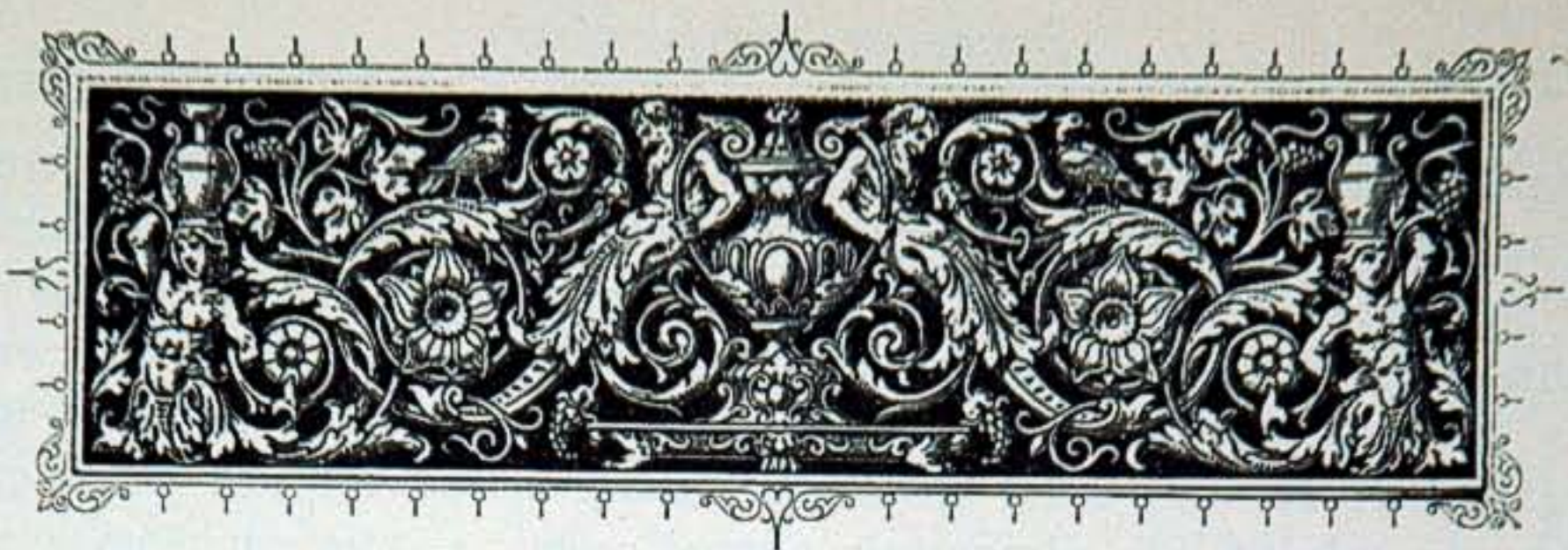


**KILKA SŁÓW
O DOŻYWCIOU MAŁŻONKA.**

SKREŚLIŁ

STANISŁAW DNIESTRZAŃSKI.





I.

Dożywocie jest prawem spadkowym. Dzisiejsze prawo spadkowe polega na przewodniej idei prawa rzymskiego, które odróżnia *universum ius* od *omnia iura defuncti*. Dla tego główną podstawę prawa spadkowego stanowi różnica między prawem dziedziczenia a zapisem.

Dziedzictwo oddaje spadkobiercy egidę po zmarłym; dziedzic staje się na miejsce zmarłego »panem« (*herus*) i obejmuje władzę t. j. »panowanie« (*hereditas*) nad majątkiem. Majątek, którym poprzednio zarządzał zmarły, staje się po jego śmierci jednością idealną, a jedność ta przechodzi na dziedzica. Każdy, kto jest powołany do objęcia rządów nad spadkiem na swoją korzyść, jest dziedzicem w znaczeniu prawnem. Zazwyczaj z prawem przechodzą też obowiązki spadkodawcy na dziedzica, ale skutek ten jest tylko wynikiem zasady, że z prawem idą w parze obowiązki i kto otrzymuje bezpośrednią władzę prawną nad majątkiem, przyjmuje zwyczajnie odpowiedzialność za ciężary. Jednakże ta zasada musi ustąpić przed inną wolą spadkodawcy; gdy n. p. spadkodawca zostawi swój majątek dwom synom w równych częściach, ale tylko jednemu każe ze swej połowy cały dług umorzyć, to niema przyczyny uważać drugiego syna za legataryusza i odmawiać mu prawa dziedziczenia, skoro zważymy, że obaj synowie są zarówno powołani do objęcia egidy nad spadkiem po śmierci ojca. Albowiem powyższy wypadek nie różni się co do istoty od podziału spadku między dwóch synów, z których starszy

ma spłacić n. p. 99, a młodszy syn tylko jedną koronę długu — a przecież nikt tu nie wątpi, że obaj synowie są dziedzicami, nie zaś legataryuszami!

Inaczej przy zapisach. Zapis nie przyznaje legataryuszowi rządów nad idealną jednością spadku, jeno prawo domagania się pewnej rzeczy, pewnej sumy lub pewnego prawa od spadkobiercy. Nie jest to owo władztwo, które przechodzi na dziedzica z tej przyczyny, że osierocony majątek musi otrzymać swego władcę, ale odznaczenie pewnej osoby, z którą zmarłego wiązały pewne stosunki za życia.

Zachodzi zatem pytanie, czy dożywocie jest prawem dziedziczenia, czy tylko zapisem lub instytucją prawną, jemu pokrewną? Dożywocie może obejmować cały spadek, idealną część spadku, albo wreszcie pewne prawa lub rzeczy, należące do spadku. Jeżeli małżonkowi przysługuje dożywocie tylko na pewnej rzeczy, lub na pewnem prawie, to nie może być mowy o prawie dziedziczenia; dziedzictwo jest bowiem władztwem nad całym spadkiem albo nad idealną częścią spadku. Pod tym względem nie może być żadnej różnicy zdań — ale zachodzi pytanie, jaka jest istota prawna dożywocia całego spadku lub idealnej części tegoż? Teorya panująca uważa i w tym przypadku dożywocie za prawo, które wyłania się z całokształtu ogólnego prawa dziedziczenia (*delibatio hereditatis*), a więc za zapis, nie zaś za prawo dziedziczenia (*dominium hereditatis*). Mimo to nie brak przeciwnych teoryj, które uważają dożywocie spadku albo idealnej części tegoż za prawo dziedziczenia. Kwestya ta jest przedewszystkiem aktualną przy dożywociu małżonka. Poniżej zastanowimy się nad nią ze względu na prawo austriackie.

Rozwój prawa spadkowego w historii kultury wykazuje równorzędność dożywocia małżonka z prawem dziedziczenia dzieci, — zresztą w dożywociu małżonka napotykamy wszystkie cechy, charakteryzujące prawo dziedziczenia w odróżnieniu od zapisu. Idealna jedność majątku, zjednoczona przez osobę zmarłego, przechodzi po jego śmierci na małżonka; on jest przedstawicielem spadku jako idealnej jedności, bo przez śmierć spadkodawcy nie zmienił się system zarządu majątku, ale przeciwnie majątek winien i nadal pozostać w dotychczasowej jedności, choć zmienił osobę władcy. W ten sposób chce go spadkodawca zapewnić dla swoich dzieci lub innych osób, ale z drugiej strony jest jego zamiarem, zabezpieczyć małżonkowi utrzymanie aż do śmierci. Małżonkowi przysługują wszelkie korzyści ze spadku przez całe życie, a jego prawo jest tylko o tyle ograniczone, o ile spadek po jego śmierci jest zawarowany dla dzieci lub dla osób trzecich. Małżonek nie może zarządzać spadkiem na wypadek śmierci; ale zresztą nie przestaje być przez to dziedzicem, zarówno jak ten, komu przypada cały spadek albo idealna część spadku z zastrzeżeniem, że to, co otrzymał, musi po jego śmierci przejść na pewnych dziedziców następnych.

Wprawdzie według prawa polskiego, które jest ważnem źródłem prawa austriackiego co do kwestyi dożywocia, dożywotniczka nie odpowiadała za

długi zmarłego męża, jednakże z tego nie można jeszcze podnosić zarzutu przeciw konstrukcyi dożywocia jako dziedzictwa. W prawie polskim było bowiem dożywocie wdowy częścią majątkowego prawa małżeńskiego i wyłoniło się ze zwyczaju, że mąż, który pobierał od żony posag, zabezpieczał go na swoim majątku, że przeto wdowa otrzymywała po jego śmierci dożywocie na tej części majątku, na której posag był zabezpieczony. Wobec tego wdowa nie mogła odpowiadać za długi męża. W prawie austriackim odpadł jednak wzajemny stosunek posagu do dożywocia i oba te prawa stoją niezawisłe obok siebie. Przeto nie można twierdzić, że w prawie austriackim niema przy dożywociu obowiązku płacenia długów zmarłego małżonka; choć zresztą ten obowiązek wyjątkowo nie istnieje, to dożywocie nie przestaje być przez to prawem dziedziczenia.

Uważając dożywocie małżonka za prawo dziedziczenia, musimy odeprzeć następujący zarzut: Austriackie prawo spadkowe spoczywa na zasadzie prawa rzymskiego o następstwie prawnem *per universitatem*; dziedzicem jest zatem ten, na którego przechodzi spadek w tym stanie prawnym, w jakim się znajdował w chwili śmierci spadkodawcy. A więc — twierdzą uczeni — ponieważ dożywocie nie jest całokształtem praw, przysługujących zmarłemu, to małżonek, któremu przysługuje prawo dożywocia, nie jest dziedzicem w znaczeniu prawnem. Ale to jest właśnie πρότον ψεῦδος panującej teorii, zwłaszcza gdy zważymy, że prawo austriackie nie przyjęło rzymskiego systemu bez restrykcyi, ale zmieniło go w skutek historycznego rozwoju niektórych instytucyj prawnych. Nie dość jest zatem uznać tylko te zmiany w prawie austriackim, które ustawa podaje *expressis verbis*, a zresztą wracać wszędzie do przepisów prawa pospolitego, ale należy zbadać istotę tych zmian i wysnuć z nich wszelkie konsekwencye, jakie z nich wypływają: przyznając obie premisy, musimy przyznać także konkluzję.

