkiem bezdziedzicznej śmierci patris familias familia (res mancipii) pozostałyby bez właściciela, najbliższy agnat, względnie gentylowie automatycznie stawali się właścicielami tak pozostałej familiae. Za poglądem moim przemawia interpretacja gramatyczna dotyczącego fragmentu ustawy XII tablic, cechą znamienną tej ustawy — jakto podnosi Lenel[2] jest bardzo ściśle i staranne rozróżnianie pomiędzy rozkazem, a upoważnieniem; użyte przez ustawę XII tablic słowo »habeto« nie pozostawia najmniejszej wątpliwości, że nie mamy tu do czynienia z upoważnieniem do nabycia własności, lecz z nabyciem własności ipso iure[3]. Za naszym poglądem przemawia również ta okoliczność, iż zachowane fragmenty XII tablic nie wskazują na to, aby usucapio pro herede miała zastosowanie do familia pozostałej skutkiem bezdziedzicznej śmierci dotychczasowego jej właściciela, a przecież ta instytucja prawna musi być instytucją bardzo starą. Tak samo brak w ustawie XII tabl. postanowienia, że w razie nie objęcia pozostałej familiae przez najbliższego agnata, prawo do objęcia uzyskuje najbliższy z pomiędzy pozostałych; ponieważ agnat ewentualnie gentylowie nabywają pozostałą familiam na własność ipso iure, więc postanowienia powyższe są zupełnie zbyteczne, w przeciwnym wypadku prawo bez nich nie mogłoby się obejść, a to

[1] Bonfante Scritti giuridici varii I, str. 489—492 (r. 1916) w każdym razie — jakto z całym naciskiem podnieść należy, — prawo najbliższego agnata, ewentualnie gentylów do pozostałej familia nie jest prawem dziedziczenia, gdyż najbliższy agnat nabywa tylko na własność pozostałą familiam, a nie wstępuje w ogół praw i zobowiązań zmarłego.

[2] W Holtzendorffa Enzyklopädie wyd. 7, t I, str. 326.

[3] Wyjątkowo extraneus, powołany w testamencie na dziedzica w tych samych słowach rozkazujących »Titius heres esto« nabywał spadek dopiero przez jego przyjęcie, wyjątek ten wytłomaczony zostanie poniżej.

tembardziej, że chodzi tutaj o części majątku rodowego, który mógłby dla rodu przepaść, o ile go nikt z agnatów ani gentylów nie obejmie. Wreszcie za naszym poglądem przemawia brak jakiejkolwiek przyczyny de lege ferenda, dla której nabycie na własność pozostałej familiae przez najbliższego agnata ewentualnie przez gentylów miało być zależnem od ich woli wobec tego, że nabywają oni tylko prawa bez obowiązków, w szczególności bez długów. Nasza hipoteza tłumaczy nam dalej bardzo zagadkową instytucję cesji praw spadkowych przez heres extraneus ab intestato przed przyjęciem spadku (Gaius II 35). Prawo spadkowe heredis extranei nie jest żadnem prawem podmiotowem, lecz jedynie sumą okoliczności, dających możność nabycia prawa (facultas) a zatem niema tu prawa, któreby mogło być przedmiotem in iure cessionis. Sprzeczność tę można tylko usunąć przy pomocy hipotezy, że proximus adgnatus ewentualnie gentylowie nabywali ipso iure familiam (res mancipii) w razie śmierci jednego z członków rodu (i to patris familias) bez pozostawienia dziedzica i to prawo własności mogli oni przenieść na inną osobę w drodze in iure cessionis tak jak każde inne prawo własności. Później kiedy skutkiem dokonywującej się ewolucji prawa spadkowego zamienili się oni na dziedziców ab intestato, nabywających spadek dopiero skutkiem jego przyjęcia, wtedy ta właściwa Rzymianom dążność do utrzymywania instytucji dawnych, zwłaszcza w dziedzinie prawa spadkowego[1] sprawiła, że utrzymano i tę in iure cessionem, która jednak zamieniła się w prawniczy dziwoląg, w in iure cessionem facultatis adeundi hereditatem. Po przyjęciu spadku, a zatem po nabyciu poszczególnych praw wchodzących w skład spadku taka in iure cessio ogólna tj. całej hereditas stała się niemożliwa wopec tego że nie nadawała się ona ani do przejęcia długów, ani do cesji wierzytelności i dlatego wywoływać mogła tylko skutki częściowe (ob Gaius II 35). Jeżeli przez chęć zachowania wytworzonych historycznie i tradycją uświęconych instytucji Rzymianie utrzymali taką anomalję prawniczą, to jednak nie chcieli dopuścić do rozszerzenia jej zastosowania w myśl zasady »quidquid contra rationem iuris constitudum est, non est ducendum ad consequentias« i dlatego wykluczyli jej zastosowanie przy dziedziczeniu testamentowem, jakkolwiek w późniejszym prawie nie było pod względ-

[1] ob. Rabel w Holtzendorffa, Enzyklopadie wyd. 7 t. I, str 306' 517—520.

dem konstrukcji prawniczej żadnej różnicy między prawami heredis extranei dziedziczącego ab intestato z jednej strony, a na podstawie testamentu z drugiej strony i analogja nasuwała się sama przez się Ten brak analogji można wytłomaczyć jedynie w sposób powyżej przedstawiony. W końcu co do losów familiae unoimowanych we wspomnianym fragmencie XII tablic. to bardzo znamiennem jest, że najpierw przypada ona najbliższemu agnatowi, a dopiero w braku agnatów gentylom; jèstto bowiem oznaką już dokonywującego się i dość daleko w owym czasie posuniętego rozkładu rodu na poszczególne linje do tego stopnia, iż prawo rodu do bezdziedzicznej familia musi ustąpić pierwszeństwo prawu agnatów z najbliższej linji do tejże familia.

Co do losów pecuniae w razie śmierci patris familias bez pozostawienia dziedzica, to — jak to już powyżej zaznaczyliśmy — stawała się ona res nullius i była przedmiotem usucapionis, za którem to przypuszczeniem przemawiałyby analogiczne instytucje prawne u innych narodów na tym samym stopniu rozwoju np. słowiańska puścizna, będąca rzeczą niczyją i skutkiem tego przedmiotem swobodnego zawłaszczenia[1]. Obecnie to poprzednio wypowiedziane zdanie należy poprzeć rezultatami naszej dotychczasowej pracy Usucapio pro herede jest instytucją niewątpliwie bardzo dawną, jak tego dowodzi brak wymogów wiary i słusznego tytułu prawnego, ale nie jest napewne instytucją pierwotną, lecz późniejszem przekształceniem a raczej może zniekształceniem pierwotnej usucapio znanej ustawie XII tablic[2], a zatem przemawia po pierwsze ta okoliczność, że w ustawie XII tablic — sądząc z dochowanych fragmentów — niema wzmianki usucapio pro herede, a po drugie ta okoliczność, że usucapio pro herede prowadzi nie do nabycia na własność poszczególnych rzeczy. lecz całego spadku hereditas, a widzieliśmy, że pojęcie spadku jako całości jest obce ustawie XII tablic, która zna tylko familiam et pecuniam i każdą odmiennie traktuje, a zobaczymy później, w jakich warunkach i kiedy wytworzyło się pojęcie spadku jako całości (hereditas) Wobec tego wszystkiego pozostaje tylko jedno przypuszczenie, mianowicie, że

---

[1] ob. Dąbkowski, Prawo prywatne polskie I 49, II 12—16.

[2] Co do usucapio pro herede ob. Gaius II 52 i nast. Z nowszej literatury wymienić należy Perozziego Istituzioni II, str. 383 i n. (1908) Bonfantego Scritti giuridici varii t. II, str. 641 i n. 646 i n. i Wróblewskiego w Czasopiśmie prawniczem i ekon Krak. XXI, Nr. 1—6, str. 212 i nast.

pierwotnie ta usucapio miała zastosowanie tylko do rzeczy materjalnych i to ruchomych, tak jak normalna usucapio, znana nam z zachowanych fragmentów XII tablic (Tab. VI, 3 por. Cicero, Top. 4. 23), a ponieważ zastosowanie takiej usucapio wykluczone było do bezdziedzicznej familia nietylko z przyczyn wyżej przedstawionych, ale także z tego powodu, że do familia mogły należeć nieruchomości, przy których termin zasiedzenia był dwuletni. więc pozostaje tylko jedno przypuszczenie, mianowicie, że przedmiotem usucapionis być mogła wedle XII tablic tylko pecunia w razie śmierci jej właściciela bez pozostawienia dziedzica[1]. Dopiero później, gdy — jak zobaczymy — powstaje pojęcie spadku jako całości, którą można dzielić na części ułamkowe, ale której nie można rozrywać na poszczególne części składowe, wtedy i ta usucapio pecuniae pro herede przekształca się i ze sposobu nabycia na własność rzeczy staje się sposobem nabycia praw spadkowych, zachowując przytem jednoroczny termin zasiedzenia, mający zastosowanie przy zasiedzeniu rzeczy ruchomych. Wszystko to razem stanowi jaskrawą anomalję prawniczą, dającą się również tylko historycznie wytłomaczyć. Co do praktycznych konsekwencji, płynących z wyżej przedstawionych prawideł, to podnieść należy, że nawet córki zmarłego patris familias (i jego żona in manu), nie będąc heredes sui, nawet w braku synów nie nabywały na własność pozostałej pecuniae, o ile zmarły pater familias nie przeznaczył tej pecuniae dla nich drogą legatów; a tylko jako uczestniczki tego samego gospodarstwa domowego miały faktyczne ułatwienie w objęciu tej pecuniae w usus przed innymi, a temsamem w konsekwencji nabycia jej na własność drogą zasiedzenia.

Powyższe wywody dają obraz — można bez przesady powiedzieć — katastrofy, jaką pociągała za sobą wedle ówczesnego prawa śmierć bez pozostawienia dziedzica. Tem się też tłomaczy z łatwością, dlaczego religja i obyczaj nakazywały troszczyć się o pozostawienie potomków, którzyby mogli być heredes sui[2]. Jeżeli jednak jakiś pater familias czyli obywatel rzymski sui iuris widział nadchodzącą śmierć, a nie miał naturalnych heredes suos, wówczas

[1] Przypomnieć należy, że jeszcze w prawie klasycznem res mancipii mogły być nabyte na własność tylko w drodze usucapionis, a nie okkupacji, i że nawet przy res nec mancipii okkupacja jest późniejszym stosunkowo sposobem nabycia, nieznanym jeszcze w omawianej przez nas epoce.

[2] ob. Fustel de Coulanges La cité antique.

mógł — jak wiadomo - stworzyć sobie heredem suum przez arrogację[1] Wspomniana arrogacja była czynnością prawną między żyjącymi i już za życia arrogującego arrogowanego czyniła jego filium familias, przy zupełnem zerwaniu węzłów agnatycznych między arrogowanym a jego dotychczasową rodziną. Prawo dziedziczenia w charakterze heredis sui przysługujące arrogowanemu było tylko konsekwencją jego stanowiska jako filius familias, uzyskanego przez arrogację. Obok arrogacji możemy stwierdzić źródłowo na podstawie dochowanych i powyżej przytoczonych fragmentów XII tablic (Tab. V., 3. 4, 5) że pater familias mógł sobie stworzyć dziedzica przez testament. Sam fakt istnienia testamentu i instytucji dziedzica testamentowego nie ulega żadnej wątpliwości, ale natura prawna tego pierwotnego testamentu jest dla nas niejasna, a w szczególności niejasnym jest jego stosunek do arrogacji. Wszystkie te trudności się zwiększają, jeżeli się przychylimy do bardzo dziś rozpowszechnionego i powagą studjów porównawczych prawa popartego poglądu, że pierwotny testament rzymski, podobnie jak starogrecki i starobabiloński tudzież starogermańska affatomia[2] były tylko pewną specjalną odmianą adopcji. Znamieniem Rzymian była dążność do tego, aby bez koniecznej potrzeby nie tworzyć nowych instytucji prawniczych, w połączeniu z umiejętnością mistrzowskiego wyzyskania, a nawet nieraz naciągania już istniejących instytucji dla zadośćuczynienia nowowystępującym potrzebom. Wobec tego, jeżeli istniała instytucja arrogacji, pozwalająca na zapewnienie sobie sztuczną drogą heredis sui w braku

---

[1] pierwotnie arrogacja miała zastosowanie przy przyjęciu jako syna tak obywatela rzymskiego sui iuris, jak alieni iuris; dopiero później przez wyzyskanie postanowienia XII tablic o uwolnieniu syna z pod władzy ojca skutkiem 3-krotnej sprzedaży stworzono nową instytucję prawną adopcji, która mogła mieć zastosowanie tylko do osób alieni iuris, a nad arrogacją miała tę wyższość, że pozwalała obejść się bez udziału comitiorum calatorum i z tego powodu w tym zakresie wyparła zastosowanie arrogacji. Ponieważ powstanie adopcji przypada już na czasy późniejsze, a w tekście zajmuję się stanem prawnym z czasów tzw. ustawy XII tablic, więc uwzględniam tylko arrogację, pomijając adopcję, która później taksamo adoptowanego czyniła filium familias a to konsekwencji heredem suum adoptującego.

