

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

TOM 19



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu ŚLĄSKIEGO
KATOWICE 2016

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 19

pod redakcją
Maksymiliana Pazdana

Zespół Redakcyjny

Maksymilian Pazdan (redaktor naczelny)

Wojciech Popiołek (redaktor tematyczny)

Witold Kurowski (sekretarz Redakcji)

Katarzyna Sznajder-Peroń (sekretarz Redakcji)

Maciej Zachariasiewicz (sekretarz Redakcji)

Rada Naukowa

Christian von Bar (Universität Osnabrück), Zdeněk Kučera (Univerzita Karlova), Paul Lagarde (Université Paris I), Rett R. Ludwikowski (The Catholic University of America), Heinz-Peter Mansel (Universität zu Köln), Dieter Martiny (Europa-Universität Viadrina), Andrzej Mączyński (Uniwersytet Jagielloński), Paul Meijknecht (Universiteit Utrecht), Cezary Mik (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Jerzy Poczobut (Uniwersytet Warszawski), Jerzy Rajski (Uniwersytet Warszawski), Andrzej Szumański (Uniwersytet Jagielloński), Luboš Tichý (Univerzita Karlova)

Zespół Recenzentów

László Burián (Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest), Jan Ciszewski (Ministerstwo Sprawiedliwości), Maria Dragun-Gertner (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), Przemysław Drapała (Akademia Leona Koźmińskiego), Bogusława Gnela (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie), Bettina Heiderhoff (Universität Münster), Agnieszka Jańczuk-Gorywoda (Universiteit van Tilburg), Joanna Krucalak-Jankowska (Uniwersytet Gdański), Dorota Leczykiewicz (University of Oxford), Piotr Machnikowski (Uniwersytet Wrocławski), Maciej Mataczyński (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), Piotr Mostowik (Uniwersytet Jagielloński), Maxi Scherer (University of London), Maciej Szpunar (Uniwersytet Śląski), Andrzej Tynel (Baker & McKenzie), Karol Weitz (Uniwersytet Warszawski), Andrzej W. Wiśniewski (Uniwersytet Warszawski), Arkadiusz Wowerka (Uniwersytet Gdański), Arkadiusz Wudarski (Europa-Universität Viadrina), Fryderyk Zoll (Uniwersytet Jagielloński, Universität Osnabrück)

Adres Redakcji

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego

40-007 Katowice, ul. Bankowa 11b

tel. (032) 359 18 03; e-mail: witold.kurowski@us.edu.pl

Publikacja jest dostępna także w wersji elektronicznej:

Central and Eastern European Online Library

www.cceol.com

Spis treści

Studia

Mateusz Pilich: Łączniki personalne osób fizycznych w prawie prywatnym międzynarodowym (zagadnienia wybrane)	7
Arkadiusz Wowerka: Wyznaczanie statutu personalnego osób prawnych	35
Katarzyna Anna Dadańska: O realizacji zasady jednolitości statutu spadkowego w świetle rozporządzenia nr 650/2012	65
Łukasz Chyla: Obecna sytuacja arbitrażu korporacyjnego w prawie polskim	89

Materialy

Hilmar Krüger: Prawo małżeńskie i spadkowe w dzisiejszym świecie orientalnym	111
Postanowienie Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 8 marca 2016 r. (V Cz 664/15)	125

Contents

Studies

Mateusz Pilich: Personal connecting factors for natural persons in the choice of law (selected issues)	7
Arkadiusz Wowerka: Determination of the law applicable to the legal persons	35
Katarzyna Anna Dadańska: On the implementation of the uniformity principle of the succession statute in the Regulation (EU) № 650/2012	65
Łukasz Chyla: The current position of corporate arbitration in Polish law . .	89

Materials

Hilmar Krüger: Marriage and inheritance law in contemporary oriental world	111
Material effects of a legacy ‘by vindication’ in the Regulation (EU) № 650/2012. Preliminary ruling from the Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim of 8 March 2016, V Cz 664/15	125

Table des matières

Etudes

Mateusz Pilich: Rattachements personnels relatifs aux personnes physiques en droit international privé (questions choisies)	7
Arkadiusz Wowerka: La détermination du statut personnel des personnes morales	35
Katarzyna Anna Dadańska: De la réalisation du principe de l'unité de la loi successorale à la lumière du règlement n° 650/2012	65
Lukasz Chyla: Situation actuelle de l'arbitrage corporatif en droit polonais	89

Matériaux

Hilmar Krüger: Droit matrimonial et droit des successions dans le monde oriental d'aujourd'hui	111
Effets réels du legs «par revendication» à la lumière du règlement n° 650/2012. Question préjudicielle du Tribunal Régional de Gorzów Wielkopolski du 8 mars 2016, V Cz 664/15	125

Содержание

Исследования

Матеуш Пилих: Варианты личных законов физических лиц в международном частном праве (избранные проблемы)	7
Аркадиуш Воверка: Определение личного статуса юридического лица	35
Катажина Анна Даданьска: О реализации принципа единства наследственного статуса в свете Регламента (ЕС) № 650/2012	65
Лукаш Хыла: Актуальная ситуация арбитража корпоративных споров в польском законодательстве	89

Материалы

Хилмар Крюгер: Брачное и наследственное право в современном восточном мире	111
Вещные эффекты завещательного отказа на фоне Регламента (ЕС) № 650/2012. Предварительный запрос Окружного суда г. Гожув Велькопольски № V Cz 664/15 от 8 марта 2016 г.	125

Mateusz Pilich^{a)}

Łączniki personalne osób fizycznych w prawie prywatnym międzynarodowym (zagadnienia wybrane)

Abstract: Subject matter of the analysis are the so called personal connecting factors for natural persons in the choice of law, which in particular stands for the criteria of nationality, domicile, and habitual residence. Choosing one of them as the basis for the designation of the law applicable to issues of the personal status, family law, or the law of successions has been discussed since the moment of the very birth of the modern conflict of laws. The paper compares the most important characteristics of personal connecting factors, taking into consideration a general evaluation of their location within the framework of the Polish conflict-of-law provisions. Every solution in this field has its advantages and disadvantages, so that it is not possible a priori to say that the domination of a particular criterion is better than any other. At the same time the nationality connecting factor in its pure, objective form is gradually eliminated from both the European and international rules on the conflict of laws. Admittedly, such a trend not necessarily is a guidance for the Polish lawgiver, yet it will surely have some influence on the content of the future amendments to the Law of 4 February 2011 on the Private International Law. The author criticizes a solution consisting in using both domicile and habitual residence as subsidiary personal connecting factors, whereas this role should be assigned only to the latter. New prospects of a wider use of habitual residence not only in the private international law, but also the substantive law have been opened up recently. The answer to the challenges of the contemporary international commerce is not looking for the mystic “Sorcerer’s stone” in the form of an ideal choice-of-law connection but rather a skillful mixture of various methods of designating and applying the appropriate rules of law, including among others a wider use of the parties’ autonomy in the field of the choice of law.