Istota prawa dziedziczenia nie wymaga bowiem w prawie austriackim zupełnego i bezwzględnego władztwa nad spadkiem; *universum ius* obejmuje spadek jako idealną jedność, chociaż nie zawsze jest identyczne z prawem, przysługującym spadkodawcy, gdyż prawo austriackie uznaje za prawo dziedziczenia także stosunek, wypływający z podstawienia powierniczego, jakkolwiek powiernik (*heres fiduciarius*) ma tylko prawo do użytkowania spadku i musi go pod pewnym warunkiem albo po pewnym czasie — zazwyczaj po śmierci — oddać pewnym osobom. Powiernik jest dziedzicem — mimo niejakej sprzeczności między przepisem §. 545 u. c. a przepisem §. 612 u. c. i dekr. nadw. z 29. maja 1845. Władztwo, jakie mu przysługuje nad spadkiem, nie obejmuje wszystkich praw zmarłego, ale jest *a priori* ograniczone (§. 613 u. c. — *verb.* »eingeschränktes Eigenthumsrecht«); dziedzic powierniczy nie może zarządzać spadkiem na wypadek śmierci, a przy wykonywaniu swego

prawa musi mieć zawsze wzgląd na następców, którym musi kiedyś wydać spadek w tym stanie, w jakim go otrzymał.

Także z definicyi prawa dziedziczenia po myśli §. 532 u. c. wnosić należy, że prawo austriackie nie wymaga zupełnego władztwa dziedzica nad spadkiem, któreby odpowiadało bezwzględnemu prawu własności, ale główny nacisk kładzie jedynie na przejście całego spadku lub idealnej jego części (por. także §. 535 pr.). Do pojęcia prawa dziedziczenia wystarcza bowiem, by dziedzic miał wyłączne prawo objęcia spadku w posiadanie; wprowadzie to oznaczenie nie podaje dokładnie istoty prawa dziedziczenia i stoi w związku z przestarzałą teorią okupacyjną prawa natury, ale przecież wskazuje na to, że kto objął prawnie posiadanie całego spadku albo idealnej jego części, jest dziedzicem po myśli ustawy. Nie ulega zaś żadnej wątpliwości, że małżonkowi, uprawnionemu do dożywocia, przysługuje prawo do objęcia spadku w posiadanie (por. §. 313 u. c.), — przeto legalna definicya §. 532 u. c. uznaje go za dziedzica.

Z powyższych uwag wynika, że główna różnica między dziedzictwem a zapisem polega na tem, iż dziedzictwo obejmuje spadek jako pewną idealną całość, a zapis dotyczy tylko pewnych rzeczy lub pewnych praw. Teorya panująca powołuje się wprowadzie na słowo »ein Recht« w legalnej definicyi zapisu z §. 635 u. c., by wykazać, że dożywocie może być tylko zapisem, ale tem twierdzeniem nie zdoła obalić powyższych argumentów. Chociaż dożywocie przedstawia się na pierwszy rzut oka jako prawo użytkowania spadku, to jednak nie może go mieć §. 535 u. c. na myśli przy pojęciu zapisu, zwłaszcza, że własność jest także prawem (»ein Recht«), a przecież własność spadku jest niezaprzeczenie prawem dziedziczenia, a nie prawem, wynikającym z zapisu. Definicję zapisu z §. 535 u. c. należy rozumieć w całości, ale nie można poszczególnych słów wrywać ze związku (por. §. 6. u. c.). Głównem zadaniem naszej definicyi jest oznaczenie różnicy między zapisem a prawem dziedziczenia (por. napis marg. §. 535 u. c.); tę różnicę podaje więc początek definicyi, tak, że następne ogniwa służą tylko do bliższego objaśnienia. Zapis nie może obejmować spadku jako całości, t. j. ani całego spadku, ani idealnej jego części (por. §. 532 u. c.); w tem leży zasadnicza myśl ustawy; skoro zatem ustawa poniżej między przedmiotami zapisu wylicza prawa (»ein Recht«), to nie może mieć na myśli takich praw, które obejmują spadek jako idealną całość. Nadto zauważyć należy, że inne przykłady, jakie przytacza ustawa w §. 535, polegają na dokładnej indywidualizacyi świadczeń (»eine einzelne Sache, eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, eine Summe«), i mają zawsze podstawę realną i co do swych granic specjalnie oznaczoną; skutkiem czego nie możemy wątpić, że prawa mogą być tylko wówczas przedmiotami zapisu, jeżeli odnoszą się do »pewnej rzeczy oznaczonej, do rzeczy pewnego gatunku albo sumy«. Użytkowanie całego spadku albo

idealnej jego części nie może zatem wynikać z zapisu, ale jest prawem dziedziczenia w znaczeniu ustawy.

Dla poparcia naszego zdania przypatrzymy się powyższej kwestyi z ogólniejszego stanowiska. Prawo służy celom zaspokojenia potrzeb życiowych człowieka i daje mu w tym celu władzę nad dobrami otaczającego go świata. Władza ta jest bądź zupełna, jeśli obejmuje całą istotę dóbr ekonomicznych, bądź częściowa, gdy dotyczy tylko pewnej strony dobra ekonomicznego, przynoszącej człowiekowi pożytek. Wreszcie może być ta władza tylko ewentualna, jeśli człowiek stara się zabezpieczyć swoje potrzeby życiowe w przyszłości. Prawo uświęciło te trzy rodzaje władzy dla zaspokojenia potrzeb życiowych w pojęciach własności, użytkowania i zastawu. Prawo własności, prawo użytkowania i prawo zastawu — to trzy rdzenne prawa, które są dźwignią dzisiejszego obrotu społecznego i prawnego. Wszystkie dobra w ogóle, tak materialne jak niematerialne, nabywa człowiek albo na własność, albo na użytek, albo na zastaw. Mówimy zatem o własności rzeczy zmysłowych, o własności wierzytelności, o własności dóbr niematerialnych, np. prawa autorskiego, prawa górniczego i t. p. Wszystkie dobra mogą też być przedmiotem użytku: użytek rzeczy zmysłowych występuje w postaci służebności, użytkowania (*ususfructus*) i t. p.; nadto znamy prawo użytkowania wierzytelności (*ususfructus nominis*), użytkowanie prawa autorskiego i t. p. Wreszcie przedmiotem prawa zastawu są wszelkie dobra pozbywalne, bez względu na to, czy są to rzeczy zmysłowe, czy wierzytelności (*pignus nominis*), czy dobra niematerialne, jak prawo autorskie i t. p.

Skoro zastosujemy powyższe uwagi do prawa dziedziczenia, obaczmy, że dziedzictwo może występować w dwóch formach: jako własność spadku i jako użytkowanie spadku; prawo zastawu jest tu wykluczone, bo dziedzictwo nie jest prawem pozbywalnem. Z tego wnosimy zatem, że dożywocie małżonka, obejmujące spadek jako idealną całość, jest prawem dziedziczenia.

Wreszcie zauważyć należy, że dożywocie całego spadku albo idealnej jego części, jest wprawdzie użytkowaniem, ale użytkowaniem własnej rzeczy, a nie rzeczy cudzej; dożywocie małżonka nie jest *ius in re aliena*. Własność jest w prawie austriackiem innem pojęciem, niż w panującej teorii prawa pospolitego. Ograniczać bowiem pojęcie własności do rzeczy zmysłowych, jest dziś anachronizmem. Ogólne pojęcie własności jest wyrazem prawnej przynależności dóbr nabytych i przedstawia się jako prawne mienie pewnej osoby. Prawo austriackie uznaje to pojęcie w §. 353 u. c. na czele nauki o własności. Wprawdzie podstawę norm prawnych stanowi przedewszystkiem ściślejsze pojęcie własności, ograniczone do dóbr materialnych, ale mimo to ogólne pojęcie własności znajduje niejednokrotnie praktyczne zastosowanie. Nie chcemy powoływać się na to, iż ustawa mówi częstokroć o własności wierzytelności (np. w §§ 427, 1227 u. c.), ale zwrócimy uwagę na pojęcie t.

zw. czasowej, albo »ograniczonej« własności, którego podstawą jest ogólne pojęcie własności z §. 353 u. c. Zresztą Zeiller nazywa trafnie prawo dziedziczenia »ogólną własnością« (allgemeines Eigenthumsrecht), chociaż do spadku należy nie tylko własność w ściślejszym znaczeniu, ale też inne prawa i dobra niematerialne, które nie są związane z osobą zmarłego (§. 918 u. c.).

Dożywocie małżonka na całym spadku lub idealnej części tegoż jest »ograniczoną własnością« po myśli ustawy. Albowiem stosunek prawny dożywotnika przedstawia się jako podstawienie powiernicze. Po śmierci spadkodawcy przypada spadek małżonkowi, który po swojej śmierci musi go wydać dzieciom spadkodawcy albo innym dziedzicom następnym. Prawo austriackie charakteryzuje zaś stosunek powiernika za życia jako »ograniczone prawo własności z prawami i obowiązkami użytkowcy« (§. 613 u. c.). Jasną jest rzeczą, że w tym przypadku pojęcie własności nie może odpowiadać teorii panującej prawa pospolitego. Bo czyż można być właścicielem, a być równocześnie ograniczonym wyłącznie do praw i obowiązków użytkowcy? Użytkowanie jest w pojęciu prawa rzymskiego prawem na rzeczy cudzej — rzecz własna nie może być zatem równocześnie rzeczą cudzą, dlatego »własność z prawami i obowiązkami użytkowcy« jest w prawie rzymskiem *contradictio in adjecto*. Inaczej w prawie austriackiem. »Ograniczone prawo własności« jest bowiem wyrazem zasady, że powiernikowi przypada spadek w całej rozciągłości (§. 353 u. c.), a więc spadek jest jego rzeczą własną, a nie cudzą. Ogół praw, jakie przedstawia spadek, staje się własnością powiernika — własnością w obszerniejszem znaczeniu — ale własność ta jest ograniczoną, czasową własnością; ograniczoną prawem osób trzecich. §. 364 u. c. stanowi bowiem, że właściciel nie może w ogóle naruszać praw osób trzecich; dla tego powiernik nie może naruszać praw dziedziców następnych, którym spadek przypada po pewnym czasie, a zazwyczaj po jego śmierci — i może swe prawo własności wykonywać jedynie o tyle, o ile na tem nie cierpią prawa drugih. W tem leży istota »ograniczonej własności« po myśli §. 613 u. c. Powiernik musi w swoim czasie wydać spadek nienaruszony drugim osobom, przeto nie może swoją czynnością udaremnić ewentualnych praw drugih i nie może rozporządzać »substancją« spadku, ale musi się ograniczyć do użytkowania. To ograniczenie powiernika do użytkowania jest koniecznym wynikiem praw osób trzecich, których powiernik nie może naruszyć. Tę myśl wyraża nasza ustawa w ten sposób, że przyznaje mu prawa i obowiązki użytkowcy, bo taka jest zewnętrzna forma owej ograniczonej własności. A zatem przepis §. 613 u. c. nie zawiera żadnej sprzeczności, jeśli go rozumiemy po myśli ogólnego pojęcia własności z §. 353 u. c. Ograniczenie własności powiernika jest, jak wyżej zaznaczono, wynikiem ogólnej zasady §. 364 u. c., przeto musi odpaść, gdy odpadną prawa osób trzecich, które ograniczały własność powiernika. Wówczas zamienia się ograniczona własność

na zupełną własność i powiernik staje się dziedzicem bez ograniczenia. Użytkowca cudzej rzeczy nie może zaś nigdy nabyć *ipso facto* własności tej rzeczy.