[2] ob. Sohm Instit. wyd. 17, str. 585, Nr. 4 oraz cytowana tam literatura zwłaszcza Koschaker, Observations juridiques sur Ibila — Ablum w Revue d'Assyriologie t. 11, str. 29 i nast. (r. 1914) co do prawa greckiego (εἰσποιησις) ob. Bonfante Scritti giuridici varii t. I, str. 381 i nast. (1916).

naturalnego, to trudno pomyśleć, aby mając taką instytucję Rzymianin tworzył jeszcze drugą nową odmienną, lecz służącą do tego samego celu mianowicie testament. Trudność tę usuwa hipoteza Perozziego[1], że testament in comitiis calatis pierwotnie miał zastosowanie wówczas, gdy rozchodziło się o powołanie przez testatora swego niewolnika na dziedzica. Istotnie ta hipoteza usuwa nam wszystkie trudności Stanowisko niewolnika, będącego własnością testatora jest tak odmienne od stanowiska obywatela rzymskiego, nie pozostającego pod władzą spadkobiercy, iż bezwarunkowo trzeba dwóch wręcz odmiennych aktów prawnych, aby każdemu z nich zapewnić stanowisko dziedzica. Ten ostatni jest tak samo jak filius familias obywatelem, ale nie należy do rodziny ewentualnego spadkodawcy i nie podlega jego władzy. Stanowisko dziedzica (heredis sui) pozyskuje on przez wejście do rodziny ewentualnego spadkodawcy i przez poddanie się jego władzy jako patri familias. Niewolnik należy do familia ewentualnego spadkodawcy[2], podlega jego władzy, która w dziedzinie prawa prywatnego prawie się nie różni od władzy patris familias nad filius familias, ale filius familias jest obywatelem rzymskim, a skutkiem tego ma potrzebną zdolność prawną, aby stać się pater familias, a temsamem być kontynuatorem rodziny; niewolnik natomiast jest tej zdolności pozbawiony on w razie śmierci swego pana, jest przedmiotem praw, nabytych przez heredem suum lub przez najbliższego agnata ewentualnie gentylów Aby niewolnik był dziedzicem nie trzeba przyjmować go do rodziny i do rodzinnego związku sakralnego, tak jak przyjmuje się arrogowanego, lecz trzeba zmienić jego stanowisko w rodzinie, trzeba go uczynić jej kontynuatorem i przyszłym pater familias, co oczywiście oddziała i na stanowisko niewolnika poza obrębem rodziny, mianowicie w dziedzinie stosunków prawa publicznego i z niewolnika zrobi obywatela rzymskiego. Czynnością prawną, która zmierzała do tego celu, był właśnie pierwotny testament rzymski in comitiis calatis. Przy tej hipotezie utrzymaną zostaje ponadto ta ciągłość w rozwoju prawa i związek nowopowsta-

[1] Instituzioni II, § 196, str. 357—381 (r. 1908) zwłaszcza str. 364 i nast.; co do tego poglądu Bonfante Scritti giuridici varii I, str. 474 i nast.

[2] Skutkiem tego, o ileby został dziedzicem, byłby taksamo heres necessarius i domesticus jak filius familias i tak samo nabyłby spadek ipso iure, jak filius familias, bez potrzeby jego przyjęcia.

jących instytucji z instytucjami dawniejszemi, które tak są znamienne dla rzymskiego prawa prywatnego zwłaszcza dla prawa spadkowego. Ponadto ta hipoteka tłomaczy nam jednę zagadkę prawa cywilnego rzymskiego; prawo to poza testamentem nie zna czynności prawnej, służącej wprost do wyzwolenia niewolnika, lecz tylko czynności prawne, zmierzające do tego drogą okrężną, rzec nawet można, obejściem ustawy, mianowicie manumissio vindicta drogą procesu pozornego zmierzającego do uzyskania wyroku niezgodnego z istniejącym stanem prawnym, lecz mającego znaczenie w myśl zasady »res iudicata pro veritate habetur«, a podobnie manumissio censu polega na niezgodnem z prawdą wpisaniem niewolnika za zgodą jego pana do listy obywatelskiej przez cenzora, a urzędowe stwierdzenie obywatelstwa — podobnie jak w poprzednim wypadku wyrok — pokrywały poprzednią niewolę. W przeciwieństwie do tego w testamencie testator udziela niewolnikowi wolności verbis imperativis: »Stichus servus meus liber heresque esto« lub »heres liberque esto« (Gaius II 186) tak, jak rozkaz wydany przez pater familias we własnym zakresie władzy, a ta forma wyzwolenia za pomocą testamentu stosowaną była i wówczas, gdy wyzwolenie następowało bez powołania na dziedzica[1] i do testamentu późniejszego tj. mancypacyjnego przyjętą została niewątpliwie z testamentu in comitiis calatis. Widzieliśmy że pater familias miał większą swobodę rozporządzania swą familia (do której należeli także niewolnicy) przez czynności prawne między żyjącymi, niż na wypadek śmierci; tu natomiast jest odwrotnie. Wytłomaczeniem tej sprzeczności byłby bardzo dawny wiek testamentu in comitiis calatis, znacznie wcześniejszego od manumissio vindicta et censu[2]; w chwili kiedy powstawał testament in comitiis calatis, państwo było tylko federacją rodów a przynależność do jednego z rodów decydowała o przynależności do państwa rzymskiego; skutkiem tego państwo rzymskie wówczas uważało to za wewnętrzną sprawą rodową, kogo ród w swym obrębie uważać będzie za niewolnika, a kogo za wolnego członka (gentilis) a ponieważ — jakto widzieliśmy z przytoczonych powyżej fragmentów XII tablic — w obrębie rodziny pater familias miał władzę w za-

[1] Swoboda wyzwoleń zapomocą testamentu ograniczoną została — jak wiadomo — znacznie później przez leges Aelia Sentia, Fufia Canina itd.

[2] Wedle Bonfantego testament in comitiis calatis istniał już za czasów królewskich Scritti giuridici varii t. I, str. 370.

sadzie nieograniczoną przez ród (poza pewnemi wyżej przedstawionymi wyjątkami), więc stąd rozkaz patris familias mógł niewolnika uczynić wolnym członkiem rodu, tem samem zaś obywatelem rzymskim, a także uczynić go dziedzicem tj. kontynuatorem familiae testatora[1]. Później w tych czasach, z których pochodzą manumissio vindicta et censu, ustrój państwowy już się zmienił; związki rodowe straciły na znaczeniu i polityczne znaczenie przynależności do rodu ustąpiło na drugi plan wobec przynależności do państwa, a obywatel rzymski stał się klasą uprzywilejowaną w stosunku do licznej ludności napływowej, wolnej lecz pozbawionej obywatelstwa, znajdującej się na terytorjum państwa rzymskiego, (peregrini) oraz w stosunku do sprzymierzeńców italskich, którzy byli podstawą potęgi militarnej Rzymu, a dla których prawo obywatelstwa rzymskiego było celem gorących pragnień i zabiegów. W konsekwencji tego nadanie obywatelstwa mogło nastąpić prawidłowo tylko w drodze ustawy[2]; w tych warunkach naturalnem jest że wyzwolenie niewolnika przy nadaniu mu obywatelstwa nastąpić może tylko drogą obejścia prawa, jak przy manumissio vindicta lub censu i że późniejsze ustawy (np. Junia Norbana, Aelia Sentia itd) swobodę tych wyzwoleń ograniczają, starając się wyzwolonemu niewolnikowi dać tylko stanowisko peregrina lub Latyna bez prawa obywatelstwa i kiedy jeszcze wcześniej (z początkiem wieku IV przed Chr)[3] poczęto ograniczać prawo głosowania na komitiach, przysługjące obywatelom rzymskim — wyzwoleńcom Na tem tle testamentum in comitiis calatis, ustanawiające dziedzicem niewolnika, któremu w tym celu testujący pater familias nadaje wolność i obywatelstwo rzymskie, — jest instytucją bardzo starą. Ustanowienie niewolnika dziedzicem przy równoczesnem nadaniu mu wolności i obywatelstwa przez jego pana przedstawia się prawniczo jako akt władzy patris familias, zmieniający stano-

---

[1] W odwrotnym kierunku mógł pater familias zmienić stanowisko prawne ludzi pozostających pod jego władzą przez sprzedaż syna itd. (mancipio dare), co — jak wiadomo — pierwotnie sprzedanego syna czyniło niewolnikiem, a dopiero później w swych skutkach o tyle zostało złagdzonem, że filius familias mancipio datus nie tracił przez to swego obywatelstwa, ob. Wróblewski. Zarys wykładu, t. I, str. 278.

[2] Np. nadanie prawa obywatelstwa sprzymierzeńcom italskim ob. Lenel w Holtzendorffa, Enzyklopädie wyd 7, t. I, str. 334, Cuq. Instit. jurido, wyd. 1, t. 2, str. 5, 10.

[3] ob. Lenel w Holtzendorffa, Enzyklopädie wyd. 7, t. I, str. 334, 335.

wisko prawne pewnego niewolnika w obrębie swej rodziny tak, aby on mógł być na wypadek śmierci patris familias kontynuatorem jego familiae zarówno w dziedzinie kultu domowego jak stosunków majątkowych. Przy ówczesnym ustroju rodziny i państwa zmiany tej mógł dopełnić pater familias na mocy swej własnej władzy[1], ale ponieważ skutki te sięgały poza obręb rodziny i rodu w sferę stosunków państwowych, czyniąc dotyczącego niewolnika obywatelem rzymskim i kontynuatorem kultu domowego, więc tem tłomaczy się wymagana przez prawo forma tej czynności prawnej, mianowicie sporządzenie jej in comitiis calatis i przyzwanie obywateli zgromadzonych na tych komicjach na świadków tejże czynności prawnej (Testamentum od testari jak supplementum od supplere oznacza przyjęcie do wiadomości przez przyzwanych w tym celu świadków; zdaje się że formuła testamentu mancypacyjnego »...ita... testor itaque Vos Quirites mihi testimonium perhibetote« [Gaius II 104] przejęta jest przez testament mancypacyjny z testamentu in comitiis calatis, gdyż odwołanie się do 5 świadków aktu mancypacyjnego jako »Quirites« brzmi paradoksalnie przy jego właściwem zastosowaniu tj. przy przeniesieniu własności

[1] Tem tłomaczy się użycie słów rozkazujących »heres esto« lub »heredem esse iubeo« (ob. Gaius II 115—117) wymaganych do ważności testamentu mancypacyjnego. Przy testamencie mancypacyjnym, o ile on ustanawiał dziedzicem extraneum, nabywającego spadek dopiero przez jego przyjęcie, formuła ta, jako forma rozkazu, pozostaje w sprzeczności ze skutkami dotyczącej czynności prawnej; przy powołaniu w testamencie mancypacyjnym na dziedzica heredem suum, formuła ta również nie odpowiada treści dotyczącej czynności prawnej, gdyż heres suus już ab intestato jest dziedzicem Sprzeczności te dadzą się wytłomaczyć jedynie przez naszą hipotezę, że forma ta została przyjętą z testamentu in comitiis calatis do testamentu mancypacyjnego, a przedstawiona w tekście hipoteza Perozziego, że testament in comitiis calatis służył pierwotnie do ustanowienia dziedzicem niewolnika, tłomaczy nam doskonale tę formę rozkazującą ustanowienia dziedzicem; forma heredem esse iubeo zawiera iussus tj. rozkaz udzielany filio familias przez pater familias lub niewolnikowi przez jego pana np. iussus do zaciągnięcia zobowiązania (por. actio quod iussu) lub do przyjęcia zapłaty od osoby postronnej (D. 12, 1, 41 i D 46, 3, 18). Całkiem podobnym rozkazem jest forma »liber esto« (stanowiąca zupełną analogję do »heres esto«) przy testamentowem i pozatestamentowem wyzwoleniu (ob. Gaius II 186 i Ulp II, 7). Widocznem jest zatem, że pierwotny testament in comitiis calatis był równoczesnem wyzwoleniem niewolnika i powołaniem go na dziedzica; później — jak zobaczymy — te dwa elementy się rozdzieliły; testament mógł ustanawiać dziedzicem obywatela rzymskiego lub cudzego niewolnika bez jego wyzwolenia, a na odwrót mógł wyzwolić niewolnika bez ustanowienia go dziedzicem.

na res mancipii, gdzie ani mancipio dans, ani manu capiens do świadków się nie zwracają; natomiast takie odwołanie się do »Quirites« tj. do ogółu zgromadzonych obywateli, jest zupełnie naturalnem i zrozumiałem przy testamencie, sporządzonym in comitiis calatis). Znamiennem jest też, że tylko w prawie rzymskiem nazwa rozporządzenia ostatniej woli niema nazwy odpowiadającej treści tego aktu, jakto np. jest przy greckiej διαθήκη, lecz ma nazwę zaczerpniętą z formy czynności prawnej, a ta okoliczność da się jedynie wytłomaczyć naszą hipotezą (inaczej Bruck w Grünhuts Ztschft. t. 40, str. 549 uw 47, str. 553—559). Dziedzicem w testamencie in comitiis calatiis mógł być ustanawiony tylko niewolnik płci męskiej; niewolnica nie mogła być z tego powodu, że kobiety jak to widzieliśmy wyżej nie miały zdolności do dziedziczenia i nie mogły mieć potomstwa, któreby będąc ślubnem zarazem ich iód kontynuowało Za wnioskiem powyższym przemawia również analogja z arrogacją, która — jak widzieliśmy — służyła do podobnych celów, a jeszcze Gaius (I 101) stwierdza, że pomimo pewnych wahań przeważająca opinja uważa za niedopuszczalną arrogację kobiety.

Powołaniem niewolnika na dziedzica w testamencie in comitiis calatis tłomaczy się następnie cały szereg właściwości tego testamentu, które stąd przeszły do testamentu mancypacyjnego, lecz pozostają w jaskrawej sprzeczności z naturą tego testamentu i tylko wyżej wspomnianą cechą testamentu in comitiis calatis dadzą się wytłomaczyć. Pater familias sporządzający testament mniej liczył się ze swym niewolnikiem, powoływanym na dziedzica, niż z obywatelem rzymskim arrogowanym przez siebie; stąd przy określeniu skutków testamentu silniej i bardziej jednostronnie uwzględniany jest interes patris familias, sporządzającego testament. Z tego powodu za życia testatora testament nie zmienia stanowiska prawnego niewolnika, powołanego na dziedzica, pozostaje on niewolnikiem aż do śmierci testatora; natomiast arrogacja już za życia arrogującego daje arrogowanemu stanowisko jego filii familias, innemi słowy skutkiem tego ukształtowania skutków prawnych testament przybiera charakter czynności prawnej na wypadek śmierci, kiedy arrogacja jest czynnością prawną między żyjącymi. Punktem wyjścia testamentu mancypacyjnego była mancypacja, a zatem czynność prawna między żyjącymi; przyczepienie zaś do niej charakteru czynności prawnej na wypadek śmierci da się wytło-

maczyc tylko recepcją tej cechy z testamentu in comitiis calatis Ponadto pater familias sporządzający testament in comitiis calatis i powołujący w tym testamencie niewolnika na dziedzica, czynił to z obawy, że nie będzie miał heredes suos, a woli jego nie odpowiadało utrzymanie skutków takiego testamentu na wypadek, gdyby po sporządzeniu jego uzyskał heredem suum np przez urodzenie się syna itd Ponadto takie ograniczenie skuteczności już sporządzonego testamentu in comitiis calatis odpowiada tendencji owczesnego prawa, które swobodę testowania przyznawało jedynie w braku heredis sui. Konsekwencją tego jest dalsze ograniczenie skuteczności testamentu in comitiis calatis, mianowicie prawidło »agnatione postumi testamentum rumpitur« a z tymi postumi postawiono na równi tzw »quasi postumi« tj. inne osoby, które już po sporządzeniu testamentu stały się heredes sui testatora Natomiast z naturą testamentu per aes et libram prawidło to jest najzupełniej sprzeczne, albowiem najpierw podstawą testamentu per aes et libram jest swoboda testowania, — bez względu na heredes suos, — istniejąca dzięki możności ich wydziedziczenia (exheredatio) przez testatora[1], a ponadto zawiązkiem testamentu per aes et libram jest pozorny akt mancypacyjny (ob. niżej) za pomocą którego spadkodawca przenosił własność swej familiae na osobę zaufaną (familiae emptor), konsekwencją zaś tej konstrukcji wydaje się być nieodwołalność testamentu per aes et libram[2] i utrzymanie w mocy dokonanej alienacji, bez względu na adgnatio postumi vel quasi postumi, a to tembardziej że nawet ze stanowiska ówczesnego