^{a)} Dr hab., Uniwersytet Warszawski.

Keywords: private international law, conflict of laws, choice of law, personal status of natural persons, connecting factors, nationality, domicile, habitual residence, EU law, Polish law, migrations

1. Wprowadzenie

Mniej więcej od czasów Friedricha Karla von Savigny'ego¹ — a więc od chwili, gdy doszło do naukowego opracowania podstaw kolizyjnoprawnej metody regulacji stosunków cywilnoprawnych w obrocie międzynarodowym opartej na koncepcji stanowienia norm kolizyjnych zupełnych² — kodyfikatorzy prawa prywatnego międzynarodowego, wspierani przez doktrynę, nieustannie pytają o dobór optymalnych kryteriów wskazania prawa właściwego. Wokół tej kwestii toczy się niekiedy zażarte spory, co jednak nie dziwi, gdyż dobór łączników³ dla określonego zakresu stosunków życiowych, stanowiącego element hipotezy normy kolizyjnej, przypomina balansowanie na linie. Uważa się, że wskazanie prawa właściwego za pośrednictwem norm kolizyjnych generalnie powinno odpo-

¹ F.K. von Savigny: *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 8. Berlin 1849.

² Metoda, o której mowa, jest jednym z kilku możliwych rozwiązań legislacyjnych. Jego trudną do zakwestionowania zaletą jest godzenie różnych interesów jednostkowych i zbiorowych z zachowaniem wysokiej pewności prawa, co wynika z istnienia wyspecjalizowanych norm prawnych, systematycznie regulujących stosowanie zarówno prawa własnego, jak i obcego; szerzej zob. G. Droz: *Regards sur le droit international privé comparé: Cours général de droit international privé*. „Recueil des Cours” 1991-IV, vol. 229, s. 27 i nast.

³ Rozważania na temat pojęcia „łącznik” od wielu dziesięcioleci są jednym z podstawowych elementów podręczników prawa prywatnego międzynarodowego; zob. zwłaszcza M. Sośniak: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 2. Katowice 1981, s. 61; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 15. Warszawa 2012, s. 49 i nast. Samo pojęcie „łącznik” jest dwupłaszczyznowe i może obejmować, zależnie od kontekstu wypowiedzi, zarówno okoliczność faktyczną „lokalizującą” stosunek życiowy, jak i jej syntetyczny opis w treści normy kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego; zamiast wielu zob. A. Mączyński: *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994, s. 231 i nast. Niestety, nie przyjęła się propozycja Jerzego Jakubowskiego, aby rozróżnić „łącznik” jako element budowy normy kolizyjnej od „okoliczności łączącej” („wskazującej”), która miałaby określać desygnat łącznika w konkretnej sytuacji faktycznej; J. Jakubowski: *Wpływ zainteresowanych na właściwość prawa merytorycznego w prawie prywatnym międzynarodowym*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1967, z. 4, s. 85.

wiadać dwóm celom: sprawiedliwości i pewności prawa⁴. System prawa kolizyjnego realizujący obie te wartości wymaga zatem dobrej polityki legislacyjnej i orzeczniczej, której zasady niestety mogą być formułowane jedynie na poziomie bardzo ogólnej refleksji⁵. Można jednak stwierdzić prawidłowość, polegającą na szerokim wykorzystaniu w przepisach prawa kolizyjnego kryteriów wskazania prawa nawiązujących do cech podmiotów stosunku lub sytuacji życiowej. Wytlumaczenie jest proste: skoro gros kwestii prawnych, dla których poszukuje się właściwego prawa, w ostatecznym rozrachunku dotyczy osób fizycznych, to jest oczywiste, że podstawą powiązania pomiędzy sytuacją życiową a systemem prawnym należy uczynić w pierwszej kolejności cechy podmiotu lub podmiotów danego stosunku⁶.

Kryteria wskazania prawa właściwego związane z okolicznościami dotyczącymi osoby fizycznej lub — szczególnie w dziedzinie międzynarodowego prawa małżeńskiego — dwójga osób fizycznych nazywane są w doktrynie **personalnymi (osobowymi)**. Obejmują one w omawianym zakresie następujące desygnaty: obywatelstwo, zamieszkanie oraz pobyt zwykły i prosty. Trzy pierwsze są użyte *explicite* w przepisach polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym, choć nie z równą intensywnością. Ustawa ta bowiem nadal pozostaje silnie przywiązana do kontynentalnej tradycji prawa kolizyjnego, przynależąc do „obozu zasady obywatelstwa”. Z kolei w prawie konwencyjnym reprezentacja łączników obywatelstwa i zamieszkania wykazuje stałą tendencję malejącą na korzyść łącznika zwykłego pobytu, który dominuje bardzo zdecydowanie w normach kolizyjnych prawa europejskiego. Wyjątkowa złożoność systemu źródeł współczesnego prawa kolizyjnego ma niebagatelny wpływ również na omawianą problematykę.

⁴ M. Czepelak: *Miedzy Hagą a Brukselą — w poszukiwaniu współczesnej wizji unifikacji prawa prywatnego międzynarodowego*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2006, z. 96, s. 299—300.