Z powyższych uwag przychodzimy do następującego wyniku: Dożywocie małżonka na całym spadku lub idealnej jego części jest prawem dziedziczenia. Przedstawia się ono jako podstawienie powiernicze, przy którym rola powiernika przypada małżonkowi. Jemu są powierniczo podstawione dzieci spadkodawcy albo inne osoby. Dożywocie, obejmujące tylko pewne rzeczy albo pewne prawa, ma wszystkie cechy legatu. W takim przypadku nie przysługują małżonkowi owe rzeczy lub prawa na własność, ale na użytkowanie, które jest użytkowaniem rzeczy cudzej. Małżonek jest legataryuszem do śmierci. Właścicielami są spadkobiercy.

II.

Trzy są sposoby powołania dziedzica do spadku:

- 1) na mocy testamentu,
- 2) na mocy umowy dziedziczenia — i
- 3) na mocy przepisu ustawy w skutek pewnego stosunku rodzinnego między dziedzicem a zmarłym (§. 533 u. c.).

Też same trzy sposoby napotykamy przy dożywociu małżonka, które obejmuje cały spadek lub idealną część tegoż, gdyż dożywocie jest prawem dziedziczenia i przedstawia się jako podstawienie powiernicze. O tem zapomina jednak teoria prawa austriackiego, która przez dożywocie małżonka w technicznym znaczeniu rozumie wyłącznie umowę o dożywocie jako kontrakt małżeński. Pojęcie to jest jednak za ciasne, gdyż nie obejmuje wszystkich przypadków dożywotnego użytkowania spadku. Zresztą nigdzie nie napotykamy jednolitej konstrukcji dożywocia całego spadku lub idealnej jego części jako podstawienia powierniczego, przeto nie dziw, że nasi uczeni zadowolili się platonicznem uznaniem podstawienia powierniczego za dziedzictwo, nie wysnuwając z tego twierdzenia koniecznych konsekwencji. A przecież jak bliską jest myśl, powyższe trzy sposoby powołania dziedzica do spadku dopuścić przy podstawieniu powierniczem, i w miarę tego dzielić dożywocie małżonka na dożywocie z testamentu, z umowy i z ustawy! Dożywocie całego spadku lub idealnej jego części jest podstawieniem powierniczem, a źródłem tegoż podstawienia jest bądź to testament, bądź to umowa, bądź to ustawa.

Przystępujemy do dożywocia na mocy testamentu, wychodząc z pojęcia dożywocia według przedmiotu.

A) Dożywocie spadku jako idealnej całości.

Gdy spadkodawca przyznał małżonkowi dożywocie całego spadku albo idealnej jego części, to stanowisko prawne małżonka przedstawia się zazwyczaj jako podstawienie powiernicze; małżonek jest dziedzicem powierniczym i musi po swej śmierci wydać otrzymany spadek dzieciom spadkodawcy albo innym osobom, wymienionym w testamencie. W ogóle rozstrzyga tu prawdziwa wola spadkodawcy, a zresztą przepis §. 613 u. c. Ale zdarza się, że dożywocie całego spadku lub idealnej części spadku nie jest podstawieniem powierniczym, jeżeli z rozporządzeń spadkodawcy wynika taki stan rzeczy, który sprzeciwia się przepisom ustawy o prawie dziedziczenia i o podstawieniu powierniczym.

N. p. spadkodawca zostawia swemu małżonkowi dożywocie na całym majątku i stanowi, że ów spadek ma po śmierci małżonka przypaść jednemu z synów spadkodawcy, bez bliższego oznaczenia, który z synów ma być następcą małżonka. Zatem osoba dziedzica następnego nie jest w testamencie wyraźnie podaną wbrew przepisowi §. 564 u. c. — jeżeli więc po śmierci małżonka przejdzie spadek na jednego z synów spadkodawcy, to nie jest on jego dziedzicem, bo spadkodawca musi zawsze sam oznaczyć dziedzica, a nie może jego oznaczenia pozostawić wyborowi trzeciej osoby. Takie rozporządzenie nie może być zatem podstawieniem powierniczym, ale mimo to pozostaje w mocy (anal. z §. 655 i. f.). Małżonek, który ma dożywocie, jest wówczas wprawdzie dziedzicem, ale bez owego ograniczenia, jakie jest charakterystyczną cechą podstawienia powierniczego (por. §. 614 u. c.); jest on dziedzicem *sub modo*; winien zatem zlecenie spadkodawcy wypełnić i otrzymany spadek zapisać jednemu z jego synów. Za życia nie może nikt od niego żądać wykonania zlecenia, gdyż wykonanie tegoż może się rozstrzygnąć dopiero po jego śmierci; przeto przepis §. 709 u. c. nie może tu mieć zastosowania. Dalszym skutkiem tego jest, że nie może być mowy o zastosowaniu przepisu §. 708 u. c., który podobny stosunek prawny stawia na równi z podstawieniem powierniczym, co zresztą jest tylko logicznym następstwem tego, że stosunek prawny, który nie jest podstawieniem powierniczym, nie może mieć takich skutków prawnych, jak owo podstawienie. Powyższego rozporządzenia spadkodawcy nie można też uważać jako legat na korzyść jednego z synów, mimo to, że §. 564 u. c. nie stoi na przeszkodzie, a §. 651 u. c. pozwala na legaty bez dokładnego oznaczenia legatariusza, gdyż z pojęciem legatu nie godzi się żadne rozporządzenie ostatniej woli, które uprawnionemu przyznaje spadek jako idealną całość (§. 535 pr.). A zatem małżonek nie jest ograniczony węzłem podstawienia powierniczego i może spadkiem dowolnie rozporządzać

nie tylko *inter vivos*, ale także *mortis causa*. Zlecenie spadkodawcy ocenia się w naszym przypadku według przepisu §. 710 u. c.; jeśli więc małżonek zlecenia tego nie wypełni i innego ustanowi dziedzica, albo umrze bez testamentu, to zlecenie traci moc prawną, a spadek przechodzi następnie na dziedzica ustanowionego, albo dziedzica z ustawy.

W regule jest małżonek dziedzicem powierniczym; przeto jeśli w testamencie nie ma wyraźnych przepisów co do ponoszenia długów spadkowych, musi je ponosić małżonek jako spadkobierca (arg. §. 548 u. c.). Ale jego prawo dziedziczenia jest *a priori* ograniczone, dla tego zarówno i jego ciężary muszą mieć pewne granice; władza i odpowiedzialność muszą być równoległe. Ma on bezwzględne prawo *ad fructus*; może więc długi spadkowe ponosić li tylko o tyle, o ile dadzą się pokryć z dochodów, pobieranych ze spadku. Nadto nie cały obowiązek spłacania długów ciąży na małżonku, gdyż on odpowiada tylko za te długi, które są płatne podczas jego użytkowania: *pro rata temporis*; inne zaś długi, których płatność przypada dopiero po skończeniu jego użytkowania, musi naturalnie spłacić dziedzic następny. Taki rozdział długów odpowiada idei dziedzictwa i jest wynikiem zasad ekonomicznych. Każdy dobry gospodarz, który prowadzi racjonalną gospodarkę, powinien przede wszystkim starać się o spłacenie długów, i tę spłatę pokrywać nie z »substancji« majątku, ale tylko z dochodów. Małżonek, który tytułem dożywocia obejmuje zarząd całego spadku lub idealnej jego części, nie powinien naruszać »substancji«, mimo to jego obowiązkiem jest spłacać długi spadkowe, aby dziedzicom następnym zostawić majątek oczyszczony. Przypuszczać też należy, że i spadkodawca życzy sobie, by małżonek zostawił dzieciom lub innym wymienionym osobom spadek czysty, a więc by spłacał długi z dochodów, a po swej śmierci wydał dziedzicom następnym otrzymany spadek bez długów. Taki zaś wynik może tylko w ten sposób nastąpić, że małżonek jest obowiązany do ponoszenia długów spadkowych z dochodów spadku. Jeżeli jednak dla pokrycia długów musi nastąpić sprzedaż pewnej realności, to małżonek nie może się wprowadzić temu oprzeć, ale nie ma obowiązku do wydania tejże po ukończeniu dożywocia. Tym sposobem zmniejsza się przedmiot restytucji po śmierci małżonka. A zatem te długi spadkowe, które mogą znaleźć pokrycie jedynie z »substancji« spadku, nie obciążają małżonka, ale przypadają na rachunek dziedziców następnych. Wreszcie zauważyć należy, że małżonek może za długi spadkowe odpowiadać także własnym majątkiem, jeżeli oświadczył się do spadku bez dobrodziejstwa inwentarza (§. 801 u. c.).

Odpowiedzialność za długi nie jest jednak *condicio sine qua non* dożywocia, gdyż spadkodawca może małżonka uwolnić od spłaty długów i zarządzić pokrycie długów z kapitału, albo w ogóle na koszt dziedziców następnych. W takim przypadku płaci małżonek długi nie z dochodów, ale z kapitału

(»substancyi«) i przez to uszczupla się przedmiot restytucyi spadku. Jeżeli zaś pokrywa te długi z dochodów, to może żądać zwrotu przy restytucyi. W skutek tego, że małżonek w danym przypadku nie jest obowiązany do spłacenia długów spadkowych, nie traci jeszcze charakteru dziedzica, zarówno jak dziedzice następni nie przestają być dziedzicami, jeśli małżonek oddaje im spadek, oczyszczony z długów, tak iż oni nie mają już żadnego obowiązku do spłaty.