[1] Instytucja wydziedziczenia nieznana przy testamencie in comitiis calatis z tego powodu, że można go było sporządzić tylko w braku heredis sui, pojawia się dopiero w testamencie per aes et libram

[2] Istotnie wedle ius civile testator nie mógł odwołac swego testamentu mancypacyjnego (Gaius II 151, 151a), mógł jedynie pozbawic go mocy przez sporządzenie późniejszego testamentu (Gaius II 144), a znamiennem jest, że edykt pretorski, przy postanowieniach dotyczących bonorum possessionem secundum tabulas p 149, (ob Lenel Edictum, str 336 i nast) za czasów Cycerona nie uwzględniał ewentualności istnienia dwoch testamentów tejze samej osoby, wczesniejszego i późniejszego, gdyż opiewał (Cicero in Verr II c § 117) »Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam ex lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo« Dopiero w album pretorskiem za czasow Hadrjana, obok innych zmian, zamiast słow »secundum tabulas«, spotykamy słowa »secundum supremas tabulas« Przy odwołaniu testamentu w sposob dorozumiany np przez jego zniszczenie dopiero pretor odmawia dziedzicowi testamentowemu bonorum possessionis Z tego wszyst-

prawa niemozliwem jest dodanie warunku rozwiązującego polegającego na adgnatio postumi vel quasi postumi W dodatku prawidło o agnatio postumi vel quasi postumi najczęściej było sprzeczne z wolą testatora przy testamencie per aes et libram wobec przyjętego wowczas zwyczaju powoływania na dziedzica jednego ze synow a wydziedziczenia pozostałych heredes suos, gdyz w tych warunkach prawidło to nie odpowiadało przypuszczalnej woli testatora Trudnosci waznego wydziedziczenia wszystkich mozliwych postumi i quasi postumi sprawiały, ze testator rzadko mógł byc bezpieczny, czy skutkiem nieprzewidzianej adgnatio postumi lub quasi postumi testament jego nie stanie się niewaznym (dowodem tego kazuistyka przytoczona u Gaia II 130 i n) Wobec tego jurysprudencja wysilała swą pomysłowośc na wynalezienie takich formułek, aby zapobiedz takiej ruptio testamenti przez wydziedziczenie (exheredatio) tych postumi (ob Gaius II 130—146), ale mimo tego jurysprudencja nie zdołała wynalesć formuł wydziedziczenia zapewniających skuteczne wydziedziczenie wszystkich mozliwych postumi i dopiero tym usiłowaniom poczyna iść na rękę akcja ustawodawcza, pozwalając na wydziedziczenie tych kategorji postumorum et quasi postumorum, ktorzy w chwili sporządzenia testamentu nie byli heredes sui a stali się nimi dopiero pozniej i których z tego powodu wedle dotychczasowego prawa niemozna było skutecznie wydziedziczyć i przez to wydziedziczenie waznośći testamentu zabezpieczyć przed ruptio, (nalezy tu wspomnieć o postumi Aquiliani, postumi Vellaeani od lex Junia Vellaea z r 26 po Chr, postumi quasi Vellaeani, postumi Juliani ob Girard Manuel oraz Zoll—Lisowski t V, § 326, co do postumi legitimi ob. nadto Albertario w Bullettino d'Instituto di diritti romano t. r 33, fasc I—III). Nie moze ulegac wątpliwośći, ze zasada tak zacieśniana przez jurysprudencję i osłabiana przez prawodawstwo, jest przezytkiem dawnego prawa tj. w niniejszym wypadku moze pochodzic tylko z testamentum in comitiis calatis,

Obok tego przy testamencie mancypacyjnym spotykamy zasady, trudne do pogodzenia z jego naturą, natomiast znajdujące swe objasnienie w naturze testamentu in comitiis calatis z ktorego najwidoczniej zostały zaczerpnięte. Zasady, o ktorych wspominam

---

kiego wynikałoby, ze testament per aes et libram pierwotnie był nieodwołalny i ze testator mogł sporządzic nowy testament in comitiis calatis dopiero wowczas, gdy odpadł (np umarł) dziedzic ustanowiony w pierwszym testamencie

nie mają nic wspólnego z powołaniem niewolnika na dziedzica, lecz wywołane są właściwościami ówczesnego ustroju rodzinnego. Tutaj zaliczam zasadę »nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest«, której uzasadnienie nowoczesnym romanistom przyczynia tyle trudności Jeżeli jednak porównamy stan prawny, istniejący wówczas, gdy pater familias pozostawia heredem suum lub testamentarium ze strony jednej, a stan wytworzony śmiercią patris familias bez pozostawienia dziedzica, to zasada ta stanie się dla nas zrozumiałą. W pierwszym wypadku — jakto wyżej przedstawiłem — utrzymany zostaje kult domowy, utrzymane zostają długi i wierzytelności zmarłego patris familias, pecunia nie staje się res nullius, jednem słowem familia istnieje nadal, a dziedzic jest jej pater familias. W razie śmierci bezdziedzicznej familia się rozpada, kult domowy wygasa, długi i wierzytelności gasną, pecunia staje się res nullius, a familia (res mancipii) przypada na wzór naszego prawa kaduka — najbliższemu agnatowi ewentualnie gentylom. Jest przecież zupełnie naturalnem, że familia (rodzina) nie może się w połowie rozpaść a w połowie być utrzymaną, kult nie może w połowie wygasnąć, a w połowie być utrzymany, pecunia w połowie przypaść dziedzicowi, a w połowie stać się res nullius, familia (res mancipii) w połowie przypaść dziedzicowi jako część spadku, a w połowie najbliższemu agnatowi jako rzecz bezdziedziczna skutkiem wygaśnięcia rodziny itd.[1]. Ponieważ — wedle

[1] Jeżeli będziemy pamiętali o tych fatalnych następstwach rozpadnięcia się rodziny skutkiem śmierci patris familias bez pozostawienia dziedzica, to zrozumiałem się stanie, dlaczego Rzymianie sporządzenie testamentu uważali za tak ważny obowiązek patris familias (np. Kato robi sobie ciężkie wyrzuty, iż o 3 dni opóźnił się ze sporządzeniem testamentu po uzyskaniu możności jego sporządzenia); istotnie w tych warunkach zaniechanie sporządzenia testamentu stawało się ciężkiem wykroczeniem przeciwko obowiązkom religijnym, nielojalnością względem wierzycieli itd. Kiedy powstał testament mancypacyjny, który można było sporządzać nawet mając heredes suos, przekonanie o obowiązku sporządzenia testamentu się utrzymało, a przytem sama zasada uzyskała szersze zastosowanie, gdyż teraz każdy mogący sporządzić testament, uważał jego sporządzenie za swój obowiązek, pomimo, że nawet miał heredes suos. Jeżeli von Woess, mając już na oku czasy jedynowładztwa (Das römische Erbrecht und die Erbanwärter, str. 38, tekst i uw. 33), przekonanie Rzymian o moralnym obowiązku do sporządzenia testamentu stara się uzasadnić sprzecznością między obowiązującem wówczas prawem spadkowem, a zwyczajami spadkowymi, uwzględnianymi w testamentach, to należy zauważyć, że taka sprzeczność mogła przyczynić się do utrzymania w społeczeństwie przekonania o obowiązku do sporzą-

naszych poprzednich wywodów — testament in comitiis calatis można było sporządzić tylko w braku heredis sui, więc z tego powodu heres suus nie mógł nigdy dziedziczyć obok dziedzica testamentowego; a znowu istnienie testamentu i dziedzica testamentowego wyklucza rozpadnięcie się rodziny wywołane brakiem dziedzica. Przy testamencie mancypacyjnym, który sporządzać można nawet przy istnieniu dziedziców ab intestato, zasada omawiana staje się czemś sztucznie przyczepionem, nie wynikającem z istoty tego testamentu i istotnie nawet dość wcześnie w pewnych wyjątkowych wypadkach zostaje przełamaną — jakto wyżej widzieliśmy przy dziedziczeniu przez córki pozostające pod władzą testatora a przezeń pominięte w testamencie; później w prawie justyniańskiem pod wpływem prawa greckiego wyjątki te stają się bardzo liczne; (ob. von Woess, Das römische Erbrecht str. 248 i n. str. 272 i n.). Widocznem jest zatem, że prawidło »nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest« mogło się wytworzyć tylko przy testamencie in comitiis calatis i z niego do testamentu mancypacyjnego zostało przyczepione.

Dalszą taką zasadą jest zasada, iż testament sporządzić może ważnie tylko osoba sui iuris; w konsekwencji tego już sama niepewność testatora co do swego stanu lub samo jego mylne przekonanie, iż jest alieni iuris pociąga za sobą niemożność testamentu D 28, 1, 15. Podobnie capitis deminutio testatora dotykająca go po sporządzeniu testamentu, np. dostanie się testatora pod władzę innego patris familias skutkiem arrogacji, o ile testator przed śmiercią nie stanie się znowu sui iuris, popadnięcie w niewolę nieprzyjacielską itd. pociąga za sobą nieważność poprzednio ważnie sporządzonego testamentu (por. Gaius II 147); dopiero później złagodzono skutki popadnięcia w niewolę za pośrednictwem fictionis legis Corneliae (D 28, 1, 12 Sohm Inst. wyd. 16, str. 209, 210) przyjmującej, że obywatel rzymski wzięty do niewoli nieprzyjacielskiej tam zmarły, zmarł w chwili, zanim go wzięto do niewoli, a zatem jako obywatel, skutkiem czego i sporządzony przezeń testament utrzymywał się w mocy. Prawidła te są zupełnie obce naturze testamentu mancypacyjnego, albowiem raz dokonana ważna mancypacja i będące jej skutkiem przeniesienie własności nie staje się nieważnem skutkiem capitis deminutio mancipio dantis. Przy

dzenia testamentu, ale nie mogła jeszcze sama wytworzyć tej egzaltacji, którą spotykamy u Rzymian, gdy mowa o obowiązku do sporządzenia testamentu.

testamencie in comitiis calatis sprawa przedstawia się inaczej; ustanowienie dziedzica za pośrednictwem takiego testamentu jest ustanowieniem kontynuatora rodziny dokonanem przez jej patrem familias na podstawie przysługującej mu władzy nad rodziną. Kto nie jest pater familias, lecz jest alieni iuris, temu brak władzy potrzebnej do ważnego ustanowienia dziedzica; z tego punktu widzenia z łatwością możemy sobie wytłomaczyć instytucję substytucji pupillarnej tj. ustanowienie dziedzica przez pater familias dla filius familias na wypadek, gdyby syn zmarł przed dojściem do dojrzałości; instytucja ta jest późnym już wytworem jurysprudencji rzymskiej, ale przedstawia się jako konsekwentne rozwinięcie zasad tkwiących w testamencie in comitiis calatis i stąd przeniesionych do późniejszego testamentu per aes et libram.

Powyżej naszkicowaliśmy główne kontury testamentu in comitiis calatis, o ile one dadzą się odtworzyć na podstawie późniejszego prawa. Jakkolwiek instytucja testamentu in comitiis calatis wytworzoną została specjalnie w tym celu, aby pater familias mógł swego niewolnika w braku heredis sui uczynić dziedzicem, i z powodu zależności niewolnika od testatora jednostronnie uwzględniała interes tego ostatniego, to jednak w pewnych warunkach i dla obywatela rzymskiego ten sposób powołania go na dziedzica mógł się okazać korzystniejszym od arrogacji lub adopcji, a to z tego powodu, że nie pociągał za sobą capitis deminutionis adoptowanego względnie arrogowanego i nie zrywał przez to węzłów agnatycznych łączących go z jego rodziną, płynącej stąd nadziei spadku ab intestato itd. Nie potrzeba dodawać, że dostanie się pod władzę arrogującego względnie adoptującego, jako patris familias, mogło nie odstraszać tylko przy zupełnem zaufaniu arrogowanego do arrogującego, a adoptowanego do adoptującego, co nie było chyba tak częstem wypadkiem. Wobec tego wszystkiego zrozumiałą się staje dążność, aby zapomocą testamentu in comitiis calatis powoływać nietylko niewolnika, ale i obywatela rzymskiego. Tu jednak nasuwają się pewne komplikacje. Niewolnik podlega władzy testatora, dlatego w razie powołania go na dziedzica nie może uchylić się od spadku (heres necessarius) pomimo, że niekiedy np. ze względu na ciężary sakralne, na przeciążenie długami spadku może to być dla niego pożądanem. Obywatel rzymski, nie pozostający pod władzą testatora, jako patris familias, nie może być skrępowany nakazem testatora »heres esto«; do tego potrzeba

jego własnej zgody. W jaki sposób prawo ten problem rozwiązywało, dziś na podstawie zachowanych źródeł odpowiedzieć trudno; teoretycznie możliwe są dwie ewentualności. Pierwsza ewentualność, to postanowienie, że obywatel rzymski powołany na dziedzica przez testament in comitiis calatis staje się dziedzicem — tak jak późniejszy heres extraneus — dopiero przez jego przyjęcie; druga ewentualność, to postanowienie, że ustanowienie dziedzicem obywatela rzymskiego przez testament in comitiis calatis może nastąpić tylko za jego zgodą, a wówczas staje on się dziedzicem już przez otwarcie spadku tak jak heres necessarius. Osobiście ta druga hipoteza wydaje mi się prawdopodobniejszą, gdyż ściślej nawiązuje ona do poprzedniego stanu prawnego; pierwsza hipoteza przedstawia się jako bardzo śmiała innowacja i jako stworzenie hereditatis iacentis w czasie między otwarciem spadku a jego przyjęciem, a taka śmiała innowacja wydaje mi się w owych czasach mało prawdopodobna. Źródła wspominają następnie o testamencie in procinctu (Gaius II 101 etc.). Przy obecnym stanie źródeł trzeba zrezygnować z pewności i ograniczyć się do hipotez; najprawdopodobniejszą jest hipoteza, że testament in procinctu różnił się od testamentu in comitiis calatis formą zaświadczenia dotyczącej czynności prawnej; mianowicie przy testamencie in comitiis calatis zaświadczenie ustanowienia dziedzica następowało przed obywatelami, zebranemi na comitia calata, natomiast przy testamencie in procinctu zaświadczenie to następowało w obecności zgromadzonych towarzyszy broni, również będących obywatelami rzymskimi. Zasadnicza koncepcja prawna jest wciąż tasama, a dla dalszego rozwoju instytucji testamentu w prawie rzymskiem testamentum in procinctu ma to tylko znaczenie, że oswoiło prawników rzymskich z możnością zaświadczenia testamentu (tj. aktu ustanowienia dziedzica) nietylko przed obywatelami zgromadzonymi na comitia calata, ale także przed jakiemkolwiek innem zgromadzeniem obywateli, byle tylko w sposób, któryby temu aktowi zapewniał notoryjność. Wyłom w zasadach dotychczasowego prawa i uznanie swobody testowania pojawiają się dopiero przy późniejszej formie testamentu, mianowicie przy testamencie per aes et libram[1].