⁵ W literaturze podkreśla się zwłaszcza konieczność poszukiwania „powiązań według istotności związku z danym systemem, nie zaś według z góry przyjętego schematu”; tak zwłaszcza M. Sośniak: *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym*. Katowice 1971, s. 57; podobnie zob. J. Jakubowski: *Nowe drogi rozwoju międzynarodowego prawa prywatnego*. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 1975, z. 12, s. 38—39. Dobór konkretnych łączników jest jednak dokonywany przez ustawodawcę w znacznej mierze uznaniowo. Jedynie dla niektórych jego rozstrzygnięć kolizyjnoprawnych wyznacza się bardziej konkretnie linie graniczne, np. takie, że zdolność prawna i do czynności prawnych może być poddana *legi patriae* lub *legi domicilii*, ale nie *legi rei sitae*, wtedy bowiem dochodziłoby do niekorzystnej relatywizacji statutu personalnego w wypadku położenia składników majątku osoby w kilku państwach; zob. M. Czepelak: *Miedzy Hagą a Brukselą...*, s. 301.

⁶ Por. M. Pilich: *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym: zagadnienia podstawowe*. Warszawa 2015, s. 310.

Prawo wskazane przez normy kolizyjne za pośrednictwem wszystkich wspomnianych wyżej łączników nazywane bywa **prawem personalnym**. To określenie ma współcześnie znaczenie jedynie technicznoprawne⁷. Zakres stosunków życiowych poddanych prawu personalnemu obejmuje bowiem różnorodne kwestie, których katalog jest zrelatywizowany w aspekcie przestrzennym oraz czasowym⁸. Merytoryczny sens rozważania prawa personalnego jako abstrakcyjnego uniwersum kolizyjnoprawnego wskazania współcześnie traci na znaczeniu co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, stosunki osobiste, w jakich uczestniczy osoba od chwili narodzin aż do śmierci, są zawsze wpisane w bardziej kompleksowe ramy i jeden abstrakcyjny łącznik (obywatelstwo, zamieszkanie) nigdy nie wystarczy do rozstrzygnięcia wszelkich nasuwających się kwestii kolizyjnoprawnych⁹. Po drugie, charakterystyczne dla współczesnego prawa kolizyjnego jest nie tyle poszukiwanie jednego, idealnego rozwiązania, ile raczej dopasowanie modelu wskazania kolizyjnoprawnego do specyfiki konkretnej sytuacji życiowej.

Niekiedy w sposób zbliżony do pojęcia prawa personalnego używa się terminu „statut personalny”, chociaż zapewne poprawniej byłoby odnosić go jedynie do konkretnego zakresu stosunków życiowych, nie zaś do prawa wskazanego łącznikiem personalnym. Jedną z prawdopodobnych tego przyczyn wydaje się niejednoznaczność terminu *le statut personnel* w języku francuskim, który może oznaczać zarówno „statut”, jak i „status osobowy”¹⁰.

⁷ Inaczej mówiąc, w polskim systemie autonomicznych norm kolizyjnych określenie „prawo personalne” agreguje sumę wskazań na prawo ojczyste (*lex patriae*), prawo państwa zamieszkania (*lex domicilii*) oraz prawo państwa pobytu — zwłaszcza pobytu zwykłego (*lex habitationis*) — tutaj abstrahując od kwestii dotyczących osób prawnych. Ibidem, s. 185.

⁸ Przykładem zmian, jeśli chodzi o wskazanie prawa dla danego zakresu stosunków życiowych, jest statut deliktowy, w którym prawo personalne poszkodowanego, sprawcy lub ich wspólne prawa uważa się za najstarszy łącznik w dziedzinie odpowiedzialności (nie tylko zresztą cywilnej); jednak w toku rozwoju prawa rola wskazania prawa personalnego dla deliktów wyraźnie zmalała na rzecz prawa obowiązującego w miejscu popełnienia czynu szkodzącego lub wystąpienia szkody; szerzej zob. M. Sośniak: *Zobowiązania...*, s. 59 i nast.

⁹ G. Droz: *Regards sur le droit...*, s. 113—114.

¹⁰ W znaczeniu ścisłym jest to jedynie prawo właściwe dla zdolności osoby — szczególnie fizycznej; zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 90; odnośnie do możliwości szerszego rozumienia tego terminu zob. A. Mączyński: *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje „de lege lata i de lege ferenda”*. W: „*Leges sapere*”. *Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*. Red. W. Uruszczak, P. Święcicka, A. Kremer. Kraków 2008, s. 310; na temat aspektów semantycznych zob. A.N. Makarov: *Personalstatut und persönlicher Status*. In: *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Heidelberg*. Hrsg. E. Wahl, R. Serick. Heidelberg 1967, s. 115.

Nie mniejsze znaczenie mają implikacje prawnohistoryczne, których jednak nie sposób szerzej omówić w ramach tego opracowania.

Plan dalszych rozważań zostanie podporządkowany następującemu schematowi. W pierwszej kolejności zostanie nakreślona charakterystyka głównych łączników personalnych osób fizycznych: obywatelstwa, zamieszkania oraz zwykłego pobytu, z uwzględnieniem generalnej oceny zasadności ich umiejscowienia w przepisach polskiego prawa kolizyjnego. Następnie wypada podjąć próbę odpowiedzi na pytanie o podstawowe tendencje w stanowieniu i stosowaniu norm zawierających łączniki personalne, które mają lub będą miały w najbliższych latach wpływ na rozwój polskiego i europejskiego prawa kolizyjnego.

2. Obywatelstwo a „zamieszkanie” — konflikt zasad w prawie kolizyjnym

Motywnym przewodnim dyskursu w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego ostatnich dwóch stuleci z pewnością pozostaje spór pomiędzy zwolennikami szeroko pojętych zasad „obywatelstwa” oraz „domicylu”. Dyskusja ta dotyczy przeważnie państw kontynentalnej Europy i najczęściej sprowadza się do pytania, czy w systemie prawa kolizyjnego przyszedł czas na symboliczne rozstanie z łącznikiem obywatelstwa i oparcie systemów kolizyjnoprawnych na łączniku zamieszkania — a bardziej współcześnie: zwykłego pobytu¹¹.