Małżonkowi przysługuje »ograniczone prawo własności z prawami i obowiązkami użytkowcy« (§. 613 u. c.). Przeto po myśli teoryi panującej nie może małżonek jako dziedzic powierniczy rzeczy, należących do spadku, ani sprzedawać, ani obciążać; wszelkie alienacye i obciążenie spadku, jakie małżonek przedsięwziął za życia, są zatem według teoryi panującej nieważne. Ale teorya ta jest niesłuszną. Natomiast twierdzimy, że małżonek, uprawniony do dożywocia, może za życia sprzedawać i obciążać dobra, należące do spadku — gdyż jest »właścicielem« po myśli §§. 613, 353 u. c. — te akty jednak mają tylko czasowe znaczenie i tracą wartość prawną *ipso iure* z chwilą śmierci małżonka t. j. z chwilą ukończenia dożywocia.

Ograniczenie »własności« małżonka może bowiem tylko tak daleko sięgać, jak tego wymaga wzgląd na dziedziców następnych; jeżeli zatem istnieje droga dla wolnego rozporządzania majątkiem bez naruszania praw osób trzecich (§. 364 u. c.), to musi ona małżonkowi stać otworem. Uczeni, którzy powiernikowi nie pozwalają na alienacyę lub obciążenie spadku, uznając akty takowe za nieważne, muszą wszakże przyznać, że dziedzice następni nie mogą przed czasem restytucyi spadku żądać unieważnienia tych aktów: *lucus a non lucendo*! Jeżeli bowiem dziedzice następni nie mogą za życia małżonka żądać unieważnienia, to alienacya lub obciążenie przedstawia się aż do śmierci małżonka jako ważny akt prawny. Czyż nie racjonalniej uznać wprost takie akty za ważne, z ograniczeniem do czasu restytucyi spadku? Z chwilą śmierci dożywotnika stają się one *ipso iure* bez znaczenia. Niema zaś potrzeby do stanowienia takiej *lex imperfecta*, która wypowiada platonicznie zasadę nieważności bez żadnych praktycznych skutków nieważności.

Ale zwolennicy panującej teoryi starają się nadto wykazać, że powyższe zdanie nie ma praktycznej wartości, gdyż w praktyce nie zachodzi potrzeba takich alienacyj i zastawów, które gasną same przez się w chwili restytucyi, zwłaszcza, że chwila restytucyi nie da się z góry oznaczyć. Podobne akty — twierdzą ci uczeni — mają charakter aleatoryjny, nie mogą więc mieć praktycznej doniosłości. Przeciwnie takiemu twierdzeniu świadczy jednak praktyka sądowa, która zna podobne przypadki — a nadto zawiera ono *petitio principii*, skoro zważymy, że interesy aleatoryjne mają w obrocie społecznym dość ważne znaczenie. Nadto zarzut panującej teoryi mija się poniekąd z prawdą, gdyż podstawienia powiernicze są częstokroć ograniczone do pe-

wnego czasu, ściśle oznaczonego (*dies certus quando*). Wówczas nie można bowiem twierdzić, że alienacja lub obciążenie spadku przed dniem restytucji jest interesem aleatoryjnym, gdyż wartość takiego interesu da się zawsze dokładnie oznaczyć. Zresztą niema przyczyny powiernikowi zagrażać drodze do wykorzystania swego prawa w całej objętości, zwłaszcza gdy zważymy, że zupełnie analogiczny stosunek prawny powstaje przez adnotację sporu ze względu na tych, co uzyskali intabulację po adnotacji.

W końcu niesłusznie powołują się nasi teoretycy na historię redakcji §. 610 u. c. Wprawdzie Zeiller przy pierwszym czytaniu zgodził się na postanowienie, że powiernikowi nie wolno sprzedawać dóbr, należących do spadku, ale cofnął je, by je następnie wypowiedzieć na innem miejscu t. j. przy określeniu skutków prawnych podstawienia powierniczego. Jednakże to nie nastąpiło; a zresztą owo twierdzenie Zeillera było koniecznym wynikiem ówczesnego zapatrywania, jakoby powiernik przedstawiał się pod względem prawnym jako użytkowca cudzej rzeczy; gdy zaś później zmieniono tę konstrukcję Zeillera, zastąpiwszy ją »ograniczoną własnością« po myśli §. 613 u. c., musiała odpaść powyższa konsekwencja.

Sam spadkodawca może w testamencie pozwolić małżonkowi na alienację lub obciążenie pewnych dóbr; nadto mogą dziedzice następni na taką alienację pozwolić; zresztą jest rzeczą naturalną, że małżonek może przedsięwziąć alienację, jeżeli tylko ten jeden posiada sposób zaspokojenia wierzyteli spadkowych. Jeżeli wreszcie użytkowanie dóbr spadkowych jest możliwem li tylko przez zużycie, n. p. przy dobrach znikomych, to przedmiotem zwrotu jest wówczas ich wartość.

Dożywocie ustaje ze śmiercią małżonka (por. §§. 613, 529 u. c.); ponowne związki małżeńskie nie wpływają wcale na jego stanowisko prawne, jeżeli w testamencie niema odpowiedniego zarządzenia. Gdy dzieci są dziedzicami następnymi swego rodzica, to nie przysługuje im z ustawy prawo odkupu po myśli §. 1257 u. c., gdyż analogia tego przepisu jest wobec istoty prawnej testamentów wykluczona.

»Ograniczone prawo własności«, przysługujące małżonkowi, staje się nieograniczonem, bezwzględnem, jeśli ograniczenie, zawarte w podstawieniu powierniczem, odpadnie. Ustawa austriacka nazywa takie przypadki »zgaśnięciem« podstawienia powierniczego. Podstawienie powiernicze gaśnie, »jeżeli z dziedziców następnych, powołanych do spadku, nikt już nie pozostał« (§. 615 u. c.).

Zachodzi pytanie, czy dziedzic następny musi jeszcze żyć w chwili śmierci powiernika, czy prawo do spadku przechodzi także na spadkobierców dziedzica następnego? Czy zatem przy dożywociu dzieci spadkodawcy lub inni dziedzice następni muszą przeżyć małżonka, czy bez względu na ich wcze-

śniejszą śmierć prawo do spadku przechodzi po śmierci małżonka na ich spadkobierców?

Pytanie to jest sporne w nauce; główny spór zaś toczy się o konstrukcję prawną podstawienia powierniczego, czy prawo dziedziców następnych jest warunkowe (*sub condicione*), czy ograniczone czasokresem (*ex die*), czy wreszcie jest kombinacją warunku i czasokresu. Jednakże już samo stawienie kwestyi jest mylne, gdyż argumentacja powinna być odwrotną: przedewszystkiem musimy rozstrzygnąć pytanie, czy po myśli przepisów naszej ustawy prawo dziedziców następnych jest związane z chwilą restytucyi spadku, a dopiero na tej podstawie możemy stanowić o tem, czy podstawienie powiernicze jest warunkowem, czy ograniczonem do pewnego czasokresu.

Przeto wychodzimy z powyższego przepisu ustawy i szukamy w nim odpowiedzi. Trzeba tylko zrozumieć, że główny nacisk tego przepisu spoczywa w słowach: »... z dziedziców następnych, powołanych do spadku...« Jacy dziedzice następni są powołani do spadku? Nie wszyscy, których obejmuje techniczne pojęcie delacyi po myśli §§. 536, 537 u. c., gdyż takiemu tłumaczeniu ustawy sprzeciwia się przepis §. 612 u. c. Jeżeli powołanie przechodzi granice »drugiego stopnia« (§. 612), to podstawienie powiernicze gaśnie w chwili gdy doszło do drugiego stopnia, chociaż istnieją jeszcze »powołani« po myśli §§. 536, 537 u. c. Przeto ustawa ma w §. 615 inne pojęcie powołania na myśli. Ale jakie? Oczywiście pojęcie popularne — zwłaszcza, gdy zważymy, że nasza ustawa częstokroć operuje pojęciami w popularnem a nie w technicznem znaczeniu. Przeto powołanym jest ten dziedzic następny, którego spadkodawca chciał mieć dziedzicem. Skoro zatem testator wyraźnie zarządził, że w razie śmierci dziedzica następnego powiernik musi wydać spadek jego spadkobiercom, to woli spadkodawcy musi się stać zadość: *uti legassit, ita ius esto*; skoro jednak nie oświadczył w tym względzie swej woli, to jest zadaniem prawnika uzupełnić ją na podstawie innych rozporządzeń testamentu. W naszym przypadku rozchodzi się tylko o to, czy według domniemanej woli testatora przypuścić należy, że spadek należy się po śmierci małżonka dziedzicom następny lub ich spadkobiercom, czy zatem spadkodawca ograniczył restytucję spadku tylko do wymienionych osób, czy chciał, aby powiernik na każdy sposób wydał spadek, bądź to wyraźnie wymienionym dziedzicom, bądź ich spadkobiercom. Jest to zatem *quaestio voluntatis* spadkodawcy, czy po śmierci małżonka, uprawnionego do dożywocia, przechodzi spadek tylko na oznaczonych dziedziców następnych, czy w razie ich przedwczesnej śmierci także na ich spadkobierców. Tę myśl zawiera powyższy przepis §. 615 u. c. Traktuje on jedynie o pojedynczem, nie zaś o złożonem podstawieniu powierniczem, o którym stanowi ostatnie alinea naszego paragrafu i przepis §. 612 u. c.