---

[1] Pod względem chronologji należy zauważyć, że na kilka lat przed wzięciem Numancji (r. 133 przed Chr.) żołnierze 5 kohort legjonowych, idąc na zdobycie Contrebii, wszyscy sporządzili testamenty in procinctu tak, jak gdyby szli na śmierć pewną, Vell. Paterc. II, 5 cyt. u Cuq'a

## II.

Gaius II (102) Accessit deinde tertium genus testamenti quod per aes et libram agitur. qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urguebatur, amico familiam suam, [id est patrimonium suum][1] mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur, (103) Sed illa quidem duo genera testamentorum[2] in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quod cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur, (104). Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulus testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gracia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur. Familia pecuniaque — tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aenaeaque libra, esto mihi empta; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens dicit. Hace ita ut in his tabulis ceris-

---

Institutions juridiques wyd. I, t. I, str. 521, uw. 1. Wedle świadectwa Cycerona testament in procinctu istniał jeszcze za czasow Katona starszego obok testamentu mancypacyjnego (De orat. I 53) a dopiero za czasów Cycerona testament in procinctu już był popadł w desuetudo (Cic. De natura deorum II 3) ob. u Cuq'a l. c. t. I str 521, uw. 2, 3. W związku z powyższą chronologją należy zaznaczyć, że lex Furia testamentaria i lex Voconia (ta ostatnia z r. 169 przed Chr.) dowodzą istnienia testamenti per aes et libram i swobody testowania, (ob. niżej) a lex agraria z r. 643 a. u. c. (r. 110 przed Chr.) lin. 23 dowodzi, że już wówczas dziedziczenie testamentowe było regułą (ob. von Woess, Das römische Erbrecht, str. 31.

[1] Zdaje się, że te słowa są późniejszym dodatkiem, mającym objaśnić niezrozumiałe już wówczas słowa familia, a objaśnienie to jest fałszywe, gdyż familia to nie cały majątek, lecz res mancipii

[2] tj. in comitiis calatis oraz in procinctu.

que scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites mihi testimonium perhibetote; et haec dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare et confirmare.

Z powyższego przedstawienia wynika — jakto już powyżej zaznaczyłem — że testament per aes et libram powstał z czynności prawnej, mającej na celu obejście prawa, pozwalającego na sporządzenie testamentu (in comitiis, in procinctu) jedynie w braku heredis sui, a poza tym wypadkiem niepozwalającego rozporządzać familią (res mancipii) na wypadek śmierci. Celem obejścia prawa pater familias, korzystając ze swobody rozporządzania familia przez czynności prawne między żyjącymi na podstawie ustawy XII tablic, przez akt mancypacyjny przenosił własność swej familia na osobę zaufaną (familiae emptor), mając zaufanie że ten familiae emptor przez dalszy akt mancypacyjny po jego śmierci odda poszczególne rzeczy, wchodzące w skład tej familia, tym osobom, dla których je pater familias przeznacza. Cały ten pozorny akt mancypacji dotyczył jedynie familiae (nie zaś pozostałych części majątku); dowodzi tego posługiwanie się w tym wypadku aktem mancypacyjnym, który służył do przeniesienia własności na res mancipii, a nie mógł służyć do przeniesienia własności na res nec mancipii; dalej dowodzi tego nazwa »familiae emptor«. Powyższa pozorna mancypacja familiae w połączeniu ze swobodą rozporządzania pecunią zapomocą legatów, uznaną przez ustawę XII tablic dawały obywatelowi rzymskiemu prawie zupełną swobodę rozporządzania swym majątkiem na wypadek śmierci; jedynie wierzytelności i długi nie mogły być w ten sposób oderwane od osoby dziedzica. Ponieważ akt mancypacyjny dostępny był obywatelom rzymskim nietylko płci męskiej, lecz i żeńskiej, więc za pośrednictwem takiego aktu mancypacyjnego mogły swą familia rozporządzać także obywatelki rzymskie sui iuris (oczywiście cum auctoritate tutoris) i można było rozporządzać swą familia także na korzyść obywatelek rzymskich, kiedy poprzednio testament in comitiis calatis sporządzony mógł być tylko przez pater familias i na dziedzica mógł powoływać tylko mężczyznę (niewolnika lub obywatela rzymskiego), co również przedstawia się jako rozszerzenie swobody rozporządzania swą familią w porównaniu z dotychczasowem prawem. Jakkolwiek skąpe są źródła z owych czasów, to jednak widać, że tę swo-

bodę rozporządzania swą familia starali się uzyskać Rzymianie nie w tym celu, aby majątek ze szkodą dzieci przeznaczać obcym; temu na przeszkodzie stał bardzo jeszcze silny wówczas zmysł rodzinny i widoczne jeszcze później pojmowanie rozporządzenia swym majątkiem na wypadek śmierci jako najważniejszego obowiązku (officium) patris familias względem rodziny[1] w połączeniu z właściwą Rzymianom niechęcią do hojności na zewnątrz kosztem swej rodziny. Następnie sama instytucja familiae emptoris dowodzi, że osobie rozporządzającej swą familia na wypadek śmierci za pomocą pozornego aktu mancypacyjnego chodziło prawidłowo o przeznaczenie tej familiae dla osób pozostających pod jego władzą, które z tego powodu jako alieni iuris niczego nie mogły nabyć dla siebie; dlatego też posługiwano się familiae emptorem, który rzeczy nabyte drogą mancypacji na własność oddawał dalej na własność po śmierci mancipio dantis osobom, dla których były one przeznaczone; gdyby rozchodziło się o inne osoby (tj nie pozostające pod władzą osoby rozporządzającej swą familia na wypadek śmierci za pośrednictwem pozornego aktu mancypacyjnego), to ta ostatnia osoba bez pośrednictwa familiae emptora mogłaby przez pozorny akt mancypacyjny oddać poszczególne res mancipii na własność wprost tym osobom. dla których je przeznaczała, o ileby tylko nie bała się z ich strony nadużycia zaufania[2]. Wszystkie te poszlaki razem wzięte w połączeniu z jeszcze znacznie później utrzymującym się zwyczajem, aby dziedzicem ustanawiać jednego tylko syna, a resztę dzieci wydziedziczać pozostawiając im zaopatrzenie w formie legatów[3], przemawiają za przypuszczeniem, że Rzymianie o swobodę rozporządzania swą familia na wypadek śmierci walczyli głównie dla tego, aby przez rozporządzenia ostatniej woli niedopuścić do rozdrobnienia majątków[4]. Jako przyczyny, które mogłyby wywołać

[1] Bonfante Scritti giuridici varii t. I (1916), str. 115 i nast., str. 325 i nast. Cuq Inst. jurid. wyd. I, t. II, str. 585—586.

[2] ob. Cuq Institutions jur. wyd. I, t. I, str. 519—521.

[3] ob. Bonfante Scritti giuridici varii t. I, str. 115 i nast., str. 325 i nast., por. von Woess, Das römische Erbrecht str. 65—128.

[4] Podnosi to z silnym naciskiem Bonfante (Scritti giuridici varii t. I, str. 115 i n.). Twierdzenie powyższe jest najzupełniej słuszne w zastosowaniu do testamentu per aes et libram. Tamże u Bonfantego (t. I, str. 325 i nast.) spotykamy nadzwyczaj pouczające porównanie tego zwyczaju spadkowego rzymskiego z prawem spadkowem i zwyczajami spadkowymi Japończyków Podobieństwo to jest wywołane podobnem pojmowaniem stosunku jednostki do rodu, mianowicie podporządkowaniem jej interesów interesom rodu.

lub przynajmniej spotęgować taką dążność wymienić należy prawo o składzie komicjów centurjalnych, przypisywane przez tradycję królowi Serviusowi Tulliusowi, a w istocie — jakto powyżej zaznaczyliśmy — pochodzące najwcześniej z IV wieku po Chr. Kiedy w dawnych komicjach kurjalnych prawo głosowania było niezależne od majątku, to przeciwnie było na komicjach centurjalnych; w tych warunkach rozdrobnienie się majątku przez równe działy między synów, dziedziczących ob intestato, mogło pozbawić ich prawa głosowania w klasie rycerskiej lub w pierwszej klasie obywateli (census 100 000 asów), a tem samem zepchnąć ich do liczby tych, którzy mieli prawo głosowania w klasach dalszych, pozbawionych — jak wiadomo — wedle pierwotnego ustroju komicji centurjalnych wpływu decydującego na uchwały tychże komicjów. Dalszym powodem był charakter dostojeństw magistratualnych rzymskich, które otwierały drogę do senatu i do tworzącej w miejsce patrycjatu nowej arystokracji (nobilitas) Dostojeństwa te były nie tylko bezpłatne, ale ponadto wymagały znacznych wydatków na cele reprezentacyjne; były więc dostępne tylko dla zamożnych. W okresie tworzenia się nowej arystokracji (nobilitas) po otwarciu dostępu plebejuszom do dostojeństw magistratualnych, te rodziny, które chciały podnieść lub co najmniej utrzymać swoje stanowisko socjalne, musiały się trzymać tego zwyczaju, aby niedopuścić do rozdrobnienia majątku. Z drugiej strony istnienie takiego zwyczaju wyjaśnia nam istnienie w Rzymie tej stosunkowo wielkiej ilości obywateli bezrolnych i dziwną siłę ekspanzji, którą Rzym okazywał przy tworzeniu ze swych obywateli najpierw kolonji Latyńskich, potem kolonji obywatelskich (municipia civium Romanorum).

Stan rzeczy, który się wytworzył w ten sposób, mianowicie swoboda rozporządzania swą familia na wypadek śmierci za pośrednictwem pozornego aktu mancypacyjnego, nie był pogwałceniem prawa dziedziczenia, którego główną funkcją było kontynuowanie familiae spadkodawcy, a treść majątkowa była tylko konsekwencją pierwszej funkcji, a to tem bardziej, że zazwyczaj familia pozostawała skutkiem takiego aktu mancypacyjnego w rodzinie, a tylko zostawała skupiona w jednym ręku w miejsce poddania jej równemu podziałowi między wszystkich współdziedziców Mimo tego powyżej przedstawiony stan rzeczy wywołał cały szereg niedogodności Jako takie niedogodności należy wymienić ciężar sakralny i długi spadkowe. Jeżeli zmarły pozostawił dziedziców, to

ciężary te przechodziły na nich, lecz oni najczęściej — poza jednym uprzywilejowanym przez przeznaczenie dlań familiae — dla braku środków materjalnych nie mogli im podołać[1]. Bardzo jest też prawdobnem, że nawet osoby nie mające heredis sui nie sporządzały testamentu (ani in procinctu ani in comitiis calatis), lecz swą pecunia rozporządzały w drodze legatów, a familia przez pozorny akt mancypacyjny; a wówczas dla braku dziedzica gasł kult i długi spadkowe[2]. Wobec tego jurysprudencja rzymska — pozostająca jeszcze wówczas, jak się zdaje, pod silnym wpływem kollegjum pontyfików, — poczyna dążyć do tego, aby z poszczególnych części składowych majątku spadkodawcy (familia, pecunia, wierzytelności, długi)[3] stworzyć jedną nierozerwalną masę spadkową, z którą byłby

---

[1] Te wypadki się rozgrywały prawdopodobnie jeszcze przed wprowadzeniem przez pretora egzekucji na majątek dłużnika, a zatem jeszcze wówczas, gdy dłużnik swą osobą odpowiadał wierzycielowi. Mimo tego jednak wzgląd na wypłacalność dziedziców dłużnika odgrywać musiał dużą rolę także przy systemie odpowiedzialności ściśle osobistej dłużnika, gdyż odpowiedzialność ściśle osobista dłużnika była środkiem presji, skutecznym tylko wobec wypłacalnego dłużnika, a wobec niewypłacalnego zawodziła. Że z wymienionymi w tekście względami liczono się wówczas istotnie, tego dowodzi stwierdzony przez Gaiusa (II 55) wpływ tych samych czynników na powstanie instytucji usucapionis pro herede, która — jakto niżej zobaczymy — powstaje właśnie w owym czasie w związku z powstaniem testamentu per aes et libram.

[2] Powód powstania tego testamentu per aes et libram podany przez Gaia w przytoczonym powyżej ustępie II 102 (trudność sporządzenia testamentu in comitiis calatis lub in procinctu w razie zagrażającej nagłej śmierci) nie wytrzymuje krytyki, albowiem z jednej strony, ignoruje brak swobody testowanis wówczas, gdy pater familias miał heredes suos i dążność do obejścia tych ograniczeń za pośrednictwem pozornej czynności prawnej, a z drugiej strony Rzymianie — gdyby tylko sama forma czynności prawnej była przeszkodą dla sporządzenia testamentu, umieliby tę formę złagodzić, a to tem bardziej, że wówczas comitia calata i comitia curiata same zeszły do prostej formy i były reprezentowane przez 30 liktorów. Z całego opowiadania Gaia to tylko wydaje się możliwem, że bardzo często obywatel rzymski, nie mając heredes suos, nie sporządzał naumyślnie testamentu i ograniczał się do rozporządzenia swą familia za pośrednictwem pozornej mancypacji, a swą pecunia za pośrednictwem legatów, aby osobom tak honorowanym dać ten majątek wolny od długów i ciężarów sakralnych, (utrata wierzytelności w owym czasie nie odgrywała poważnej roli), a swe nielojalne postępowanie w stosunku do kultu domowego i w stosunku do wierzycieli starał się usprawiedliwić rzekomo niespodzianem zaskoczeniem go przez niebezpieczeństwo śmierci.