Dylemat, o którym mowa, nie jest dla nikogo rzeczą nową, jednak warto podkreślić, że wiodąca rola obywatelstwa jako łącznika kolizyjnoprawnego nigdy nie była w Polsce przedmiotem pogłębionej debaty. Przyczyn tego stanu rzeczy może być wiele, natomiast decydująca wydaje się droga historycznego rozwoju prawa polskiego: otóż podczas tworzenia pierwszej

¹¹ Zamiast wielu zob.: S. Braga: *Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip? Ein Beitrag zur Reform des internationalen Privatrechts*. Erlangen 1954; L.I. de Winter: *Nationality or Domicile? The Present State of Affairs*. „Recueil des Cours” 1969, N° 128, s. 347 i nast.; D. Henrich: *Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?* In: *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*. Hrsg. G. Hohloch, R. Frank, P. Schlechtriem. Tübingen 2001, s. 437 i nast.; zob. również H.-P. Mansel: *Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht: Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person?* In: *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*. Hrsg. E. Jayme. Heidelberg 2003, s. 119 i nast.

z polskich ustaw kolizyjnych z 1926 r.¹² dyskusja o łącznikach personalnych w Europie była zakończona, a nasi kodyfikatorzy po prostu zaakceptowali model ustalony w znanych im doskonale ustawodawstwach zaobcych oraz innych państw obcych¹³, zwłaszcza w kodyfikacji włoskiej, której głównym autorem był słynny uczonec i polityk Pasquale Stanislao Mancini¹⁴. Kolejne polskie ustawy kolizyjne — włącznie z obowiązującą ustawą z dnia 4 lutego 2011 r.¹⁵ — opierały się na podobnych założeniach, niezależnie od korekt podyktowanych duchem czasu lub zmianą wartości¹⁶. Wiodący łącznik nie uległ jednak zasadniczej zmianie.

Polska ustawa nie posługuje się zwrotem „obywatelstwo” w przepisach części szczegółowej. Wskazanie przez nią na „prawo ojczyste” osoby fizycznej musi być jednak rozumiane w taki właśnie sposób, zważywszy chociażby na rezultaty wykładni przepisów części ogólnej: ustawodawca operuje bowiem w kontekście wielopaństwowości oraz zastępczego statutu personalnego terminami: „obywatel polski” (art. 2 ust. 1 p.p.m.), „obywatele tego samego państwa” (art. 2 ust. 3 p.p.m.), „obywatelstwo” (art. 3 ust. 1 p.p.m.), a nadto „cudzoziemiec” (art. 2 ust. 2 p.p.m.), a przecież — jak wynika z wykładni systemowej — cudzoziemcem jest każdy, kto nie ma obywatelstwa polskiego. Tak więc prawem ojczystym jest *de lege lata* zawsze prawo tego państwa, z którym osobę fizyczną łączy odpowiedniego rodzaju więź o charakterze prawno-politycznym¹⁷. Nie może być wątpli-

¹² Ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych (Prawo prywatne międzynarodowe). Dz.U. nr 101, poz. 1122 z późn. zm.

¹³ Z powszechnej skłonności do niekwestionowanego akceptowania łącznika obywatelstwa w dyskusji wyłamywał się w toku prac nad p.p.m. z 1926 r. jedynie Leon Pełczyński, głosząc podczas pierwszego czytania projektu ustawy, na posiedzeniu Komisji Kodyfikacyjnej w dniu 25 marca 1920 r., pogląd, że łącznik domicylu jest rozwiązaniem lepszym i mniej skomplikowanym, gdyż strony, które może dawno już opuściły ojczyznę, z założenia lepiej znają prawo obowiązujące w miejscu zamieszkania. Głos ten, poparty przez kilku uczestników obrad, przepadł jednak w dalszej dyskusji pod naporem argumentów, że to sprzeciwiało się ówczesnym tendencjom rozwojowym prawa kolizyjnego, wyznaczanym przez konwencje haskie oraz ustawodawstwo czołowych państw kontynentu; por. *Protokoły obrad Sekcji Prawa Cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej*. T. 1: *Prawo międzynarodowe i międzydzielnicowe prywatne*. Z. 1. Kraków 1920, s. 8 i nast.; zob. również M. Pilich: *Zasada obywatelstwa...*, s. 90.

¹⁴ Sylwetka oraz dorobek Manciniego w kontekście kodyfikacji włoskiego prawa kolizyjnego zob. M. Pilich: *Zasada obywatelstwa...*, s. 56 i nast.

¹⁵ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe. Dz.U. nr 80, poz. 432 z późn. zm.

¹⁶ A. Mączyński: *Polskie prawo prywatne międzynarodowe u progu XXI wieku*. W: *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*. Red. W. Czapliński. Warszawa 2006, s. 564.

¹⁷ Zob. również A. Mączyński: *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowa-*

wości, że obywatelstwo jako łącznik personalny zawsze odnosi się do publicznoprawnego statusu jednostki¹⁸, gdy tymczasem pozostałe łączniki z omawianej grupy dotyczą faktycznych związków osoby z terytorium.

Powszechnie uważa się, że obywatelstwo jako łącznik kolizyjnoprawny wykazuje kilka ważnych zalet na tle innych¹⁹. Po pierwsze, nie sprawia zasadniczych trudności pod względem pojęciowym, ponieważ wszędzie jest rozumiane tak samo, czego nie można powiedzieć m.in. o miejscu zamieszkania²⁰. Po drugie, jest ono względnie łatwe do ustalenia zarówno dla osób trzecich, jak i sądu; dowodem *prima facie* posiadania obywatelstwa jest dokument tożsamości, zwłaszcza paszport. Po trzecie, z poprzednio wspomnianą cechą obywatelstwa jako łącznika wiąże się wysoka przewidywalność rezultatu wskazania prawa właściwego zarówno dla jednostki, o której obywatelstwo chodzi, jak i dla osób trzecich²¹. Po czwarte, obywatelstwo tworzy więc względnie intensywną i stabilną, która stosunkowo rzadko ulega zmianie²², co bywa istotną za-