Gdy powyższe zasady zastosujemy do dożywocia małżonka, dojdziemy do następujących wyników:

Prawo spadkowe małżonka jest zazwyczaj ograniczone na korzyść dzieci spadkobiercy: małżonek jest powiernikiem, dzieci są dziedzicami następnymi; im przypada spadek po śmierci małżonka. Małżonek otrzymuje zarząd i użytkowanie spadku aż do śmierci, ale musi po śmierci wydać nienaruszony spadek swoim dzieciom. Prawo małżonka i prawo dzieci są równorzędne, jakkolwiek prawo dzieci jest silniejsze. Z takiego rozporządzenia wnioskować zatem należy, że spadkodawca swego małżonka tylko dlatego ograniczył do dożywocia, bo były dzieci, którym należało zostawić cały spadek bez uszczerbku — a jasną jest rzeczą, że spadkodawca, który swojemu małżonkowi podstawiał powierniczo swe dzieci, innych członków rodziny chciał wykluczyć od dziedzictwa. Gdyby zatem nie było potomków, toby cały spadek musiał przypaść małżonkowi na bezwzględną własność. Jeżeli przeto przy śmierci małżonka, uprawnionego do dożywocia, niema już żadnych dzieci po myśli §. 42 u. c., a więc w ogóle żadnych potomków spadkodawcy, to spadek nie może przejść na innych spadkobierców tych dzieci, którzy nie są potomkami spadkodawcy, gdyż to stałoby w przeciwieństwie z domniemalną wolą spadkodawcy. Dzieci muszą same dożyć śmierci małżonka, albo pozostawić po sobie potomków w linii prostej, bo w innym razie spadek nie przechodzi na innych spadkobierców dzieci, ale odpada ograniczenie własności małżonka, dożywocie staje się jego zupełną, bezwzględną własnością, a zatem po śmierci małżonka przechodzi na jego spadkobierców z testamentu, umowy lub ustawy.

Podobny stosunek prawny zachodzi wtedy, jeśli spadkodawca zostawił dożywocie małżonkowi, a po śmierci kazał spadek wydać dzieciom i innym wymienionym członkom rodziny. Wówczas część, przypadająca dzieciom, może im tylko wtedy dostać się w udziale, jeżeli w chwili śmierci małżonka pozostawały przy życiu albo zostawiły potomków. W przeciwnym zaś razie przechodzi owa część na spadkobierców małżonka.

Inaczej przedstawia się rzecz, jeżeli podstawienie powiernicze nastąpiło wyłącznie na korzyść innych członków rodziny albo o b c y c h o s ó b. Z takiego rozporządzenia wypływa bowiem wniosek, że spadkodawca chciał swego małżonka raz na zawsze ograniczyć do dożywocia, odmawiając mu prawa do rozporządzania spadkiem na wypadek śmierci. Przeciwno małżonkowi stoją tu inni członkowie rodziny albo osoby zupełnie obce; przeto skoro spadkodawca ustanowił ich dziedzicami następnymi, to dał do poznania, że chciał ich odszczególnić przed swoim małżonkiem, któremu zabezpieczył tylko utrzymanie do końca życia. Dla tego woli spadkodawcy odpowiada bezwarunkowe ograniczenie małżonka do dożywocia i bezwzględne przejście spadku po jego śmierci na inne osoby. Po śmierci małżonka następuje zatem restytucja spadku bez względu na to, czy dziedzice następnii pozostają przy życiu, gdyż »powołanymi« są nie tylko wymienieni dziedzice następnii, ale po myśli spadkodawcy także

ich spadkobiercy. Tymi spadkobiercami mogą być nietylko potomkowie dziedziców następnych, ale i inni.

B) Dożywocie pewnej rzeczy lub pewnego prawa.

Jeżeli spadkodawca w testamencie albo w kodycyłu zapisze małżonkowi dożywotne użytkowanie pewnej rzeczy lub pewnego prawa, to takie rozporządzenie ostatniej woli przedstawia się jako legat po myśli §. 535 u. c. Małżonek nie jest dziedzicem, tylko spadkobiercą. Wówczas niema obowiązku do ponoszenia długów spadkowych, gdyż jego stosunek prawny jest prawem na rzeczy cudzej. Jemu przysługuje wyłącznie prawo użytkowania (*ususfructus*) po myśli §§. 509 i nast., a nie ograniczona własność, o jakiej wspomina §. 613 u. c. W skutek tego nie może być mowy o tem, aby małżonek przez pewną zmianę stosunków mógł nabyć *ipso iure* bezwzględnej własności tej rzeczy lub tego prawa, na których mu przysługuje prawo dożywocia. Własność przypada z samego początku ustanowionym dziedzicom, dla tego nie może małżonek danej rzeczy lub danego prawa ani sprzedawać ani obciążać; jego prawo odnosi się wyłącznie do dochodów, nie zaś do kapitału. Za życia małżonka jest własność dziedziców na dotyczącej rzeczy lub prawie tylko *nuda proprietas*, przeto już wówczas mogą rozporządzać niemi dowolnie, jednakże z uwzględnieniem dożywocia; po śmierci małżonka zmienia się *nuda proprietas* ustanowionych dziedziców *ipso iure* na zupełną własność. Pod tym względem nie może być żadnej wątpliwości i wykluczona jest kwestya, czy dziedzicami są dzieci spadkodawcy lub inne osoby i czy dziedzice ustanowieni w chwili śmierci małżonka jeszcze żyją lub nie, gdyż użytkowanie małżonka gaśnie z jego śmiercią (§. 529 u. c.) i *ipso iure* wraca się do ustanowionych dziedziców lub ich spadkobierców. Zresztą należy w ogóle stosować przepisy prawne o legatach, a nie o prawie dziedziczenia.

III.

Dożywocie może przysługiwać małżonkowi nietylko na mocy testamentu, ale też na mocy umowy. W teorii prawa austriackiego przyjęto nazwę dożywocia małżonka (t. zw. *ius advitalitium*) dla oznaczenia umowy o dożywocie jako kontraktu małżeńskiego po myśli §§. 1255 i nast. Wprawdzie to ograniczenie nie ma podstawy — jak już wyżej wykazano — ale wskazuje na to, że umowa jest jedną z najważniejszych form dożywocia i ma między małżonkami największe zastosowanie.

A) Dożywocie spadku jako idealnej całości.

Wykazaliśmy powyżej, że dożywocie spadku jako idealnej całości jest prawem dziedziczenia, skoro opiera się na testamencie, analogicznie musimy zatem twierdzić, że jeżeli polega na umowie, to umowa ta jest umową dziedziczenia (por. §. 533 u. c.). Dziedziczenie z umowy jest bowiem także prawem dziedziczenia, jak dziedziczenie z testamentu; jedynie podstawa prawna jest w obu przypadkach różna, mianowicie w pierwszym przypadku umowa, w drugim zaś testament.

Uważając jednak dożywocie spadku z umowy za umowę dziedziczenia, mamy na myśli obszerniejsze pojęcie umowy dziedziczenia po myśli napisu marg. do §. 1249 u. c., nie zaś ściślejsze pojęcie, które ogranicza się wyłącznie do przejścia »własności« (§. 353 u. c.) całego spadku albo idealnej jego części na dziedzica. Obszerniejsze pojęcie umowy dziedziczenia obejmuje bowiem w prawie austriackim trzy stosunki prawne: 1. umowę dziedziczenia w ściślejszym znaczeniu (§§. 1249—1254 u. c.); 2. dożywocie małżonka (§§. 1255—1258 u. c.); i 3. zrównanie dzieci (*unio prolium*), któremu prawo odmawia ważności (w §. 1259 u. c.). Umowa dziedziczenia w ściślejszym znaczeniu odpowiada pojęciu dziedzictwa »własności« spadku; zaś dożywocie małżonka z umowy nie jest niczem innem, jak podstawieniem powierniczem na mocy umowy. Małżonek, uprawniony do dożywocia, nie ma prawa do bezwzględnej własności spadku, gdyż prawo jego jest ograniczone ekspektatywą osób trzecich i charakteryzuje się na zewnątrz jako użytkowanie dziedzictwa. Jego stanowisko prawne nie może w zasadzie różnić się od stanowiska takiego małżonka, któremu dożywocie przysługuje nie z umowy, ale z testamentu. Przeto przewodnią myśl dożywocia wypowiada tak tu, jak tam, przepis §. 613 u. c., mówiąc o ograniczonej własności powiernika z prawami i obowiązkami użytkowcy.

Wobec tego nie możemy zgodzić się z teorią panującą, która dożywocie z umowy nazywa umową o zapis, gdyż jak przy testamencie, tak przy umowach dziedziczenia dożywotnik jest dziedzicem, a nie zapisobiercą. Pojęcie umowy o zapis zawiera w obec przepisu §. 647 u. c. *contradictio in adjecto*, a poniżej będziemy mieli sposobność wykazać, że w prawie austriackim niema potrzeby tworzenia takiej konstrukcyi, gdyż jej miejsce zastępuje inna instytucja prawna. Zresztą zarzuty naszych autorów przeciw umowie dziedziczenia odpadają, skoro dożywocie z umowy uważamy jako umowę dziedziczenia w obszerniejszym znaczeniu, która obejmuje nie tylko dziedzictwo własności spadku, ale także podstawienie powiernicze. Wreszcie teoria panująca nie godzi się z ewentualną wolą spadkodawcy, któremu zależy nie tylko

na odszkodowaniu małżonka, ale na oddaniu mu zupełnego zarządu majątkiem jako idealnej jedności.

Zresztą nie możemy uważać dożywocia z umowy jako darowizny na wypadek śmierci i powoływać się na to, że w istocie rzeczy ma ono wszelkie cechy darowizny, — bo darowizna w pojęciu prawnym różni się zasadniczo od rozporządzenia na wypadek śmierci, a t. zw. darowizna na wypadek śmierci jest w prawie austriackim odrębną instytucją prawną z pewnym z góry oznaczonym zakresem, co wykażemy poniżej.

O dożywociu małżonka traktują §§. 1255 i nast. Przepisy te odnoszą się do dożywocia z umowy i obejmują tylko te przypadki, których przedmiotem jest cały spadek lub idealna część spadku. Nie należy tu dożywocie pewnej rzeczy lub pewnego prawa, gdyż w takim razie nie możnaby dożywocie po myśli §§. 1255 i nast. uważać za umowę dziedziczenia w obszerniejszym znaczeniu.