[3] Tem związaniem długów spadkowych z aktywami spadkowymi w jedną nierozerwalną masę majątkową tłomaczy się postanowienie

związany ciężar kultu domowego (ob. Cicero de legibus II 19, 47, oraz 52) a konsekwencją tego jest połączenie w jeden akt prawny wyżej przedstawionego rozporządzenia familią na wypadek śmierci zapomocą pozornego aktu mancypacyjnego z testamentem i ewentualnymi legatami. Połączenie to następuje w ten sposób, że uznaną i utrzymaną zostaje swoboda rozporządzania familią na wypadek śmierci za pomocą mancypacji uzyskana wyżej przedstawionym wybiegiem prawniczym, ale takie rozporządzenie wymaga do swej ważności, aby było połączone z powołaniem tejże osoby na dziedzica. Jeżeli czytamy wyżej przez Gaiusa przedstawioną formę tego, przez powyższe połączenie stworzonego, aktu prawnego, to rozróżniamy wyraźnie jego elementy składowe; jeden element — to akt mancypacyjny; drugi zaś element, to ustanowienie dziedzicem tego, dla którego przeznaczoną zostaje familia, mancipio data familiae emptori. Te dwa elementy zawierają jednak w sobie cały szereg sprzeczności, które jurysprudencja musiała usunąć. Najpierw trzeba było rozpocząć od zmodyfikowania skutków mancipationis. Formuła, którą wypowiada — wedle Gaiusa — familiae emptor przy testamencie per aes et libram, odbiegła znacznie od formuły, którą wypowiada manu capiens przy zwyczajnej mancypacji; formuła ta wspomina nietylko o familia ale i o pecunia, czyli o całym majątku; ponadto z formuły tej odpadła wzmianka o nabyciu własności przez manu capientem »hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio« i pozostała z niej tylko wzmianka o nabyciu familiae pecuniaeque drogą fikcyjnego kupna »uno nummo« »esto mihi empta«, które tu nie ma żadnego znaczenia, gdyż jest tylko stwierdzeniem formy dotyczącej czynności prawnej (użycie wagi, fikcyjna zapłata ceny uno nummo); natomiast spotykamy się w omawianej formule ze stwierdzeniem swobody testowania przysługującej testatorowi (mancipio danti), a wypływającej z tej mancypacji »quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam«, tudzież zaznaczenie, że mancypacja ta dokonaną zostaje wyłącznie dla celów testamentu »familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam hoc aere aeneaque libra esto mihi empta«. To przekształcenie formuły wyraźnie wskazuje, jakim przekształce-

(Gai III 84), że w razie arrogacji dziedzica długi spadkowe przechodzą na arrogującego: podnieść należy, że powyższe postanowienie jest instytucją iuris civilis. Podobnie jest przy hereditatis in iure cessio ante aditionem (Gai II 34, 35).

niom uległy skutki tego aktu mancypacyjnego dla uzgodnienia go z powołaniem na dziedzica osoby, dla której familia zostaje przeznaczona, mianowicie akt mancypacyjny został pozbawiony swego znaczenia; majątek spadkodawcy (mancipio dantis) nie przechodzi za jego życia na własność familiae emptora, lecz dopiero po śmierci mancipio dantis ma wprost przypaść ustanowionemu przezeń dziedzicowi[1]. Równocześnie i forma testamentu, ustanawiającego dziedzica, musiała także uledz przekształceniu. Ustanowienie dziedzica wychodzi tutaj od osoby mancipio dantis, ale wypowiedzianem ono zostaje przed zgromadzeniem obywateli daleko mniej licznem i uroczystem, niż przy testamencie in comitiis calatis lub in procinctu, mianowicie przed 5 świadkami aktu mancypacyjnego, familiae emptorem i libripensem i do nich się zwraca testator o zaświadczenie dotyczącego testamentu w formule zapożyczonej — jakto już poprzednio zauważyłem — »...ita testor, itaque vos Quirites mihi testimonium perhibetote«. Pierwotnie testator dziedzica ustanawiał ustnie, później — jak widzimy z przedstawienia Gaia — wystarczało ustanowienie testamentu na piśmie (tabulae testamenti) w połączeniu z ustnem powołaniem się przed świadkami na treść spisanego dokumentu. Od ważności tego ustanowienia dziedzica zależy ważność całego omawianego przez nas aktu prawnego, będącego połączeniem przekształconej mancypacji z testamentem; stąd zasada, że institutio heredis caput et fundamentum testamenti (Gaius II 229). W dążności do skupienia wszystkich rozporządzeń na wypadek śmierci jurysprudencja rzymska poszła jeszcze dalej i postanowiła, że z tym aktem prawnym muszą być połączone ewentualne legaty, za pomocą którychby testator rozporządzał swą pecunia na rzecz innych osób (nie zaś dziedzica), dalej ustanowienie opieki, wyzwolenia. Przymusowe połączenie także ewentualnych legatów w jeden omawiany przez nas akt prawny uwzględnione zostaje w formule wypowiadanej przez testatora »ita do, ita lego...[2]. To przymusowe stworzenie nierozerwalnej hereditatis z po-

[1] Ponieważ w tem połączeniu pierwotny akt mancypacyjny zeszedł do prostej formy czynności prawnej, więc zrozumiałem jest, że pretor zrobił dalszy krok, czyniąc udzielenie bonorum possessionis secundum tabulas niezależne od dopełnienia formy mancypacyjnej, ob. Gaius III 119 Lenel Edictum perpetuum str. 336—337.

[2] Jaka była pierwotnie wymagana forma prawna dla ważności legatów i ustanowienia opieki przez patrem familias w rozporządzeniu ostatniej woli wedle XII tablic — nie jest nam wiadomem; być może, że wystarczał ustny, lecz w uświęconej przez tradycję formie (verbis

szczególnych części składowych majątku spadkodawcy, któremi on mógł dotychczas oddzielnie rozporządzać, zmusza go w razie powołania kilku współdziedziców, do podziału spadku między nich w kwotach ułamkowych w miejsce praktykowanego dotychczas przydziału poszczególnych rzeczy poszczególnym osobom [1]. Instytucja testamentu per aes et libram stworzyła jednak cały szereg dalszych trudności, które można było usunąć dopiero przez uzgodnienie materjalnego prawa spadkowego z nową formą testamentu Zadania tego dokonała również jurysprudencja rzymska bez współdziałania władzy prawodawczej Pierwszą trudność sprawiało postanowienie prawa rzymskiego, że heredes sui stają się automatycznie dziedzicami zmarłego patris familias, a temsamem i nabywają pozostały po nim spadek już skutkiem śmierci swego patris familias i że to nabycie jest nieuchronną konsekwencją ich współwłasności tego majątku, istniejącej jeszcze za życia patris familias, lecz ubezwładnionej przez władzę tego ostatniego (ob. wyżej). Skutkiem tego jeżeliby heres suus nie był w testamencie ustanowiony dziedzicem, to mimo tego stawał się on automatycznie dziedzicem ab intestato, a temsamem wykluczał od spadku inną osobę, ustanowioną dziedzicem w testamencie per aes et libram. Aby temu zapobiedz i urzeczywistnić swobodę rozporządzeń ostatniej woli, stworzoną zostaje instytucja wydziedziczenia (exheredatio) [2]. Już poprzednio widzieliśmy trudności, które sprawiało ważne wydziedziczenie postumorum et quasi postumorum i tutaj tylko do tego przedsta-

imperativis) wypowiedziany rozkaz patris familias wobec osób pozostających pod jego władzą; za przypuszczeniem naszem przemawiałyby późniejsze postanowienia co do adsignatio libertorum, która była również wewnętrzną sprawą rodzinną i nie wymagała specjalnej formy (ob. D 38, 4). W każdym razie nieprawdopodobnem jest, aby pierwotnie przy legatach była wymagana forma testamentu, gdyż przy testamencie wymóg formy (potrzeba publicznego zaświadczenia) podyktowany był skutkami tego aktu wychodzącymi poza obręb rodziny (ob. wyżej); odmienny jest pogląd Lenel w Essays in legal history str. 120 i nast.

[1] nieco odmiennie. Rabel Elterliche Teilung cyt. przez von Woessa Das römische Erbrecht str. 145, uw. 24 por. Holtzendorffs Enz. wyd. 7, t. I, str. 525, nr. 2.

[2] Tak Rabel w Holtzendorfie Enzyklopädie wyd. 7, t. I, str. 520, 528, 529, odmiennie von Woess Das römische Erbrecht und die Erbanwärter str. 138 i nast.; że instytucja wydziedziczenia jest wytworem jurysprudencji i że uznanie zdołała sobie uzyskać nie bez oporu, na to wskazuje bardzo charakterystyczna uwaga Paulusa, że trudno patri familias odmawiać prawa do wydziedziczenia swych heredes suos, jeżeli ich może kazać zabić D, 28, 2, 11.

wienia rzeczy odsyłamy. Co do formy to pierwotnie wystarczała tzw. exheredatio inter ceteros (ceteri omnes exheredes sunto) nawet w zastosowaniu do synów[1]; później zaostrzono wymóg formy, wymagając wydziedziczenia imiennego najpierw synów, później nawet innych heredes suos płci męskiej itd. (co do szczegółów ob. Gaius II 123—146). Przy tem zaostrzeniu formy pewną rolę mogła odgrywać dążność do zapobieżenia wydziedziczeniu, wywołanemu błędem testatora np. przekonaniem, że syn nie żyje itd a obok tego w okresie już dość późnym pod koniec republiki, kiedy pod wpływem greckim poczęła występować dążność do ograniczenia bezwzględnej swobody testowania i kiedy na tej drodze stworzono bonorum possessionem contra tabulas i querelam in officiosi testamenti, to bardzo prawdopodobnem jest, że sądy wyszukiwały rzekome usterki w formie wydziedziczenia, aby uznać za nieważny testament, który ich zdaniem krzywdził heredem ab intestato — tak jakto niejednokrotnie w dzisiejszej judykaturze kiełkująca nowa myśl prawnicza wywalczać sobie musi uznanie przy pomocy różnych naciągań prawa, a taka judykatura sądu centumwiralnego przyczyniła się oczywiście do zaostrzenia formy wydziedziczenia, a nawet później popartą została przez ustawy np. lex Junia Vellaea wymaga wydziedziczenia nominatim tych wnuków, którzy się stali heredes sui skutkiem śmierci syna już po sporządzeniu testamentu, a przy wydziedziczeniu wnuczek w analogicznym wypadku wymaga ta ustawa albo wydziedziczenia nominatim, albo wydziedziczenia inter ceteros przy zaopatrzeniu ich legatem (Gaius II 134).

Dalszą trudność, a raczej konieczność niekonsekwencji stwarzała konieczność ustanowienia dziedzica w testamencie per aes et libram pod rygorem nieważności testamentu i to nawet wówczas, gdy testator przeznaczał swój majątek dla heredem suum, jakkolwiek ten heres suus miał nawet skutkiem swej przynależności do familia spadkodawcy prawa dalej sięgające niż extraneus, powołany na dziedzica w testamencie per aes et libram, mianowicie skutkiem swej ukrytej wspólnej własności nabywał majątek spadkowy automatycznie już z chwilą otwarcia się spadku, a nadto na heredem suum przechodzi prawo do zemsty i do okupu, z czego późniejszą pozostałością jest actio iniuriarum z powodu iniuriae wyrządzonej spadkodawcy lub jego zwłokom (później dopiero przy-

[1] ob. von Woess Das römische Erbrecht str. 153 i nast.

znawana wszystkim dziedzicom ob. Ulpian D 47, 10 fr. 1 § 4), prawo do korzystania z grobowca familijnego (w przeciwieństwie do sepulcra hereditaria) i prawo patronatu nad wyzwoleńcami (D 38, 4); prawa tych dwóch ostatnich kategoryj jeszcze w prawie klasycznem przechodzą na heredes suos niezależnie od dziedziczenia z testamentu [1]; z drugiej jednak strony heres suus ustanowiony dziedzicem w testamencie per aes et libram dziedziczy na podstawie testamentu (nie zaś ab intestato), co objawia się w ustanowieniu ewentualnych legatów, wyzwoleniu niewolników itd.

Jeżeli w testamencie per aes et libram powołanym na dziedzica był niewolnik testatora, to stan najmniej odbiegał od stanu prawnego stwarzanego przez pierwotny testament in comitiis calatis; z jednej strony niewolnik jako uczestnik (chociaż upośledzony w porównaniu z filius familias) rodziny spadkodawcy stawał się automatycznie dziedzicem z chwilą otwarcia spadku; z drugiej strony zależność od władzy testatora jako jego pana sprawiała, że rozkaz zawarty w testamencie »heres esto« niewolnika obowiązywał i nie pozwalał mu na usunięcie się od dziedzictwa nawet gdyby się obawiał przeciążenia długami itd.

Natomiast donioślejsze zmiany musiały wystąpić w tym wypadku, gdy testament na dziedzica powoływał extraneum. Jakkolwiek i na takim dziedzicu testamentowym ciążył obowiązek do kontynuowania kultu domowego spadkodawcy, obowiązek do ultio mortis spadkodawcy itd.; a nadto przysługiwało mu prawo do korzystania z sepulcra hereditaria, to jednak poczyna sobie torować drogę przekonanie, że te prawa i obowiązki łączą się tylko ze spadkiem, lecz nie stanowią jego części składowej, że przeciwnie pojęcie spadku obejmuje jedynie ogół praw i zobowiązań prywatnych majątkowych spadkodawcy [2], a prawo dziedzica testamentowego polega na sukcesji uniwersalnej w prawa majątkowe prywatne testatora (por. Wróblewski, Zarys wykładu 7, I, str. 510—515). Tak wytworzone przy dziedziczeniu z testamentu przez extraneum pojęcie spadku i prawo dziedziczenia musiało oddziałać i na dzie-

[1] ob. Rabel w Holtzendorfa Enzyklopädie, wyd. 7, t. I, str. 520.