na profesorowi Andrzejowi Całusowi. Red. A. Janik. Warszawa 2009, s. 418; Idem: *Kolizyjna problematyka nazwiska*. W: „Aurea praxis-aurea theoria”. *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*. Red. J. Gudowski, K. Weitz. Warszawa 2011, s. 2398. Trzeba jednocześnie zauważyć, że sam sposób rozumienia „państwa” na użytek norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego nie jest prostą kalką pojęć używanych przez inne dziedziny prawa — zwłaszcza przez prawo międzynarodowe publiczne — wobec czego można używać terminu „prawo ojczyste” w odniesieniu do osób będących „obywatelami” tzw. państw nieuznanych międzynarodowo (np. Tajwanu) oraz tworów geopolitycznych niesuwerennych (np. Portoryko, Wyspy Kajmańskie). Cechą charakterystyczną „państwa” w znaczeniu kolizyjnoprawnym jest bowiem przede wszystkim wysoki stopień wyemancypowania jego autonomicznego porządku prawnego względem systemów prawnych innych „państw”; zdolność do utrzymywania stosunków międzynarodowych nie musi mieć tutaj decydującego znaczenia.

¹⁸ Alternatywne, postmodernistyczne koncepcje obywatelstwa jako szeroko pojętych więzi ze społecznością, poczucia identyfikacji i wspólnej tożsamości, np. obywatelstwo etniczne czy też kulturowe, są póki co irrelewantne z punktu widzenia wskazania prawa państwa; na temat takich koncepcji rozumienia „obywatelstwa” zob. m.in. D. Pudzianowska: *Obywatelstwo w procesie zmian*. Warszawa 2013, s. 23—24; odnośnie do perspektywy socjologicznej zob. S. Sassen: *Towards Post-National and Denationalized Citizenship*. In: *Handbook of Citizenship Studies*. Eds. E.F. Isin, B.S. Turner. London—Thousand Oaks—New Dehli 2002, s. 277 i nast.

¹⁹ Ich zwięzłą analizę przedstawia zwłaszcza M. Świerczyński, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 219 i nast.

²⁰ Na tę kwestię zwraca uwagę M. Czepelak: *Stosunki majątkowe między małżonkami*. Kraków 2004, s. 53—54.

²¹ P. Mankowski: *Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 EuErbVO*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 2015, H. 1, s. 40.

²² K. Przybyłowski: *Prawo prywatne międzynarodowe: Część ogólna*. Lwów 1935, s. 110; Idem: *Nowe polskie unormowanie problematyki kolizyjnej prawa prywatnego mię-*

letą, zwłaszcza w dziedzinie stosunków prawnorodzinnych oraz prawa do nazwiska²³. Wreszcie po piąte, nie bez znaczenia pozostaje również identyfikacja jednostki z systemem prawnym państwa, którego jest ona obywatelem; teoretycznie to właśnie obywatelstwo najlepiej odzwierciedla „kulturowe zakorzenienie”²⁴, które znajduje uznanie również w międzynarodowej regulacji praw człowieka²⁵. Inne przyczyny, dla których obywatelstwu przypisywano podstawowe znaczenie na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego — a zwłaszcza respektowanie w ten sposób obcej jurysdykcji personalnej czy też ochronna funkcja prawa ojczystego w stosunku do jednostek — współcześnie albo stały się nieaktualne, albo też trudno je uważać za tak oczywiste, jak kiedyś²⁶.

Z obywatelstwem w roli łącznika kolizyjnoprawnego wiążą się również niedogodności. Powszechnie przyjmuje się zasadę, że o tym, czym kto jest obywatelem, decyduje prawo danego państwa (zasada *legis causae*). Konsekwencją tego faktu mogą być sytuacje, w których dwa lub więcej państw uznaje tę samą osobę za obywatela²⁷. Podobnie jest w przypadku negatywnych kolizji prawa o obywatelstwie, gdy żadne z państw nie

dzynarodowego. „Studia Cywilistyczne” [Kraków] 1966, T. 8, s. 8; M. Sośniak: *Prawo prywatne międzynarodowe: skrypt dla studentów III roku prawa studiów dziennych i IV roku studiów zaocznych*. Wyd. 2. Katowice 1981, s. 63; Idem, w: B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*. Warszawa 1968, s. 65.

²³ E. Wierzbowski, w: M. Sośniak, B. Walaszek, E. Wierzbowski: *Międzynarodowe prawo rodzinne*. Warszawa—Wrocław—Kraków 1969, s. 88 i nast.; M. Pazdan: *Nazwisko w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*. Red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski. Warszawa 2010, s. 445 i nast.; D. Martiny: *Objectives and values of (private) international law in family law*. In: *International Family Law for the European Union*. Eds. J. Meeusen, M. Pertegás et al. Antwerpen—Oxford 2007, s. 86; G. Rossolillo: *Personal Identity at a Crossroad Between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law*. „Yearbook of Private International Law” 2009, vol. 11, s. 145 (w tym kontekście autorka zwraca uwagę zwłaszcza na łącznik obywatelstwa w konwencji nr 9 Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego w sprawie prawa właściwego dla imion i nazwisk).

²⁴ Y. Nishitani: *Global Citizens and Family Relations*. „Erasmus Law Review” 2014, no. 3, s. 134 i nast.; B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales Privatrecht*. Auflage 9. München 2007, s. 186 (autorzy wskazują zwłaszcza na interes osób czasowo ekspatriowanych, w tym aby ich sprawy nie były poddane obcemu dla nich prawu).

²⁵ Zob. zwłaszcza wyrok ETPC z dnia 4 października 2012 r., skarga nr 43631/09 *Harroudj przeciwko Francji*. „Revue critique de droit international privé” [dalej: Rev. crit.] 2013, s. 146 i nast., z głosem S. Corneloup (dotyczący zgodności respektowania przez państwo przyjmujące zakazu przysposobienia w prawie ojczystym imigrantki z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności).

²⁶ Zob. M. Pilich: *Zasada obywatelstwa...*, s. 268—269, 277 i cytowane tam źródła.

²⁷ M. Pazdan: *Dziedziczenie ustawowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Metody regulacji własności prawa*. Katowice 1973, s. 71.