Ius advitalitium jest instytucją prawa polskiego, którą przyjęto w naszej ustawie li tylko ze względu na Galicyę. Jak wiadomo, prawo polskie znało dożywocie żony jedynie na całym spadku, albo na idealnej części spadku męża. Przeto prawo austriackie recypowało w §. 1255 i nast. prawo dożywocia małżonka tylko jako prawo do spadku lub idealnej jego części. Samo pojęcie umowy o dożywociu po myśli §. 1255 u. c. nie daje żadnej podstawy do twierdzenia, jakoby przedmiotem tegoż mogłyby być pewne rzeczy lub pewne prawa, należące do spadku. Zresztą przepis §. 1258 u. c. mówi wyraźnie tylko o dożywociu całego spadku lub idealnej jego części. Teorya panująca brzmi jednak odmiennie, przyczem powołuje się na §. 1256 u. c. — ale niesłusznie. Ustawa dopuszcza wprowadzie w §. 1256 intabulacyi dożywocia na pewnej nieruchomości, ale z tego nie można jeszcze wnosić, jakoby dożywocie po myśli §§. 1255 i nast. mogło dotyczyć także pewnych rzeczy lub pewnych praw, zwłaszcza, że ustawa wyraźnie stanowi: »so kann dieselbe in Hinsicht dieses Gutes nicht mehr verkürzt werden« — co by było zupełnie zbytecznem, gdyby dożywocie mogło ograniczać się *a priori* do pewnej nieruchomości. Przepis §. 1256 u. c. zatem stanowi, że jeżeli nastąpiła intabulacya nieruchomości, należcej do dożywocia, to spadkodawca nie może nią za życia bezwzględnie rozporządzać, ale wcale nie sprzeciwia się temu, że to dożywocie *in thesi* obejmuje cały spadek albo idealną część spadku. Trzeba nadto przypomnieć, że także przy spółności majątkowej małżonków może nastąpić intabulacya pewnej nieruchomości bez względu na to, że spółność obejmuje cały majątek obu małżonków — a przecież z przepisu §. 1236 u. c. nie można wnioskować, jakoby po jego myśli spółność majątkowa małżonków obejmowała wyłącznie tę nieruchomość, która jest zaintabulowaną. Przeto do dożywocia małżonka, które obejmuje tylko pewne rzeczy lub prawa, nie mogą się stosować przepisy §§. 1255 i nast.

Umowa o dożywocie całego spadku lub idealnej jego części podlega zatem następującym normom:

1. przepisom §§. 1255 i nast.;
2. w drugim rzędzie ogólnym zasadom o podstawieniu powierniczem (przedewszystkiem §§. 613, 615 u. c.);
3. ostatecznie niektórym analogicznym przepisom ustawy o umowie dziedziczenia w ściślejszem znaczeniu (§§. 1249 i nast.) Przepisy te możemy jednak stosować tylko *cum grano salis*, bo dożywocie jest umową dziedziczenia w obszerniejszem znaczeniu. Dla tego nie można posługiwać się takimi postanowieniami, które są wynikiem bezwzględnej własności spadku po myśli §. 1249 pr. Zatem §. 1253 u. c. nie ma przy dożywociu zastosowania — inaczej przepisy §§. 1249 i. f. i 1251 u. c., które wynikają z istoty prawnej umowy dziedziczenia w obszerniejszem znaczeniu, i dadzą się analogicznie zastosować do dożywocia małżonka.

Po zawarciu umowy o dożywocie nie może spadkodawca jednostronnie zmienić rozporządzenia na niekorzyść małżonka, ale za to może swego majątku używać bez ograniczenia. Dla tego umowa o dożywocie pozwala spadkodawcy zarządzać majątkiem *inter vivos*; a ograniczenie tego prawa może nastąpić tylko co do takich nieruchomości, na których za jego pozwoleniem uzyskano wpis dożywocia do ksiąg publicznych (§. 1256 u. c.). Spadkodawca nie może wówczas ukrócić ewentualnych praw małżonka a alienacya lub obciążenie dotyczącej realności mają tylko czasowe znaczenie, gdyż ich ważność kończy się *ipso iure* ze śmiercią spadkodawcy.

Po śmierci spadkodawcy przechodzi na małżonka ograniczona własność spadku lub idealnej jego części; ale na zewnątrz przedstawia się jego władza jako użytkowanie (§. 613 u. c.). Przeto co do alienacyi i obciążenia dóbr, należących do spadku, obowiązują te same postanowienia, jakie poznaliśmy wyżej przy dożywociu z testamentu.

Ograniczenie własności dożywotnika ustępuje, skoro gasną prawa dziedziców następnych, którym małżonek ma wydać spadek po śmierci. Pod tym względem niema różnicy między dożywociem z umowy, a dożywociem z testamentu. Dla tego należy rozróżnić, czy dziedzicami następnyymi są potomkowie spadkodawcy, czy inni. Jeżeli w pierwszym przypadku niema już przy śmierci małżonka żadnych potomków spadkodawcy, to ograniczenie własności odpada, tak że spadek przechodzi na spadkobierców małżonka, bądź to na mocy testamentu, bądź to z umowy, bądź wreszcie na mocy ustawy. Jeżeli zaś małżonek jest ograniczony na korzyść innych osób, które nie są potomkami spadkodawcy, to po jego śmierci spadek przechodzi na wymienionych dziedziców następnych lub ich spadkobierców.

W niektórych wypadkach mają prawa dziedziców następnych pewien skutek prawny jeszcze za życia małżonka: §. 1257 u. c. bowiem stanowi, że

skoro małżonek chce zawrzeć powtórne śluby lub dożywocie drugiemu odstąpić, mogą dzieci od niego żądać, aby im odstąpił dożywocie za odpowiednią opłatą roczną.

Komu przysługuje dożywocie z umowy, ten nie może równocześnie żądać dożywocie z ustawy po myśli §. 757 u. c., gdyż oba roszczenia mają ten sam cel, nie mogą zatem istnieć obok siebie: *ne bis in idem*. Małżonek ma prawo wyboru, czy żądać dożywocie na mocy zawartej umowy, czy dożywocie, jakie mu przysługuje z ustawy; gdy zaś wybrał dożywocie na mocy ustawy (po myśli §. 757 u. c.), to umowa o dożywocie staje się bezprzedmiotową (§. 1258 u. c.).

B) Dożywocie pewnej rzeczy lub pewnego prawa.

Wyżej wykazaliśmy, że dożywocie pewnej rzeczy lub pewnego prawa nie jest umową dziedziczenia; wobec tego zachodzi pytanie, czy prawo austriackie uwzględnia taką umowę i jaka jest jej istota prawna.

Idąc za analogią dożywocie z testamentu, musimy umowę o dożywocie pewnej rzeczy lub pewnego prawa uważać za dopuszczalną, a zresztą zachodzą *in thesi* wszelkie warunki, by obok zapisu na mocy testamentu lub kodycyłu, przyjąć także pojęcie zapisu na mocy umowy. W ten to sposób przychodzi teoria do pojęcia t. zw. umowy o zapis obok umowy dziedziczenia i uważa dożywocie pewnej rzeczy lub pewnego prawa za umowę o zapis. Teoretycznie nie da się wprowadzić przeciw tej konstrukcyi nic zarzucić, mimo to zachodzi pytanie, czy możemy ją przyjąć w zakresie prawa austriackiego? Prawnicy austriaccy wiodą spór, czy i w jakiej objętości prawo austriackie przyznaje pojęcie umowy o zapis, zwłaszcza że przepis §. 647 u. c. wymaga do pojęcia zapisu oświadczenia ostatniej woli t. j. testamentu lub kodycyłu. Umowa o zapis jest zatem w prawie austriackim *contradictio in adjecto*, a zresztą znaczenie zapisu w potocznem życiu wskazuje na jednostronność aktu, wykluczając wszelką umowę.

Dla tego niektórzy pisarze zadowalniają się tem, że umowa o dożywocie pewnej rzeczy lub pewnego prawa jest kontraktem małżeńskim po myśli §§. 1217 i 1255 i nast. Przeciw temu można jednak podnieść zarzut, że §§. 1255 i nast. nie mają tu zastosowania, a zresztą samo oznaczenie dożywocie jako kontraktu małżeńskiego nie tylko niczego nie wyjaśnia, ale zostawia poważną lukę w ustawie.

Przeto musimy szukać innego wyjścia. Nippel wskazuje na darowiznę na wypadek śmierci, a Schiffner pozostaje wprowadzić przy pojęciu umowy o zapis, której przyznaje znaczenie ogólne, ale równocześnie powołuje się na przepisy ustawy o darowiznie na wypadek śmierci. Także z protokołów

obrad wyczytać możemy, że ustawodawca miał tu na myśli darowiznę na wypadek śmierci. Prawo austriackie nie zna umowy o zapis, gdyż jej miejsce zajmuje *donatio mortis causa*. Co teoria nazywa umową o zapis, jest w prawie austriackim darowizną na wypadek śmierci — i na odwrót: darowizna na wypadek śmierci prawa austriackiego jest pojęciem prawnym, które zawiera tylko to, co teoria nazywa umową o zapis. Wykażemy to poniżej.

Donatio mortis causa była w prawie rzymskim pojęciem chaotycznym, gdyż zawierała obok czynników legatu także czynniki darowizny jako umowy. Ów chaos powiększyła jeszcze teoria prawa pospolitego, zwłaszcza z tego powodu, że w obec współczesnych stosunków pojęcie rzymskie darowizny na wypadek śmierci nie mogło sobie zdobyć prawa obywatelstwa. Dziwić się przeto należy, jak Unger mógł teorię prawa pospolitego w tym względzie otoczyć aureolą i dla czego starał się ją przeszczepić na glebę prawa austriackiego. Przytem musiał zapoznać, że darowizna na wypadek śmierci ma w prawie austriackim zupełnie inny charakter, niż w prawie rzymskim.

Prawo austriackie nie mogło bowiem być zupełnie głuchem na rozwój tej instytucji po recepcji prawa rzymskiego, a historia jej rozwoju była protestem przeciw postanowieniom prawa rzymskiego. Przedewszystkiem prawa rodzime wniosły do teorii i praktyki prawa pospolitego umowę dziedziczenia, a następnie umowę o zapis. Umowę o zapis recypowano pod firmą rzymskiej darowizny na wypadek śmierci. Dla tego rzymska *donatio mortis causa*, spełniona już za życia spadkodawcy *dando*, przestawała być darowizną na wypadek śmierci, ale przyznano jej słusznie wszelkie cechy darowizny między żyjącymi. Tak jak zapis jest płatny dopiero po śmierci spadkodawcy, tak i darowizna na wypadek śmierci może być spełnioną dopiero po śmierci spadkodawcy. Sam akt darowizny polega zatem tylko na przyrzeczeniu (*promissio*). Zresztą darowizna na wypadek śmierci przedstawia się zawsze jako umowa i zlewa się z pojęciem umowy o zapis.