[2] Stanowi to zasadniczą zmianę w stosunku do długów. Pierwotnie — jak widzieliśmy — dalsze istnienie długu i odpowiedzialność dziedzica (czy to heredis sui czy successoris testamentarii) uzasadnioną była tem, że byli oni kontynuatorami familiae zmarłego patris familias; obecnie długi stanowią część składową spadku niezależnie od stosunków prawa familijnego łączących spadkodawcę z dziedzicem (por. Gai III 84).

dziczenie z testamentu przez heredem suum, a także przez heredem tantum necessarium (non suum); i w tych wypadkach poczyna się odróżniać spadek jako ogół praw i zobowiązań majątkowych prywatnych spadkodawcy przechodzących na dziedzica, od praw, które ten dziedzic uzyskuje ze śmiercią spadkodawcy skutkiem swej przynależności do jego familia, a ta dystynkcja, uzyskawszy sobie w nauce prawo obywatelstwa stosowaną bywa wreszcie i przy dziedziczeniu ab intestato (Definicja hereditatis podana Juliana w D. 50, 17, 62, a przez Africana w D 50, 16 fr. 208 wskazuje, że przedstawiona przez nas ewolucja, była w owym czasie ukończoną; natomiast lex agraria z r. 643 a u. c. [r. 110 przed Chr.] przeciwstawiając dziedziczenie z testamentu dziedziczenia ab intestato [lin. 23... quoive... is ager locus testamento hereditate deditionive obvenit] stwierdza, że w owym czasie odróżniano silnie dziedziczenie z testamentu (successio testamentaria) od dziedziczenia ab intestato przez heredem suum i to prawdopodobnie z tego powodu, że dziedziczenie z testamentu pojmowano już jako sukcesję uniwersalną w prawa i zobowiązania majątkowe prywatne spadkodawcy, a dziedziczenie ab intestato jeszcze jako instytucję prawa familijnego, mianowicie jako nabycie przez dziedzica pewnych praw wraz z obowiązkami z mocy stanowiska uzyskanego w rodzinie skutkiem śmierci spadkodawcy.

Dalszą zmianę przy dziedziczeniu przez extraneum wywołuje ta okoliczność, że extraneus nie podlegał władzy testatora i dlatego rozkaz testatora nie mógł go obowiązywać; skutkiem tego forma rozkazująca »heres esto« lub »heredem esse iubeo« (ob. Gaius II 117) straciła tutaj swe znaczenie i stała się tylko formą, dającą się wytłomaczyć historycznie, lecz pozostającą w sprzeczności z istotą danego aktu prawnego. Skutki testamentu, powołującego extraneum na dziedzica, musiały zostać dostosowane nie do formy, będącej przeżytkiem, lecz do natury tej czynności prawnej. Z tego powodu musiano pozostawić extraneo swobodę przyjęcia lub nieprzyjęcia spadku, co objawiło się postanowieniem, że extraneus staje się dziedzicem dopiero przez przyjęcie spadku[1]. Jestto poniekąd stanowisko i rozwiązanie kompromisowe, gdyż wedle prawa dawniejszego (naszem zdaniem przynajmniej) pecuniam nabywało się na

[1] Pozostawienie tej swobody extraneo było koniecznem także ze względu na długi spadkowe, które dla extraneusa były — odmiennie niż dla filius familias i dla niewolnika — długami obcymi.

własność dopiero przez jej usucapio, której początkiem było objęcie jej w usus; natomiast familia przypadała ipso iure proximo adgnato; obecnie gdy familia i pecunia stanowią tylko części składowe nierozerwalnej całości mianowicie spadku (hereditas), spadek ten nabyty zostaje przez jego przyjęcie (aditio). Przez to jednak między otwarciem, a przyjęciem spadku powstaje luka; ponieważ poszczególne prawa wchodzące w skład spadku przez extraneum nabyte zostają dopiero z chwilą przyjęcia spadku, więc res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. (Gaius w D 1, 8, 1 pr.); w dalszej konsekwencji furtum na takich rzeczach popełnionem być nie może, dopóki heres extraneus nie obejmie ich w posiadanie (Gaius III 201, ograniczenia u Marc. i Scaevoli D 47, 2, fr. 69—71) i z tego powodu dopiero za Marka Aurelego stworzone zostaje osobne crimen expilatae hereditatis (ob. D 47, 19, 1), aby tego rodzaju czynów zabronić. Z drugiej znowu strony jest wśród prawników rzymskich zupełnie zrozumiała dążność, aby nietylko zachować ciągłość prawną dla przyszłego dziedzica na ten wypadek, gdy on nabędzie spadek przez jego przyjęcie tak, aby mógł być uważany za następcę prawnego spadkodawcy, ale nadto występuje dążność, aby w czasie przed przyjęciem spadku majątek spadkowy skonstruować jako organiczną całość, mogącą być przedmiotem prawidłowej gospodarki np. w sprawie nabycia na własność owoców przypłodku itd. z rzeczy należących do spadku, nabycia legatów przypadających niewolnikom, należącym do spadku itd. Między tymi dwoma punktami widzenia zachodzi zasadnicza sprzeczność, którą prawnicy rzymscy starają się w różny sposób usunąć; pierwotnie (aż do II wieku po Chr) służy do tego celu fikcja, że nabycie spadku działa wstecz do chwili otwarcia spadku (Cassius w D 45, 3. 28, 4); później bierze górę pogląd Juliana, że spadek aż do jego przyjęcia swą siłę nabywczą czerpie z osoby spadkodawcy i formułuje go się temi słowy, że przedstawia on »sustinet« osobę spadkodawcy, nie zaś dziedzica (Gaius D 28, 5 fr. 31, § 1. Marcel w D 41, 3, 15 pr. Ulpian 41 1, 34), niekiedy samą masę spadkową uważa się jako zdolną do tego, by samej pozostawać w stosunkach prawnych (Paulus w D 3, 5, 20, 1, Modestinus w D 45, 3, 35)[1]. Ostatecznie za Justyniana wyłania się z tego konstrukcja, uważająca nieobjętą masę spadkową za osobę

[1] Przedstawienie to zaczerpnięte z Rabla w Holtzendorfa Enzyklopädie wyd. 7, t. I, str. 532, 533.

prawniczą (D 9, 2, fr. 13, § 2 interpol. [dominus... habebitur][1]. Skutkiem wyżej przedstawionej ewolucji tj. utworzenia z majątku, pozostałego po spadkodawcy, jednej nierozerwalnej masy spadkowej, obejmującej między innemi także familiam et pecuniam, tudzież skutkiem postanowienia, że heres extraneus nabywa spadek dopiero przez jego przyjęcie, było przekształcenie się instytucji usucapionis pro herede. Wobec stworzenia pojęcia hereditatis jako nierozerwalnej całości, najbardziej logicznem byłoby uznać, że dotychczasowa usucapio pro herede dotycząca tylko pecuniae, stała się bezprzedmiotową i przestała istnieć, a to tembardziej, że prawdopodobnie już wówczas poczęły występować w jurysprudencji tendencje, aby usucapionem uczynić zależną od dobrej wiary i tytułu prawnego; jeżeli tej drogi wbrew logice nie obrano i stworzono dziwoląg prawniczy, jakim jest znana nam ze źródeł usucapio pro herede (np. Gaius II 52—55), to przyczyną były następujące względy, mianowicie: testator i pontifices obawiali się, że powołany w testamencie heres extraneus nie przyjmie spadku dla uniknięcia obowiązków sakralnych i odpowiedzialności za długi spadkowe, a raczej, że będzie on zwlekał z przyjęciem spadku, a tymczasem obejmie on rzeczy należące do spadku i nabędzie je w drodze zwykłego zasiedzenia (nie pro herede); bardzo być może też, że heres extraneus, będący najczęściej najbliższym agnatem, a powołany na dziedzica cum cretione perfecta spodziewał się po nieprzyjęciu spadku z testamentu nabyć pozostałą familiam ipso iure z mocy ustawy XII tablic, z powodu braku dziedziców[2]. Potrzebnem zatem było stworzenie jakiegoś środka presji na powołanego w testamencie heres extraneus (Gaius II 55)

Do tego celu służyła wspomniana w formule wypowiedzianej przez familiae emptora »mandatela custodelaque«, oparta na dokonanej mancipacio familiae pecuniaeque. Tu mandatela custodelaque nie była już wówczas prawem własności ex iure Quiritium, ale służyła prawdopodobnie do tego, aby familiae emptor mógł heredem extraneum zgodnie z wolą testatora nie dopuścić do objęcia rzeczy spadkowych przed przyjęciem spadku, co temsamem otwie-

[1] Dla uniknięcia tych trudności prawodawstwo nowoczesne (kod. Napoleona, kod. cyw. niemiecki) poszły odmienną drogą, przyjmując, że dziedzic nabywa spadek ipso iure, a tylko może go odrzucić ze skutkiem wstecznym, — co jednak również stwarza cały szereg innych trudności.

[2] Prawo cywilne nie zakreślało terminu do przyjęcia spadku.

rało możność innym osobom, a przedewszystkiem samemu familiae emptorowi nabycia na własność tychże rzeczy spadkowych przez usucapionem. Tą genezą i tym celem tłomaczą się z łatwością dziwaczne właściwości tej usucapio pro herede, mianowicie wykluczenie od niej osoby uważającej się za powołaną na dziedzica, a ograniczenie jej zastosowania tylko do osób w złej wierze (ob. Perozzi Istituzioni, t. II (r. 1908), str. 385 i n., oraz Wróblewski w Czasopiśmie prawniczem krak., Rocznik XXI Nr. 1—6, str. 212 i nast, odmiennie Bonfante Scritti giuridici varii t. II, r. 1918, str. 641 i n. 646 i n.)[1]. W literaturze opierającej się na Gaiu (II 53, 54) przyjętym jest jednak pogląd, że pierwotnie przedmiotem tej usucapio pro herede były nie poszczególne rzeczy spadkowe, lecz cała hereditas (ob. np. Mitteis Röm. Privatrecht) i że usucapio poszczególnych rzeczy spadkowych jest późniejszem przekształceniem tej instytucji.

Ponieważ w tym okresie hereditas stanowi już jedną nierozerwalną całość, więc istotnie najprostszą byłaby konstrukcja tego rodzaju, że przedmiotem usucapionis pro herede jest cały spadek; temu jednak na przeszkodzie stoi ta okoliczność, że w skład hereditatis wchodzą obok rzeczy zmysłowych także wierzytelności, długi i ciężary sakralne, jednem słowem stosunki prawne, które wedle prawa rzymskiego nie mogą być przedmiotem zasiedzenia (XII tablic mówią wyraźnie o nabyciu przez zasiedzenie tylko własności rzeczy nieruchomych i innych)[2]. Skutkiem tego

[1] Później jak wiadomo, kiedy pretor stworzył w swym edykcie bonorum possessionem i successionem ordinum et graduum, mandatela i custodela familiae emptora nie mogła być stosowana, a usucapio pro herede straciła swą rację bytu i występują dążenia do złagodzenia jej skutków; dążeniu temu czyni zadość postanowienie cesarza Hadrjana, że nawet dokonana usucapio pro herede jest bezskuteczna wobec dziedzica (Gaius II, 57). Ponieważ za czasów Gaiusa mandatela et custodela familiae emptora już wyszła z użycia, więc milczenie Gaia o tej instytucji nie powinno nas zadziwiać, a bez przyjęcia tej instytucji niezrozumiałem jest, w jaki sposób usucapio pro herede ma być środkiem presji na heredem extraneum, aby spadek przyjął, kiedy usucapionem pro herede wyklucza nie przyjęcie spadku, lecz objęcie rzeczy spadkowych przez dziedzica.

[2] Przeciwko temu poglądowi, aby przedmiotem usucapionis pro herede mogła być kiedykolwiek hereditas jako całość, przemawiają postanowienia XII tablic, znające tylko zasiedzenie rzeczy zmysłowych, dalej postanowienia XII tablic o losach familiae w razie bezdziedzicznej śmierci jej właściciela, wogóle przedstawione przez nas losy majątku w razie bezdziedzicznej śmierci patris familias itd. Z pozorną mancypacją, ma-

zastosowanie usucapionis pro herede ograniczonem zostaje tylko do familia i do pecunia tj. do rzeczy zmysłowych, wchodzących w skład spadku; (analogję stanowi tu mojem zdaniem in iure cessio praw spadkowych proximi adgnati, nabytych już przez przyjęcie spadku, gdzie skutkiem in iure cessionis gasły wierzytelności spadkowe, jako nie mogące stanowić przedmiotu in iure cessionis ob. Gaius II 35). Mimo tego rozszerzenia usucapionis pro herede na familiam, z dawnej usucapio pecuniae utrzymany zostaje termin jednoroczny zasiedzenia, jakkolwiek w skład familiae mogą wchodzić nieruchomości, wymagające wedle XII tablic dwuletniego terminu zasiedzenia (Gaius II 54)

W związku ze skonstruowaniem hereditatis jako jednej nierozerwalnej całości, pozostaje także wytworzenie się prawa dziedziczenia ab intestato przez bocznych agnatów i gentylów Wedle XII tablic — jakto wyżej zaznaczyliśmy — przypadała im na własność familia ipso iure w braku heredis sui lub testamentarii; obecnie wobec nowoskonstruowanej całości hereditatis, otwierają się dwie alternatywy; albo uznać, że nie mają oni już prawa do takiej familia, albo też postanowić, że familia im przypada, ale przypada jako część składowa hereditatis. Pierwsze rozwiązanie byłoby krzywdzącem dla agnatów i gentylów, a nie przynosiłoby

---

jącą na celu obejście zakazu rozporządzania familią na wypadek śmierci, usucapio hereditatis także nie może się łączyć, gdyż przedmiotem tej mancypacji była tylko familia, a nie cały majątek mancipio dantis Pojęcie usucapionis hereditatis mogłoby się pojawić dopiero z chwilą, kiedy pojawia pojęcie hereditatis jako nierozerwalnej całości, a gdyby — wbrew istocie zasiedzenia — przyjąć, ze hereditas może być przedmiotem zasiedzenia, to taki, który nabyłby hereditatem w drodze usucapionis pro herede, byłby sukcessorem uniwersalnym, obok wierzytelności przechodziłyby nań długi itd. Tymczasem wiemy, ze dopiero pretor dał wierzycielom spadkodawcy możność dochodzenia swych wierzytelności na majątku spadkowym w razie bezdzietdzicznej śmierci spadkodawcy (ob. wyżej). Gdyby prawo rzymskie raz przez instytucję usucapionis pro herede zabezpieczyło interes wierzycieli spadkowych, toby następnie nie robiło kroku wstecz, by ograniczać usucapionem pro herede do rzeczy zmysłowych z wykluczeniem długów i ciężarów sakralnych, co byłoby oczywistą zmianą na korzyść usucapientis. Dlatego wyrażenie Gaia, iz pierwotnie przedmiotem usucapionis pro herede była cała hereditas (II 54), pojmuję jako nieścisłość wyrażenia, wywołaną tem, ze pierwotnie w majątku spadkowym długi i wierzytelności nie odgrywały dużej roli, a gdy poczęły odgrywać, wyraźnie jurysprudencja zaznaczyła, że nie mogą one być przedmiotem usucapionis pro herede. (Obowiązek do sacra spadał na usucapientem pro herede, gdyz sacra były związane z majątkiem ob. Cicero de legibus II 19—47 oraz 52).