„przyznaje się” do tego, że jest państwem ojczystym²⁸, lub też gdy ustalenie faktu posiadania obywatelstwa jest utrudnione, np. ze względu na brak odpowiednich dokumentów. W każdym z tych przypadków konieczne jest zastrzeżenie w ustawie szczególnych norm o charakterze posiłkowym, które zapewnią wskazanie odpowiedniego porządku prawnego²⁹. Rezultat stosowania tych norm w różnych państwach — głównie w przypadku wielopaństwowości, gdy tradycyjnie każde z państw jest skłonne preferować własne obywatelstwo jako łącznik — bynajmniej nie jest koherentny, co jest sprzeczne z ideałem dążenia do „międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć”. O ile właściwość prawa ojczystego jest korzystna dla państw emigracyjnych, umożliwiając im stosowanie własnego prawa w sprawach ekspatriowanych obywateli, o tyle jednak skłonność do wielkodusznego uwzględniania i stosowania obcego prawa ojczystego ewidentnie maleje wraz z nasileniem się imigracji; minimalizacji ryzyka potencjalnego stosowania prawa obcego sprzyja wówczas przejście do zasady zamieszkania lub zwykłego pobytu³⁰.

Omawiając inne niż obywatelstwo łączniki personalne, warto na wstępie poczynić obserwację, że rola kryterium miejsca zamieszkania w prawie prywatnym międzynarodowym w ostatnich dziesięcioleciach wyraźnie traci na znaczeniu³¹. Jest to szczególnie widoczne w najnow-

²⁸ Jak trafnie zauważa Andrzej Mączyński, norma kolizyjna posługująca się łącznikiem o tej podstawie nie może doprowadzić do ustalenia prawa właściwego, jeżeli w miarodajnej chwili żadne państwo nie traktowało danej osoby jako swojego obywatela; zob. A. Mączyński: *Zamieszkanie jako podstawa łącznika normy kolizyjnej*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego — Prace Prawnicze” [Kraków] 1978, z. 81, s. 46.

²⁹ Kwestia subsydiarnego łącznika personalnego może pozostać nieuregulowana dla części norm kolizyjnych; wówczas istniejące uregulowanie o charakterze częściowym można próbować rozciągnąć przez analogię na zakresy nim nieobjęte; A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 46. Całkowite pozostawienie wskazania prawa właściwego, np. w razie wielorakiego obywatelstwa, bez adekwatnego uregulowania ustawowego powoduje potrzebę ustalenia odpowiedniej normy w drodze zwyczajowej lub — częściej — przez ukształtowanie się odpowiedniej linii orzecznictwa. Interesującego przykładu dostarcza ewolucja niemieckiej kodyfikacji prawa kolizyjnego przed reformą EGBGB z 1986 r., szerzej zob. P. Mikat: *Zur Diskussion um die Lehre vom Vorrang der effektiven Staatsangehörigkeit*. Opladen 1983, s. 10 i nast.; J. Samtleben: *Mehrstaater im internationalen Privatrecht*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” [dalej: RabelsZ] 1978, Nr. 42, s. 456 i nast.

³⁰ Na temat doświadczeń niemieckich w tym kontekście zob. zwłaszcza N. Dethloff: *Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität. Perspektiven für die Forschung*. „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht” [dalej: ZEuP] 2007, s. 992; C. von Bar, P. Mankowski: *Internationales...*, s. 561.

³¹ Fakt wypierania łącznika zamieszkania przez łącznik zwykłego pobytu uznają nawet zwolennicy pozostawienia łącznika zamieszkania w obowiązującej ustawie polskiej, zob. M. Pazdan: *Statut spadkowy w świetle rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. M. Pazdan, J. Górecki. Warszawa 2015, s. 97.

szych kodyfikacjach kolizyjnoprawnych na naszym kontynencie. W belgijskim kodeksie prawa prywatnego międzynarodowego z 2004 r.³² łącznik obywatelstwa w przypadku apatrydów, uchodźców oraz osób, których przynależności państwowej nie można ustalić, zastępuje się łącznikiem zwykłego pobytu (art. 3 § 3 i 4 belg. k.p.p.m.). Wprawdzie w tej samej ustawie zamieszkanie służy jeszcze jako łącznik w normach jurysdykcyjnych, jednak zupełnie zrezygnowano z jego wykorzystania w roli łącznika norm kolizyjnoprawnych — w tym znaczeniu kryterium zamieszkania zostało konsekwentnie zastąpione przez miejsce zwykłego pobytu, a definicja legalna tego ostatniego została ukształtowana w taki sposób, że można określić je jako równoważnik faktycznego miejsca zamieszkania osoby fizycznej (art. 4 § 2 belg. k.p.p.m.). Podobna tendencja do eliminacji miejsca zamieszkania i zastępowania go zwykłym pobytom lub do utożsamiania obu pojęć w przepisach kolizyjnych jest widoczna m.in. w ustawodawstwie niemieckim³³, bułgarskim³⁴, czeskim³⁵, poza Europą zaś — w prawie wenezuelskim³⁶.

Rozgraniczenia kolizyjnoprawnych pojęć zwykłego pobytu oraz miejsca zamieszkania nie ułatwia ich niewątpliwe pokrewieństwo: w ogólnym znaczeniu wyrażają właściwie tę samą kolizyjnoprawną zasadę „zamieszkania” (ang. *residence principle*), a to bardzo utrudnia wszelkie próby doprecyzowania ich wzajemnej relacji³⁷. Zamieszkanie zależy od faktycznego osiedlenia się w danym miejscu, a ponadto jest kwalifikowane wieloma dodatkowymi okolicznościami natury subiektywnej lub obiektywnej (brak zamiaru opuszczenia danego miejsca, trwanie pobytu przez pewien czas, uzyskanie zezwolenia władz, wpis do rejestru

³² S. van Bogaert, P. Tereszkiewicz: *Belgijskie prawo prywatne międzynarodowe*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2005, z. 3, s. 888 i nast.