Podobne zasady napotykamy w prawie austriackim. §. 956 u. c., który jest *sedes materiae*, stanowi wyraźnie, że darowizną na wypadek śmierci jest tylko przyrzeczenie darowizny, a jej spełnienie może nastąpić dopiero po śmierci przyrzekającego. Zresztą darowizna na wypadek śmierci nie zlewa się w prawie austriackim z pojęciami zapisu lub zwykłej darowizny, i nie jest chaotycznym zlepkiem obojga. Zapis jest bowiem pojęciem, różnem od darowizny. Pominąwszy to, że zapis jest rozporządzeniem *mortis causa*, a darowizna *inter vivos*, zachodzi między niemi zasadnicza różnica. Darowizna jest aktem ofiarności ze strony darującego; darujący sam odmawia sobie pewnych rzeczy lub pewnych korzyści, sam ponosi uszczerbek, by przysłużyć się drugiemu i zwiększyć jego majątek. Inaczej przy zapisie; tu bowiem nie rozchodzi się o ofiarność spadkodawcy, spadkodawca sam niczego sobie nie odmawia, ale licząc się z tą koniecznością, że musi kiedyś umrzeć i swego majątku do

grobu nie weźmie, zapisuje pewne rzeczy pewnym osobom; zapis jest zatem jeno aktem odszczególnienia pewnych osób przed innemi. Darowizna na wypadek śmierci nie może tedy łączyć równocześnie tych dwóch pojęć, w zasadzie odmiennych — tylko pod względem zastosowania przepisów prawnych mogą tu zachodzić pewne kombinacje między postanowieniami o zapisach, a postanowieniami o darowiznach. W obec tego pozostają nam dwie drogi: albo odmówić darowiznie na wypadek śmierci zupełnej racyi bytu, podporządkowując poszczególne zdarzenia prawne bądź to pod pojęcie zapisu, bądź to pod pojęcie darowizny; albo uznać darowiznę na wypadek śmierci za odrębną instytucję prawną, różną od zapisu i od darowizny, chociaż podlegającą pod pewnym względem kombinacji przepisów prawnych o zapisach i o darowiznach.

Prawo austriackie wybrało tę drugą drogę. Rozporządzenie ostatniej woli spadkodawcy w testamencie lub w kodycyłu musi być zawsze wyrazem jego prawdziwej woli. Przeto z wyrazów, niestosownie użytych, nie można wnosić o istocie prawnej dotyczącego rozporządzenia. Skoro n. p. testator w testamencie postanowi: majątek mój »daruję» memu synowi A, to mimo wyrażenia, wskazującego na darowiznę, nikt wątpić nie może, że dane rozporządzenie jest ustanowieniem syna dziedzicem. Podobnie, jeśli w kodycyłu »daruję» n. p. zegarek kieszonkowy memu bratankowi B. — to takie rozporządzenie nosi na sobie wszelkie znamiona legatu już po myśli §. 535 u. c. Aby dojść do tego, wyniku, nie potrzebujemy wcale powoływać się na §. 956 pr. zwłaszcza z tego powodu, że powyższy §. traktuje o darowiznie na wypadek śmierci. §. 956 pr. musi mieć zatem inne znaczenie, a nie może być tylko potwierdzeniem zdania że przypadki, podobne do przytoczonych, przedstawiają się jako legaty, gdyż w takim razie byłby albo powtórzeniem myśli, zawartej już w §. 535 u. c., albo musiałby zawierać sprzeczność, uznając jeden i ten sam stosunek prawny jako legat i jako darowiznę na wypadek śmierci. Przeto twierdzimy, że podobne jednostronne rozporządzenia są legatami, a nie darowiznami na wypadek śmierci. Z drugiej zaś strony nie ulega żadnej wątpliwości, że darowizna, wypłacona już za życia spadkodawcy, ale zawarta pod warunkiem, że obdarowany przeżyje darującego, jest zwykłą umową między żyjącymi, a nie darowizną na wypadek śmierci. Różnice między legatem i darowizną z jednej strony, a darowizną na wypadek śmierci z drugiej strony jest zasadniczą różnicą. Przeto t. zw. darowizna na wypadek śmierci musi być odrębną instytucją prawną z odrębnym zakresem.

Na to zwraca uwagę wskazówka, dana w §. 603 u. c. Darowizna na wypadek śmierci stanowi po myśli §. 603 integralną część tego rozdziału naszej ustawy, który traktuje w ogóle o rozporządzeniach na wypadek śmierci (9. rozdział II. części). Treść tego rozdziału wymienia jako rozporządzenia na wypadek śmierci 1. testamenty (§. 552 u. c.), 2. kodycyle (§. 553 i f.) 3) umowy dziedziczenia (§. 602 u. c.) i darowizny na wypadek śmierci (§. 603 u. c.).

Z tego wnosimy, że darowizna na wypadek śmierci jest odrębną instytucją prawną, jak testamenty i kodycyłe z jednej strony, a umowy dziedziczenia z drugiej strony. Darowizna *mortis causa* jest zawsze rozporządzeniem na wypadek śmierci po myśli 9. rozdziału II. części, przeto jej skutki prawne występują dopiero po śmierci spadkodawcy. Dla tego mylnem jest zdanie, że darowizna na wypadek śmierci wywołuje swe skutki niekiedy już za życia spadkodawcy, gdyż to twierdzenie sprzeciwia się prawnej istocie tej darowizny jako rozporządzenia na wypadek śmierci.

Jeżeli tak pojmujemy istotę prawną darowizny na wypadek śmierci, to nie możemy mieć trudności co do interpretacyi przepisu §. 956 u. c. Albowiem przepis ów nic innego nie ma na myśli nad to, co wypowiada *expressis verbis*. §. 956. u. c. stanowi tylko wymogi formy, przepisanej przy darowiznie na wypadek śmierci i łączy z tem pytanie o prawie odwołania darowizny. Przepis formalny ma dla darowizny na wypadek śmierci nader ważne znaczenie, jak w ogóle przy wszystkich rozporządzeniach na wypadek śmierci. Zresztą §. 956 u. c. ma na myśli jedynie ów stosunek prawny, jaki powstaje z darowizny na wypadek śmierci jeszcze za życia spadkodawcy.

Ustawa rozróżnia, czy przy darowiznie na wypadek śmierci zachowano wszelkie formalności legatu, czy uwzględniono inne formalności, podane w §. 956. i f. Jeżeli zachowano wszelkie formalności legatu, to darowizna jest za życia spadkodawcy odwołałną i spadkodawca może w każdej chwili innem rozporządzeniem ostatniej woli uchylić poprzednią darowiznę. Jeżeli jednak uwzględniono wszystkie przepisy formalne §. 956 i f., to do śmierci spadkodawcy darowizna na wypadek śmierci jest tak samo zabezpieczoną, jak każda inna darowizna między żyjącymi. A więc spadkodawca nie może jej jednostronnie odwołać (arg. §. 946 u. c.), tylko mogą nastąpić pewne modyfikacye tego zakazu po myśli §§. 947—954 u. c. Ale mimo to nie można twierdzić, jakoby obdarowany miał już za życia spadkodawcy pewne *ius quaesitum*, gdyż podobnie jak przy przyrzeczeniach darowizny *inter vivos* (§. 943 u. c.) przed czasem płatności obdarowany nie może w niczem ograniczać wolnego zarządzania majątkiem darczyńcy — dla tego przy darowiznach na wypadek śmierci (zarówno jak przy wszystkich rozporządzeniach na wypadek śmierci) nie można żądać, by spadkodawca ze względu na darowiznę ograniczał swe postępowanie i nie wydawał zarządzeń, stojących w sprzeczności z darowizną na wypadek śmierci. Gdy zatem zachowano formy §. 956 i f., a spadkodawca mimo to pozbył rzecz darowaną, to alienacya jest ważną, ale po śmierci spadkodawcy dziedzic jest obowiązany dostarczyć tej rzeczy lub zwrócić jej wartość.

Co się zaś dzieje po śmierci spadkodawcy, wypowiada *implicite* stanowisko §. 603 u. c. w rozdziale o rozporządzeniach na wypadek śmierci, przeto następuje w ogóle taki stan prawny, jaki charakteryzuje wszystkie rozporządzenia na wypadek śmierci.

Jako odrębna instytucja prawna ma darowizna na wypadek śmierci jednolity charakter. Pod względem swej istoty jest najbardziej pokrewną z umową dziedziczenia, jak to wnosić można z zestawienia ich obok siebie w §§. 602 i 603 u. c. i przeciwstawienia do testamentów i kodycyłów. Gdy bowiem testamenty i kodycyle są jednostronnem oświadczeniem woli, przedstawia się umowa dziedziczenia jako obustronne oświadczenie woli, a darowizna na wypadek śmierci jest również umową. Obie są umowami prawa spadkowego. Umowa dziedziczenia nie jest bowiem zlepkiem testamentu i umowy — jak twierdzą niektórzy uczeni, tylko wyłącznie umową, ale nie obligatoryjną, lecz spadkową. Zarówno i darowizna na wypadek śmierci nie jest — jak wyżej wykazano — zlepkiem legatu i umowy, ale przedstawia się zawsze jako umowa prawa spadkowego. Co Hofmann twierdzi o umowie dziedziczenia, ma *in thesi* zastosowanie także do darowizny na wypadek śmierci: »Delacya spadku może polegać bądź to na pewnym przymiocie lub trwałym stosunku powołanego dziedzica do spadkodawcy, bądź to na pewnym akcie prawnym między spadkodawcą a uprawnionym. W prawie rzymskiem musi być ów akt prawny zawsze jednostronnym, ale w nowożytnem prawie może być także obustronnym».

Darowizna na wypadek śmierci jest zatem zawsze umową i tylko obustronnością aktu t. j. przyjęciem oferty przez obdarowanego różni się w danym przypadku od zapisu. Jednostronne oświadczenie woli spadkodawcy, przyznające po śmierci pewnej osobie własność pewnej rzeczy lub inne poszczególne prawa, jest legatem, a dwustronne oświadczenie woli (za zgodą strony uprawnionej) jest darowizną na wypadek śmierci po myśli §. 956 pr., jeśli odpowiada wszelkim formalnościom legatów.

Darowizna na wypadek śmierci może być tylko wtedy odrębną instytucją prawną, jeżeli uznajemy ją zawsze jako umowę prawa spadkowego — gdyż tylko tym sposobem ograniczamy ją od legatu z jednej strony i darowizny jako umowy obligatoryjnej, z drugiej strony. §. 956 u. c. nazywa darowiznę na wypadek śmierci darowizną, a §. 938 u. c. uważa każdą darowiznę za umowę — przeto darowizna na wypadek śmierci jest także umową, ale umową spadkową. Gdy zaś darowiznę na wypadek śmierci uważamy *in thesi* za umowę spadkową, to nie sprzeciwiamy się wcale przepisowi §. 956 u. c., który czyni różnicę między legatem a umową, gdyż §. 956 jest tylko przepisem formalnym, zaczem naszego twierdzenia wcale nie narusza, jak to już wynika z interpretacji, którą podaliśmy wyżej.