nikomu żadnej korzyści; drugie rozwiązanie uwzględniało interes agnatów i gentylów, mający swą podstawę w bardzo silnem jeszcze poczuciu łączności rodowej, a nadto pozwalało zmniejszyć ilość spadków bezdziedzicznych, które — jak widzieliśmy — były zjawiskiem niepożądanem. Nic dziwnego, że w tych warunkach przychylono się do drugiego rozwiązania, które jednak znowu pociągnęło za sobą nowe trudności. Ponieważ w skład spadku wchodzić mogły długi spadkowe i ciężary sakralne, więc trzeba było agnatowi, powołanemu do dziedziczenia ab intestato, pozostawić swobodę przyjęcia lub nieprzyjęcia przypadającego mu spadku, a problem ten rozwiązano tak samo jak przy powołaniu na dziedzica extranei w testamencie [1] [2]. Że to dziedziczenie ab intestato powstało z rozszerzenia prawa przysługującego pierwotnie ipso iure najbliższemu agnatowi do bezdziedzicznej familiae, tego dowodem jest możność in iure cessionis takiego prawa przed przyjęciem spadku (ob. wyżej i Gaius II 35) tudzież powołanie tego tylko najbliższego agnata do dziedziczenia ab intestato, a nie powołanie następnego najbliższego agnata, w razie gdyby pierwszy spadku nie przyjął. Gdy nabycie familiae następowało ipso iure, takie ewentualne dalsze powołanie było bezprzedmiotowem; gdy proximus adgnatus powołany ab intestato do spadku miał swobodę jego przyjęcia lub nieprzyjęcia, to powołanie samego tylko proximi adgnati bez ewentualnego dalszego powołania dziedziców ab

---

[1] W ten sposób da się usunąć sprzeczność między brzmieniem ustawy XII tablic »proximus agnatus familiam habeto itd.« a twierdzeniem Gaia III 9, ze w braku heredis sui spadek przypada agnatom ab intestato w myśl ustawy XII tablic. Jeżeli pamiętać będziemy, ze tutaj — podobnie jak przy przyznaniu kobietom prawa dziedziczenia jako heredes sui — mamy do czynienia z przekształceniem pierwotnej instytucji prawnej przez jurysprudencję w drodze naciągniętej interpretacji, to nieścisłość w wyrazeniach Gaia wyda się nam zupełnie usprawiedliwiona, a wobec, wykazanych przez Paisa (Storia critica di Roma) tak częstych w tradycji historycznej rzymskiej, faktów przenoszenia wstecz do czasów wcześniejszych pewnych instytucji prawnych, zdarzeń historycznych, a nawet osobistości późniejszych, wyżej wspomniana nieścisłość Gaja nie powinna nas dziwić.

[2] Ponieważ brak było tu familiae emptora, więc brakło środka presji na heredem extraneum, aby spadek przyjął; bardzo być może, że celem usunięcia tego niedostatku pretor stworzył instytucję bonorum possessionis najpierw dla tego wypadku, a później dopiero rozszerzył na inne wypadki; (rozszerzenie instytucji bonorum possessionis na pierwotnie nią nie objęty wypadek, gdy spadkodawca pozostawił heredes suos, jest faktem niewątpliwym ob. wyżej).

intestato stawało się dotkliwym brakiem prawa spadkowego. Brakowi temu zapobiegła dopiero pretorska successio ordinum et graduum; w prawie cywilnem spotykamy jedynie nieśmiałą dążność do złagodzenia tego braku przez postanowienie, iż osobę proximi adgnati ocenia się nie według stanu rzeczy istniejącego w chwili otwarcia spadku, lecz »cum certum est, aliquem intestatum decessisse«. (Gaius III 11) »eo tempore, quo certum fuerit, aliquem intestatum decessisse« (tamże 13) tj. gdy np extraneus powołany w testamencie na dziedzica nie przyjmie spadku w terminie cretionis zakreślonym mu przez spadkodawcę itd. Jestto wyjątek od zasady powszechnie przestrzeganej, że decydującym w prawie spadkowem jest czas otwarcia spadku, i Gaius zdaje sobie istotnie sprawę z tej niekonsekwencji, motywując ją względami oportunizmu »quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est, tunc requiri proximum, cum certum esse coeperit neminem ex testamento fore heredem« Rozstrzygnięcie bowiem kwestji, kto jest najbliższym agnatem, powołanym do dziedziczenia ab intestato, wedle stanu rzeczy w chwili otwarcia spadku, doprowadziłoby do następujących konsekwencji: jeżeliby osoba, będąca najbliższym agnatem w chwili śmierci spadkodawcy, zmarła np. zanim upłynie termin zakreślony przez testatora do cretio hereditatis, to gdy heres testamentarius w terminie cretionis spadku by nie przyjął, spadek ten stałby się bezdziedzicznym; co najwyżej mógłby być przedmiotem usucapionis pro herede, co już jest mało pożądaną ewentualnością. Tych niepożądanych konsekwencji unikamy, oceniając wedle stanu eo tempore, quo certum est, aliquem intestatum decessisse, tę kwestję, kto jako najbliższy agnat będzie powołany do dziedziczenia ab intestato.

Jak już poprzednio zaznaczyłem, familia (res mancipi) bezdziedziczne przypadały w myśl ustawy XII tablic jedynie agnatom (ewentualnie gentylom) płci męskiej, co stanowiło analogję do wykluczenia kobiet od dziedziczenia jako heredes sui przez ustawę XII tablic: kiedy później przez jurysprudencję sfałszowano pierwotne brzmienie prawa, przyznając kobietom prawo dziedziczenia jako heredes sui na równi z mężczyznami, to za tym pierwszym krokiem poszło i przyznanie kobietom prawa dziedziczenia ab intestato na równi z bocznymi agnatami płci męskiej. (Reminiscencją dawnego wykluczenia kobiet wydaje mi się wyraźnie podkreślenie przez Ulpiana w komentarzu do edyktu »unde legitimi«, że w tej

klasie powołane są także i kobiety D 38, 7 fr. 2. § 2). Tu jednakże prawo dziedziczenia kobiet uległo znacznym ograniczeniom; mianowicie nie były powołane agnatki »ultra consanguineorum gradum« (Gaius III 14), a tosamo ograniczenie spotykamy jeszcze w receptae Sententiae Paula IV 8, 20 (22).

Powyżej przedstawione zmiany tj uznanie swobody rozporządzania swą familia na wypadek śmierci oraz uchylenie odmiennych postanowień co do losów familiae z jednej strony a pecuniae z drugiej strony w razie śmierci spadkodawcy bez pozostawienia ani heredes sui, ani heredes testamentarii zatarły istotną różnicę między familia jako majątkiem rodowym, a pecunia jako majątkiem ściśle indywidualnym; pozostała jedynie ta różnica, że tylko pecunią można było rozporządzać na wypadek śmierci za pośrednictwem legatu, a familią nie, oraz ta dalsza różnica w formach czynności prawnych, służących do przeniesienia własności (mancipatio przy res mancipii, traditio przy res nec mancipii), a praktyczne znaczenie tej ostatniej różnicy miał niebawem pretor złagodzić przez stworzenie tzw. własności bonitarnej i actionis Publicianae in rem dla jej ochrony[1]. Wobec swobody testowania i wobec zatarcia charakteru familiae jako majątku rodowego straciło swą rację bytu ograniczenie instytucji legatów jedynie do pecunia, a to tembardziej, że jeszcze przed uznaniem testamentu per aes et libram pozorny akt mancypacyjny dawał mancipio danti swobodę przeznaczenia poszczególnych res mancipii komu innemu, a nie tej osobie, która miała otrzymać główną masę familiae et pecuniae. Dlatego naturalnem się wydaje przypuszczenie, że uznanie testamentu per aes et libram przyniosło z sobą także uznanie swobody rozporządzania familią (res mancipii) za pośrednictwem legatów; ta jednak swoboda stwarza nowy problem ustawodawczy; mianowicie potrzebę ograniczenia tej części majątku, którą testator może rozporządzać za pośrednictwem legatów. Potrzeba ta była tem silniej odczuwana, że pecunia (którą poprzednio rozporządzać można było w drodze legatów) stanowiła przy ówczesnych stosunkach gospodarczych (w społeczeństwie rolniczem) podrzędną część majątku w stosunku do familia. Pierwszą próbą w tym kierunku jest lex Furia testamentaria, której wiek nie da się dokładnie oznaczyć, ale która jest w każdym razie wcześniejszą od lex Voconia z r. 169

[1] Actio Publiciana pochodzi prawdopodobnie z VI lub VII w. a. U. c. por. Cuq Institutions juridiques des Romains wyd. 1, t. I, str. 512, nr. 2.

przed Chr.[1]. Wspomniana lex Furia określa, maksymalną wysokość legatów i mortis causa capionum postanawiając, że poszczególny legat lub mortis causa capio — o ile nie są przeznaczone dla personae exceptae tj. dla bliskich testatora — nie mogą przenosić sumy 1000 assów (Gaius II 225)[2]. Można mieć pewne wątpliwości, czy istotnie ta ustawa miała cel ten, który jej Gaius podsuwa i czy z przyczyn przytoczonych przez Gaia (II 225) wspomniana ustawa okazała się nieodpowiednią. Wobec powszechnie przyjętego w Rzymie poglądu o obowiązku pozostawienia testamentu i o tem, że dziedziczenie po pewnej osobie ab intestato przynosi ujmę jej pamięci, prawo rzymskie mogło testatorowi zostawić troskę sporządzenia testamentu w ten sposób, aby testament się utrzymał i nie przyszło do dziedziczenia ab intestato a to tembardziej, że uznanie prawa dziedziczenia ab intestato bocznych agnatów w bardzo licznych wypadkach usuwało niebezpieczeństwo, że spadek zostanie bezdziedzicznym ze szkodą dla kultu domowego i wierzycieli spadkowych; w dodatku suma maksymalna legatów była dość skromna i przy spadkach po zamożniejszych obywatelach była nieznaczną w stosunku do wysokości spadku, a wiadomo, że rzymskie prawo spadkowe dość mało liczyło się z proletarjatem. Dlatego mnie osobiście wydawałoby się prawdopodobniejszem, że niebawem ze wzrostem zamożności w Rzymie, lex Furia okazała się zbyt krępującą, tj. maximum przez nią ustanowione zbyt małem.

Wobec tego lex Voconia z r. 169 przed Chr.[3] stara się określić maksymalną wysokość legatów i mortis causa capionum na innej podstawie, mianowicie wedle relacji do wartości części przypadających dziedzicom (Gaius II 226). Co do bliższego określenia tej wysokości istnieje — jakto wyżej zaznaczono — sprzecz-

---

[1] Około roku 174 przed Chr. — ob. Lenel w Holtzendorfa Enzyklopädie wyd. 7, t. I, str. 337.

[2] Dla porównania warto przypomnieć, że podobnie Codex Theresianus (który nie przyznawał prawa dziedziczenia córkom obok synów, lecz przyznawał córkom tylko prawo do wyposażenia) wysokość należnego córce wyposażenia określał cyfrowo bez względu na wysokość majątku ojca, a tylko zależnie od jego stanu (Grafenstand, Freiherrnstand, Ritterstand itd).

[3] Lex Furia i lex Voconia stanowią dla nas dowód, że już w owym czasie testamentum per aes et libram było uznane, gdyż premissą ich jest zatarcie różnicy między familia a pecunia i swoboda rozporządzania familią (res mancipii) za pośrednictwem legatów.

ność pomiędzy poszczególnymi ustępami źródłowymi [1]. Zakończeniem tej ewolucji była lex Falcidia z r. 40 przed Chr. postanawiająca, że dziedzicowi (względnie dziedzicom) musi pozostać $^1/_4$ części spadku, niewyczerpana legatami (Gaius II 227). Ponieważ nie możemy sobie dziś dokładnie odtworzyć postanowień legis Voconiae, więc nie można także odpowiedzieć na pytanie, w jakim kierunku szła ewolucja, stworzona przez lex Falcidia, mianowicie czy mamy tu jedynie techniczny postęp w redakcji ustawy przy określeniu maksymalnej wysokości legatów, czy też obok tego zmianę w duchu ograniczenia lub zwiększenia swobody testatora przy obciążaniu dziedzica legatami, a przy formułowaniu odpowiedzi na tak postawione pytanie należałoby pamiętać o tem, że lex Voconia wydana została wówczas, gdy kobiety nie miały prawa dziedziczenia ab intestato. Przez lex Voconia zabronionem zostało powoływanie kobiet na dziedziców przez obywateli pierwszej klasy (tj. mających census 100 000 assów), a równocześnie ta sama lex Voconia ustanawia maksymalną wysokość legatów i mortis causa capionum, które wobec powyższych ograniczeń stanowiły jedyną możliwą formę zaopatrzenia kobiet w rozporządzeniach ostatniej woli: natomiast lex Falcidia wydaną została wówczas, kiedy kobiety uzyskały już prawo dziedziczenia ab intestato jako heredes sui na równi z mężczyznami, a nadto prawo dziedziczenia ab intestato jako agnatki chociaż z ograniczeniem do consanguineorum gradum.

## III.

W tym krótkim zarysie przedstawiłem swą hipotezę co do genezy rzymskiego prawa dziedziczenia opartego na zasadzie sukcesji uniwersalnej w prywatne prawa majątkowe zmarłego. Cechą charakterystyczną prawa rzymskiego jest zdumiewająca umiejętność

[1] W związku ze zwiększeniem maksymalnej wysokości legatów, a w szczególności z postanowieniem legis Voconiae (czy też może późniejszej jej interpretacji), że wartość poszczególnego legatu może wynosić tyle, ile uzyskują ze spadku wszyscy dziedzice razem (ob. Gaius II 226) oraz z powstaniem tzw. legatum partitionis (ob. wyżej) pozostaje prawdopodobnie dekret pontificum, wedle którego nawet na legatarjuszy nałożony zostaje obowiązek do ponoszenia sacrorum (Cicero de legibus II, 19—47 »exposita haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit, por. Bruck w Grünhuts Zeitschrift t. 40, str. 563, tekst i nr. 109).

operowania pojęciami prawnemi dla osiągnięcia pewnych rezultatów, których potrzebę społeczeństwo odczuwa; skutkiem tego w prawie rzymskiem instytucje pierwotne dadzą się użyć do osiągnięcia celu, dla którego w innych społeczeństwach stworzone zostają specjalne daleko wyżej rozwinięte instytucje prawne; tak np. w prawie rzymskiem instytucja testamentu, zatem instytucja wyrosła z adopcji niewolnika dokonywanej z powodu braku heredis sui w okresie nie znającym swobody rozporządzania majątkiem rodowym (familia), użytą została między innemi do tego, aby wierzycielom spadkodawcy zapewnić sukcesję w długi spadkodawcy; kiedy w prawie greckiem ten sam problem rozwiązany został przez specjalne postanowienie, iż długi spadkodawcy ciążą na majątku spadkowym [1]. Swoboda rozporządzeń ostatniej woli co do familiae uzyskaną zostaje w prawie rzymskiem przez zastosowanie pozornego aktu mancypacyjnego itd.