³³ Począwszy od reformy z 1986 r.; jedyny przepis, w którym nadal znajduje się łącznik zamieszkania, tj. art. 26 niem. ustawy wprowadzającej kodeks cywilny (EGBGB), stanowi inkorporację normy konwencyjnej, w której został on wykorzystany; zob. M. Pilich: *Zasada obywatelstwa...*, s. 244 i tam uwagi w przyp. 745.

³⁴ Zob. P. Ptak: *Bułgarska kodyfikacja prawa prywatnego międzynarodowego*. KPP 2009, z. 1, s. 37, tłum. s. 251 i nast.

³⁵ Zákon č. 91/2012 ze dne 25. ledna 2012 o mezinárodním právu soukromém, <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-91>.

³⁶ Zob. art. 11–15 wen. ustawy z dnia 6 sierpnia 1998 r. o prawie prywatnym międzynarodowym; tłum. A. Marcinowska. KPP 2014, z. 3, s. 798 i nast. (ustawa definiuje kryterium „zamieszkania” osoby fizycznej właśnie jako miejsce jej zwykłego pobytu).

³⁷ Najlepszym tego dowodem wydaje się stanowisko Kurta Siehra, który wprawdzie uważa, że „the term »domicile« [...] may be defined and distinguished from the habitual residence”, jednak zarazem stwierdza, że to ostatnie pojęcie trudno zdefiniować; zob. K. Siehr: *General Problems of Private International Law in Modern Codifications — De Lege Lata and De Lege Europea* Ferenda. „Yearbook of Private International Law” 2005, vol. 7, s. 33.

mieszkańców itd.). Pozornie ta sama nazwa oznacza zupełnie co innego w systemach kontynentalnych i *common law*. Niejednolicie traktuje się zamieszkanie osób zależnych od woli innych (np. małoletnich), a także sytuacje, w których możliwe jest wyodrębnienie kilku miejsc zamieszkania³⁸. W doktrynie — po odrzuceniu dawniej dominujących koncepcji kwalifikacji pojęcia zamieszkania zbieżnie z prawem merytorycznym (według *legis fori* lub *legis loci*)³⁹ — obecnie często wyraża się pogląd o potrzebie posługiwania się swoistym pojęciem zamieszkania, które byłoby właściwe tylko prawu prywatnemu międzynarodowemu⁴⁰. Chodzi tu o zamieszkanie rzeczywiste, a więc raczej nieoparte na fikcji prawnej (np. pochodnego domicylu)⁴¹. Ten postulat wydaje się szczególnie istotny w procesie wykładni i stosowania ujednoliconych norm konwencyjnych, jednakże nawet w tym przypadku jego realizacja bywa utrudniona na skutek brzmienia przepisów samej umowy międzynarodowej. Nawet próby autonomizacji zamieszkania jako łącznika nie przekreślają faktu, że z uwagi na obciążenie tyloma różnymi znaczeniami jego schyłek w prawie prywatnym międzynarodowym wydaje się przesadzony⁴². Już tylko z tego powodu decyzja ustawodawcy, aby łącznik zamieszkania utrzymać w obowiązującej ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe musi być uznana za bardzo kontrowersyjną.

We współczesnej Europie wzrasta natomiast znaczenie pojęcia zwykłego pobytu, w równej mierze modnego⁴³, jak i wielokształtnego. Źródłem jego niezwyklej kariery bez wątpienia jest międzynarodowy dorobek unifikacyjny Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego⁴⁴,

³⁸ A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 51.

³⁹ Kwalifikacja łącznika zamieszkania ostatecznie zależy od danego systemu prawnego oraz od tego, czy chodzi o normy pochodzenia krajowego, czy międzynarodowego lub europejskiego. W tych ostatnich bowiem pojęcie domicylu praktycznie bliskie jest pojęciu miejsca zwykłego pobytu; B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales...*, s. 204.

⁴⁰ A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 52—54. Teza ta jest prawomocna w odniesieniu do polskiego prawa prywatnego międzynarodowego, natomiast w przypadku uwzględnienia obcych norm kolizyjnych — chociażby przy odesłaniu — zamieszkanie należy rozumieć tak, jak to czyniłyby obce władze, stosując owe normy; tak chyba M. Pazdan: *Dziedziczenie...*, s. 84—88.

⁴¹ Tak zwłaszcza W. Popiołek: *Separacja w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: „*Valeat aequitas*”. Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu. Red. M. Pazdan. Katowice 2000, s. 356—357.

⁴² A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 55.

⁴³ Takiego właśnie określenia użyła sama Komisja Europejska w Zielonej Księdze z dnia 1.03.2005 r. — Prawo spadkowe i testamenty {SEC(2005) 270}, COM(2005) 65 końcowy, s. 4, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:52005DC0065>.

⁴⁴ D. Baetge: *Der gewöhnliche Aufenthalt*. Tübingen 1994, s. 5 i nast.; D. Cavers: „*Habitual Residence*”: *A Useful Concept?* „*The American University Law Review*” 1972, vol. 21, s. 478—479.

a także wzrastająca mobilność społeczeństw, głównie na kontynencie⁴⁵. Można jednak zaobserwować tendencję do unikania jakichkolwiek definicji tego pojęcia, zarówno w samych konwencjach haskich, jak i w towarzyszących im dokumentach, przede wszystkim odzwierciedlających przebieg prac przygotowawczych nad ich tekstem⁴⁶.

Co można zatem powiedzieć na temat zwykłego pobytu? Obserwując doświadczenia innych państw w zakresie stosowania odpowiednich norm kolizyjnych⁴⁷ — polskie bowiem nadal są zbyt skromne — można dojść do wniosku, że gdy prawem personalnym osoby fizycznej jest sukcesywnie (kaskadowo) prawo miejsca zamieszkania, a następnie zwykłego pobytu, zamieszkanie oznacza silniejszą i bardziej stabilną więź z terytorium niż zwykły pobyt; gdy natomiast zamieszkanie — jak np. we współczesnej kodyfikacji niemieckiej — zostaje wyeliminowane jako łącznik kolizyjnoprawny, zwykły pobyt bliski jest autonomicznemu, umiędzynarodowionemu pojęciu domicylu⁴⁸. Innymi słowy, kwalifikacja łącznika jest inna,

⁴⁵ G. Hohloch: *Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft. Zu den Strukturen eines internationalen Privat- und Verfahrensrechts in der Europäischen Union*. In: *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*. Hrsg. G. Hohloch et al. Tübingen 2001, s. 548 i nast.