Umowa spadkowa, którą widzimy w pojęciu darowizny na wypadek śmierci, ma wszelkie cechy t. zw. umowy o zapis. Przedmiotem darowizny na wypadek śmierci nie może być cały spadek lub idealna część tegoż, gdyż wtedy przedstawia się ta umowa jako umowa dziedziczenia; zresztą §. 956 pr. (*verb.* »als Vermächtnis») wskazuje wyraźnie, że przedmiotem darowizny

może być tylko to, co jest przedmiotem legatu (§. 535 u. c.) A zatem umowa dziedziczenia różni się od darowizny na wypadek śmierci jedynie co do przedmiotów; przedmiotem umowy dziedziczenia jest spadek jako idealna jedność, zaś przedmiotem darowizny na wypadek śmierci są tylko poszczególne rzeczy lub pewne prawa.

Darowizna na wypadek śmierci obejmuje zatem to, co teoria nazywa umową o zapis, przeto mylnem jest zdanie, nadużywające pojęcia darowizny na wypadek śmierci dla oznaczenia istoty prawnej niektórych kontraktów małżeńskich. Przedewszystkiem *donatio mortis causa* jest rozporządzeniem na wypadek śmierci, przeto nie może się zdarzyć, aby te skutki prawne, które mogą nastąpić dopiero po śmierci spadkodawcy, stały się aktualnymi już za jego życia n. p. w skutek otworzenia konkursu (§§. 1260—1262 u. c.), separacyi (§. 1264 u. c.) lub rozvodu (§. 1266 u. c.). Zresztą darowizna na wypadek śmierci jest odrębną instytucją prawną z zakresem ściśle oznaczonym. Używanie tego pojęcia do oznaczenia istoty prawnej niektórych kontraktów małżeńskich jest wynikiem błędu, że teoria panująca uważa darowiznę na wypadek śmierci za pojęcie zbiorowe, a mianowicie za pewną gałąź darowizny w ogólności. Ale jak nie można istoty posagu objaśnić przez to, że go się uważa n. p. za dar poranny, tak nie można n. p. wdowiej płacy uważać za darowiznę na wypadek śmierci.

Darowizna na wypadek śmierci ma obszerniejszy zakres, niż umowa dziedziczenia, gdyż jest dopuszczalną nie tylko między małżonkami, ale między innemi ludźmi, których nie łączy węzeł małżeński. Dla tego nie wymienia jej ustawa przy kontraktach małżeńskich.

Reasumując nasze uwagi przychodzimy do następującego rezultatu: Jeżeli umowa o dożywocie obejmuje tylko pewne rzeczy lub pewne prawa, to charakteryzuje się jako darowizna na wypadek śmierci. Co do formy i odwołalności tejże obowiązują przepisy §. 956 u. c. Ale po otwarciu spadku rozchodzi się tylko o przyznanie pewnej rzeczy lub pewnego prawa, przeto stosują się przepisy prawne o legatach w ogólności.

IV.

Jeszcze kilka słów o dożywociu małżonka z ustawy. Mamy na myśli przepis §. 757 u. c., który przyznaje małżonkowi prawo spadkowe *ex lege* wspólnie z dziećmi spadkodawcy. Jeżeli spadkodawca nie zostawił żadnego rozporządzenia na wypadek śmierci, a po nim pozostały dzieci i jego małżonek, to małżonek ma prawo dożywocia na czwartej części spadku, lub gdy jest więcej niż troje dzieci, na takiej części spadku, która wypada z podziału na równe części. Dożywocie małżonka z ustawy może zatem obejmować tylko idealną część spadku.

W teorii i praktyce austriackiej jest znaczenie powyższego przepisu nadzwyczaj sporne; zbędną jednak wdawać się w szczególny rozbiór i krytykę zdań, gdyż w tym względzie możemy powołać się na bardzo obszerną literaturę. Nasze zdanie wynika bezpośrednio z tego, co udowodniliśmy w rozdziałach poprzednich. Istota prawna dożywocia małżonka, które obejmuje spadek jako idealną całość, jest tą samą przy dożywociu z testamentu, z umowy i z ustawy. Niema bowiem przyczyny przepis §. 757 u. c. tłumaczyć inaczej, niż analogiczne przypadki dożywocia z testamentu i z umowy. Przeto stosunek prawny małżonka do przypadającej mu z ustawy idealnej części spadku jest »ograniczoną własnością z prawami i obowiązkami użytkowcy« (arg. §. 613 u. c.). Jest to podstawienie powiernicze z ustawy: małżonek jest powiernikiem, dzieci są mu powierniczo podstawione. Te same argumenty, które przytoczyliśmy powyżej dla poparcia naszego zdania przy dożywociu z testamentu, mają tu zupełne zastosowanie.

Weiske powołuje się przytem słusznie na instytucję prawa niemieckiego, które małżonkowi przyznawało prawo pozostania w dotychczasowych ekonomicznych stosunkach mimo śmierci spadkodawcy (t. zw. »Beisitz« Por. §. 1243 u. c.) Pfaff i Hofmann przeprowadzają metodą dyalektyczną dowód, że małżonek jest po myśli §. 757 u. c. powiernikiem, a jego stosunek prawny jest podstawieniem powierniczem na korzyść dzieci. Przeto oprócz naszych argumentów możemy powołać się też na powyższe prace, przyczem jednak zaznaczyć należy, że wynik, do jakiego doszli Pfaff i Hoffmann w drodze dyalektyki, twierdząc, że małżonek jest ograniczonym tylko na korzyść potomków i że to ograniczenie odpada, jeżeli przy śmierci małżonka żaden z potomków nie został przy życiu, podaliśmy powyżej na podstawie przepisu §. 615 u. c. dla dożywocia z testamentu i przyjmujemy go analogicznie przy dożywociu z ustawy.

Małżonek, któremu przysługuje dożywocie po myśli §. 757 u. c. jest dziedzicem, nie zaś zapisobiercą. Ma on bezpośrednie prawo do spadku, przeto nie jest *a priori* ograniczony do pewnej sumy pieniężnej, którą mu winne wypłacić dzieci jako spadkobiercy. Jego prawo jest równorzędne z prawem dzieci, jest jednak ograniczone, bo po śmierci jego pozostaje przy dzieciach lub ich potomkach. Dla tego w ostatnim rzędzie spadek »pozostaje« przy dzieciach, one tedy nie mogą w swoim prawie doznać żadnego uszczerbku. Dożywocie małżonka nie narusza ich praw — przeto słowa: »das Eigenthum davon bleibt den Kindern« oznaczają, że spadek ostatecznie »pozostaje przy dzieciach« i że one przez dożywocie małżonka nie mogą ponieść szkody.

Jeżeli po śmierci spadkodawcy małżonek jest dziedzicem na równi z dziećmi, to przy ewentualnym podziale spadku ma takie same prawa, jak dzieci. Sędzia przeprowadzający rozdział winien zatem starać się o to, aby

małżonek według możliwości otrzymał rzeczywiście te rzeczy, które należą do spadku, a wypłatę w ekwiwalencie może tylko wtedy zarządzić, jeżeli jest dla wyrównania konieczną. Zresztą mogą się dzieci porozumieć z małżonkiem co do pewnej sumy pieniężnej, która ma być ekwiwalentem dożywocia, a wtedy następuje w ugodowej drodze likwidacja całego stosunku prawnego, dzieci zaś dzielą cały spadek między siebie, biorąc zobowiązanie do pewnej renty względem małżonka. Naturalnie i sędzia może po przesłuchaniu interesowanych zarządzić spłatę pewnej renty w zamian za dożywocie *in natura* — ale z tego nie można jeszcze wnosić, że małżonek nie jest dziedzicem i nie ma *a priori* prawa do spadku, tylko roszczenie obligatoryjne, którego przedmiotem jest renta. Gdzie n. p. nieruchomości stanowią główną podstawę spadku, tam załatwia się cały stosunek między małżonkiem a dziećmi w ten sposób, że następuje realny rozdział gruntów na części, tak że małżonek może i nadal pozostać wśród tych samych stosunków, jak za życia spadkodawcy. A gdy przyjdzie do sądowego rozdziału, to i sędzia przeprowadza go zwyczajnie *in natura*.

Ustawa nasza zna jednak niektóre pozycje, które uszczuplają dożywocie małżonka. O tych pozycjach wspomina §. 758 u. c. Jeżeli prawo małżonka uważamy za bezpośrednie prawo do spadku, za »ograniczoną własność z prawami i obowiązkami użytkowcy« i stawiamy je równorzędnie z prawem dzieci, to wszelkie obliczenia mogą dotyczyć jedynie bezpośrednio tej części spadku, jaka przysługuje małżonkowi w dożywocie. Małżonek jest bowiem »ograniczonym właścicielem« a nie użytkowcą, przeto wszelkie odliczenia zmniejszają tę część, jaka mu się należy i wtedy dożywocie ogranicza się do tej zmniejszonej części.

Ale nieraz trafia się, że przedmiotem odliczenia jest prawo użytkowania pewnej rzeczy. Wówczas sędzia, przeprowadzający podział, ma oprócz ugodowej drogi dwa sposoby: 1. może małżonkowi przyznać tę rzecz, której użytkowanie ma być odliczone, ale włożyć nań obowiązek do spłacania dzieciom pewnej kwoty pieniężnej, przedstawiającej wartość użytkowania, albo 2. może oznaczyć wartość owej rzeczy i kazać małżonkowi złożyć odpowiednią sumę dla zabezpieczenia dzieciom odsetek z tego kapitału, — kapitał pozostaje jednak własnością małżonka.

Gdy przedmiotem odliczenia są renty życiowe, to małżonek ma prawo wyboru między rentami życiowymi a prawem dożywocia z ustawy; gdyż jeżeli zamierza żądać dożywocia z ustawy, to musi się zrzec prawa do renty. Wszelkie inne kombinacje nie mogą prowadzić do celu, gdyż n. p. kapitalizacja renty jest zawsze niepewną pozycją, a więc prowadzi do niepewnych wyników.