Pojęcia wytworzone w ten sposób w prawie rzymskiem jak np. pojęcie spadku jako całości, pojęcie sukcesji uniwersalnej jako podstawy prawa dziedziczenia, skutkiem swego mistrzowskiego opracowania i rozwinięcia wpłynęły na rozwój nowoczesnych prawodawstw w duchu romanistycznym, ale nie można zapominać, że jeszcze w państwie rzymskiem prawo spadkowe w dalszym swym rozwoju, mianowicie z chwilą kiedy ustrój rodziny, będący jego podstawą, począł się rozluźniać, ulegało silnym wpływom prawa greckiego np. dopuszczenie osobnego kodycyllu, pod warunkiem zatwierdzenia go w testamencie, przełamanie zasady »nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest« przy dziedziczeniu kobiet, należących do heredes suos, a pominiętych w testamencie, tudzież przy testamencie żołnierskim, próba pogodzenia heredis ex re certa z systemem rzymskiego prawa spadkowego, quaerela inofficiosi testamenti, wprowadzenie odwołalności testamentu nawet bez równoczesnego sporządzenia nowego testamentu i t. d. Dużą niedogodnością — zwłaszcza wobec przymusu pozostawiania dziedzicom koniecznym części spadkowej (a nie tylko legatów), wprowadzonego przez Justyniana — była możność jedynie ułamkowego podziału spadku między współdziedziców,

[1] ob. Partsch Griechisches Bürgschaftsrecht, str. 232, 238 i n. 243 (cyt. przez von Woessa, Das römische Erbrecht, str. 266), tudzież Bonfante Scritti giuridici varii t. I, str. 337—429; tamże doskonałe porównanie prawa spadkowego rzymskiego z greckiem.

co prowadziło do niepożądanych wspólności majątkowych, które można było doskonale ominąć przy greckiej διαθήκη i przy wzorowanem na niej rzymskiem testamentum militis. Schrystjanizowanie państwa rzymskiego sprawia, że odpada obowiązek dziedzica do kontynuowania kultu domowego spadkodawcy; skutkiem tego zerwany zostaje ostatni węzeł, łączący sukcesję z prawem familijnem, z którego wyrosła. Dziedziczenie staje się czystą sukcesją uniwersalną w prawa i zobowiązania majątkowe prywatne zmarłego i jako takie jest definjowane w nowoczesnej teorji romanistycznej (ob. Wróblewski, Zarys wykładu rzymskiego, t. I, str. 510—515 i Ferrini Pandette 603—605).

Kodyfikacja Justyniańska przedstawia się jako usunięcie z prawa rzymskiego pierwiastków specyficznie, narodowo rzymskich i jako próba pogodzenia zasadniczych pojęć prawa rzymskiego z elementami prawnymi nierzymskimi, przedewszystkiem hellenistycznymi, które na Wschodzie przez prawo rzymskie nawet po Constitutio Antonina całkowicie wyparte nie zostały (ob. Mitteis Reichsrecht und Volksrecht, Collinet Études sur le droit de Justinien). W związku z tem byłoby rzeczą niezmiernie ciekawą zbadanie, o ile pod pokrywką kodeksowych pojęć romanistycznych wśród dzisiejszej ludności w praktycznem zastosowaniu utrzymało się lub wytworzyło instytucyj spadkowych obcych prawu rzymskiemu, ale pozostawiam na boku tę kwestję, jako należącą wyłącznie do studjów nad prawem cywilnem dziś obowiązującem i chciałbym tylko zwrócić uwagę, że obowiązujący na Ziemiach Wschodnich Rzeczypospolitej Polskiej T. X, cz. 1, Zbioru praw Cesarstwa rosyjskiego w swojem prawie spadkowem zawiera bardzo wiele elementów prawnych greckich. Tak np. wspomniana ustawa każde rozporządzenie ostatniej woli nazywa testamentem, nie robiąc temsamem żadnej różnicy między kodycylami, a testamentami; następnie długi spadkowe uważa — podobnie jak prawo greckie — za ciężar majątku spadkowego i odpowiedzialność za nie nakłada zarówno na sukcessorów uniwersalnych jak na sukcessorów singularnych np. jakto najsilniej występuje przy dożywociu ustanowionem w rozporządzeniu ostatniej woli, a mianowicie w postanowieniu, że taki dożywotnik odpowiada za długi spadkowe w stosunku wartości swego prawa użytkowania do wartości praw dziedzica (ob. T. X, cz. 1, art. 5339 i Zoll—Bossowski, Prawo cywilne Ziem Wschodnich, str. 275, 276) i dopiero teorja prawa i praktyka Senatu pod wpływem niemieckiej teorji romanistycznej stara się do tego prawa

wprowadzić instytucję legatu w rzymskiem tego słowa znaczeniu tj. nabytku wolnego od odpowiedzialności stosunkowej za długi spadkowe. Z tych kilku przykładów, których możnaby daleko więcej przytoczyć, widocznem jest, że prawo cywilne Ziem Wschodnich przedstawia się jako dalszy etap ewolucji polegającej na przenikaniu zasadniczych pojęć rzymskiego prawa spadkowego elementami nierzymskimi, przedewszystkiem greckimi.

---

## Uzupełnienie.

Przedstawione przezemnie hipotezy znajdują jeszcze jedno potwierdzenie w D 48, 22 fr. 3 (Alfenus libro primo epitomarum Paling 33).

[Eum qui civitatem amitteret][1] nihil aliud iuris adimere liberis, nisi quod ab ipso perventurum esset ad eos, si intestatus in civitate moreretur: [hoc est hereditatem eius et libertos et si quid aliud in hoc genere repperiri potest.] quae vero non a patre sed a genere, a civitate, a rerum natura tribuerentur, ea manere eis incolumia. itaque et fratres fratribus fore legitimos heredes et adgnatorum tutelas et hereditates habituros; non enim haec patrem, sed maiores eius eis dedisse[2].

Fragment ten w swej obecnej postaci jest na pewno nieautentyczny. Pod względem formalnym przechodził on dwie operacje: po raz pierwszy wówczas, gdy Paulus w III wieku po Chr. robił wyciąg z oryginalnego dzieła Alfenusa, napisanego w I wieku przed Chr., a po raz drugi wówczas, gdy kompilatorowie justyniańscy z tego wyciągu wybierali fragmenty dla swej kodyfikacji. Sama forma zewnętrzna (tj. stylistyczna i gramatyczna) tego fragmentu wskazuje na duże okrajanie pierwotnego tekstu, gdyż zawiera on same akkusatywy cum infinitivo bez czasownika, od któregoby one były zależne.

---

[1] Pierwotnie było jak się zdaje »Patrem exheredando«.

[2] Prawdopodobnie następowało tu dalsze zdanie »idem dicendum esse etiam de eo, qui libertate integra civitatem amitteret Alfenus scripsit«. Co do capitis deminutio media ob. zamiast wszystkich Costa Storia del diritto romano privato wyd. 2, Torino 1925, str. 162—164, zwłaszcza str. 164, uw. 4, 5 i cytowane tamże źródła.

Fragment omawiany — jak to wynika z umieszczenia jego w tytule D 48, 22, de interdictis et relegatis et deportatis — omawia skutki kar, połączonych z utratą obywatelstwa rzymskiego, co znowu musi się wydać dziwnem wobec tego, że w księdze pierwszej, z której ten fragment jest wyjęty, Alfenus Varus zajmował się prawem spadkowem (ob. uwagi Lenela w Paling, przy fr. 33). W dodatku sens słów »eum qui civitatem amitteret«, nie łączy się w żaden sposób z dalszem słowem »adimere«; między nimi jest wewnętrzna jakaś sprzeczność, gdyż trudno powiedzieć że ten kto obywatelstwo traci za karę, przez to coś dzieciom swoim odbiera; obok tego słowa »eum qui civitatem amitteret« stanowią straszliwą, bezmyślną tautologję w połączeniu z określeniem tego, co dzieci mają tracić »quod ab ipso perventurum esset ad eos, si intestatus in civitate moretur«. Wszystkie te okoliczności razem wzięte upoważniają nas do uznania słów »eum qui civitatem amitteret« za nieautentyczne i do przypuszczenia, że fragment ten zajmował się pierwotnie jakimś problemem z dziedziny prawa spadkowego. Użycie słowa »adimere« pozwala nam przypuszczać, że tu była mowa (w pierwotnym tekście) o jakimś akcie prawnym patris familias, którego następstwem jest utrata przez dziecko tego wszystkiego, coby miało, gdyby jego ojciec »intestatus in civitate moretur«, a takim aktem jest właśnie wydziedziczenie.

Również nieautentyczną jest wstawka hoc est hereditatem... repperiri potest. Przeciwko autentyczności przemawia i indicativus (użyty błędnie zamiast conjunctivu) i stanowczo nieklasyczne określenie »si quid aliud in hoc genere repperiri potest«. Nieautentyczną jest jednak napewno i wzmianka o liberti w tem miejscu, albowiem — o ileby się rozchodziło o skutki kary polegającej na utracie obywatelstwa, — to dzieci skazanego nie pozbawia ona prawa patronatu nad wyzwoleńcami ojca (ob. D 37, 14 fr., 4 fr. 9, § 1). O ile znowu rozchodzi się o wydziedziczenie, to pierwotnie nie pozbawiało ono prawa patronatu (ob. Gai III 58), a później dopiero (w myśl reskryptu Marka Aurelego i Luciusa Verusa D 38, 2 fr 16 § 4) pozbawiało tylko samego wydziedziczonego, nie zaś jego agnatycznych potomków, nie pozostających pod jego władzą. Dopiero w myśl C 6, 7, 3 z r 423 prawo patronatu miało przechodzić zawsze na dziedzica, a skutkiem tego wydziedziczenie pozbawiało wydziedziczonego i jego ewentualnych dziedziców także

i prawa patronatu nad wyzwoleńcem[1] i do tego stanu prawnego starał się tekst dostosować autor tego dodatku. Ponieważ ten dodatek nawiązuje najwidoczniej do postanowień o wydziedziczeniu, a kompilatorowie justyniańscy fragment ten nagięli do innego wypadku, mianowicie utraty obywatelstwa rzymskiego skutkiem kary, więc dodatek o wykluczeniu od prawa patronatu nad wyzwoleńcami skutkiem wydziedziczenia nie może pochodzić z rąk kompilatorów justyniańskich, lecz musi być glossemem przedjustyniańskim, którego celem było uwzględnienie konstytucji C. 6, 7, 3 z r. 423.

Jeżeli próba rekonstrukcji jest trafna, to Alfenus Varus zajmował się skutkami wydziedziczenia, które — jako wiadomo — było warunkiem ważności testamenti nuncupativi, o ile w nim którykolwiek z heredes sui nie został dziedzicem ustanowiony. Pierwotnie wydziedziczenie stosowane było tylko do agnatycznego potomka, który już za życia ojca był »abdicatus« tj. za karę został skazany na wygnanie z grona rodziny (ob. Cuq Institutions jur., wyd. I, t. I, str. 64. 157, 163, tekst i uw. 2, 3, str. 288, tekst i uw. 1, 2, 3). Kiedy później przy testamentum nuncupativum wydziedziczenie stało się koniecznym rekwizytem ważnego testamentu, w razie nieustanowienia dziedzicem któregokolwiek z pomiędzy heredes sui, wtedy straciło ono swój pierwotny charakter represji a równocześnie stało się dość pospolitem zjawiskiem. Te okoliczności razem wzięte wywołały potrzebę ścisłego określenia skutków exheredationis, co właśnie wziął sobie za cel Alfenus Varus w omawianym ustępie. Dla pełności obrazu dodać należy, że równocześnie toczył się spór o formę, potrzebną do ważności wydziedziczenia, mianowicie, czy wystarcza exheredatio filii inter ceteros (ob. Cicero de orat. 1 c. 38 cyt. przez Woessa Röm. Erbrecht, str. 152; tamże str. 152—168 bliższe wiadomości w tej kwestji).

Ponadto omawiany fragment potwierdza nasze poprzednio wypowiedziane twierdzenie, mianowicie, że pierwotnie kobiety wykluczone były od dziedziczenia ab intestato i że zasady powołania kobiet do dziedziczenia ab intestato wprowadzono znacznie później drogą naciąganej interpretacji. W omawianym bowiem fragmencie spotykamy zdanie »et fratres fratribus fore legitimos heredes«, które ignoruje zupełnie dziedziczenie ab intestato sióstr i po siostrach.

[1] ob. pracę autora w Roczniku prawniczym wileńskim I, str. 117 i n.

W innych fragmentach np. w I 2, 12 pr. D 39, 6, 42 pr. jeżeli jest mowa o dziedziczeniu ab intestato wyłącznie synów, czy też wyłącznie braci, to mamy wedle wszelkiego prawdopodobieństwa do czynienia z nieautentycznymi ustępami, przez które przebija upornie wbrew prawu rzymskiemu utrzymujący się na Wschodzie grecki pogląd prawny upośledzający kobiety w prawie spadkowem w porównaniu z mężczyznami (ob. Mitteis Reichsrecht und Volksrecht). W omawianym przez nas ustępie D 48, 22 fr. 3 niema podstawy, aby co do tego przyjmować jakieś późniejsze zmiany — przeciwnie wzmianka o r o d z i e i prawach wypływających ze związku rodowego wskazuje, że ustęp ten musi pochodzić najpóźniej z I w. przed Chr., tj. pochodzi istotnie z ręki Alfena, a w takim razie Alfenus stwierdza, że w bocznych linjach tylko agnaci płci męskiej byli powołani do dziedziczenia ab intestato; powołanie agnatów płci żeńskiej (z ograniczeniami wymienionemi u Paula Sent 4, 8, 20) jest dziełem późniejszej interpretacji.

W prawie justyniańskiem wszystkie poruszone problemy prawa spadkowego zwłaszcza wydziedziczenia straciły swą aktualność; utrata obywatelstwa przy zdegradowaniu dotychczasowego obywatela do rzędu peregrinów (capitis deminutio media)—wobec nadania przez Justyniana obywatelstwa w zasadzie wszystkim wolnym — miała zastosowanie tylko jako kara i dlatego kompilatorowie justyniańscy skreślili w omawianym fragmencie wszystkie alluzje do wydziedziczenia, a wzmianki o capitis deminutio media przystosowali do tego wypadku, gdzie ona jeszcze była aktualna tj. w razie kary, ale przez to powstały sprzeczności wyżej przezemnie zaznaczone.