⁴⁶ Podobny brak definicji na ogół dotyczy prawa europejskiego oraz krajowego, zob. P. Mostowik: *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2014, s. 234; M. Pazdan: *Statut spadkowy...*, s. 97.

⁴⁷ Chodzi zwłaszcza o rozwiązania włoskie (zob. art. 19 włoskiej ustawy nr 218/1995 o reformie systemu prawa prywatnego międzynarodowego, dotyczący zastępczego statutu personalnego; tłum. K. Mironowicz. KPP 1999, z. 3, s. 649 i nast.), a w jeszcze większym stopniu o prawo szwajcarskie (art. 20 szwajcarskiego p.p.m.; tłum. J. Poczuć: *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 1991, s. 116 i nast.). W świetle definicji szwajcarskiego prawa kolizyjnego, osoba fizyczna ma miejsce zwykłego pobytu w państwie, w którym żyje przez dłuższy czas (niem. *während längerer Zeit*; inaczej w tekście francuskim: *pendant une certaine durée* — przez pewien czas). Według niektórych opinii, zwykły pobyt w ustawie szwajcarskiej koresponduje zatem z prostym faktem fizycznej obecności przez dostatecznie długi czas; D. Mamejan: *La localisation des personnes physiques en droit international privé*. Genève 1994, s. 123; poglądy w tej kwestii jednak ewoluują, szerzej na ten temat zob. D. Baetge: *Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts. Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. In: *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Hrsg. D. Baetge, J. von Hein, M. von Hinden. Tübingen 2008, s. 80.

⁴⁸ Na podobnych założeniach opiera się zresztą uzasadnienie projektu rządowego obowiązującej polskiej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe. Druk sejmowy VII kadencji nr 1277, s. 8—9: „Przy ustalaniu zarówno miejsca zamieszkania, jak i miejsca zwykłego pobytu na użytek przepisów kolizyjnych uwzględniać należy dwa elementy: miejsce faktycznego osiedlenia się — czyli miejsce stanowiące centrum aktywności życiowej osoby (element obiektywny, tzw. *corpus*) oraz zamiar zamieszkiwania lub pobytu (element subiektywny, tzw. *animus*). Różnica dotyczy stopnia nasilenia obu tych elementów. Zwykły pobyt oznacza nieco słabsze powiązanie danej osoby z określonym państwem

gdy miejsce zwykłego pobytu odgrywa bardziej samodzielnią rolę w normach kolizyjnych, a inna w przypadku gdy dana norma (lub grupa norm) wskazuje kilka praw, wśród których znaleźć można zarówno zamieszkanie, jak i zwykły pobyt.

Dominujące stanowisko kojarzy pojęcie zwykłego pobytu z miejscem (państwem), w którym są skoncentrowane interesy życiowe jednostki (fr. *centre effectif de la vie*)⁴⁹. Owo podkreślanie momentów obiektywnych pozornie pomniejsza znaczenie woli podmiotu (*animus*) i pozwala skupić uwagę głównie na fakcie obserwowanego z zewnątrz związania osoby z danym miejscem czy też państwem za pośrednictwem różnorodnych czynników, które wskazują na ześrodkowanie czyichś „interesów życiowych” (posiadanie domu, gromadzenie majątku, życie rodzinne, edukacja, wykonywanie pracy, prowadzenie działalności gospodarczej, uzyskiwanie wykształcenia, nauka lub czynne używanie języka, a także zakup mieszkania lub domu itp.)⁵⁰. Mimo wszystko elementu subiektyw-

niż powiązanie określane mianem zamieszkania. Nie musi mu towarzyszyć zamiar osiedlenia się w tym państwie na stałe”; w literaturze por. M. Pazdan: *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*. PiP 2011, z. 6, s. 27; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 3. Warszawa 2011, s. 109; dawniej por. również A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 55 (jednak bez preferencji dla określonego sposobu rozumienia zwykłego pobytu); w literaturze obcej por. stanowisko D. Caversa: „*Habitual Residence*”..., s. 483: „[The habitual residence] may therefore be freed of the constraining rules designed to protect the headquarters function of the domicile. Consequently an habitual residence comes to an end when the resident no longer continues to use it »habitually« [...]. Or he may settle down in a community with a clear intention of departing from it soon as a fairly protracted task or period of service has been completed. In such a case, his frame of mind would jeopardize the territory’s status as his domicile but would be quite consistent with »habitual residence«”.

⁴⁹ W doktrynie polskiej zamiast wielu zob. M. Świerczyński, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 233; w orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 13 marca 2014 r., I CSK 274/13. Lex nr 1530784; postanowienie SN z dnia 26 września 2000 r., I CKN 776/00. OSNC 2000, z. 3, poz. 38 (to ostatnie odnosi się do Haskiej Konwencji Prawa z 1980 r., dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę).

⁵⁰ Szczególnie silnie w tym kontekście brzmi stanowisko L. de Wintera, którego zdaniem, „habitual residence should obviously not be understood to mean a sojourn of short duration [...] but generally a long-term stay [...]. Should it be required in addition thereto that the person concerned intends to maintain his residence indefinitely at the place where he has settled [...] If this is required [...], many advantages incidental to connecting personal status with a factual situation capable of objective ascertainment, will be lost [...]. This does not mean that no importance may be attached to the intention of the person concerned, but it does signify that this intention is irrelevant [...] in so far as it is not recognizable or cannot be inferred from certain circumstances of the fact”; zob. L.I. de Winter: *Domicile or Nationality? The Present State of Affairs*. „Recueil des Cours” 1969-III, N° 128, s. 430—431. Również w literaturze polskiej podkreślano dotychczas m.in.: brak konieczności przypisania rozstrzygającego znaczenia zamiarowi ujmowanemu w kategoriach psychologicznych (A. Mączyński: *Kodyfikacyj-*

nego nie należy bagatelizować⁵¹. Według niektórych formuł spotykanych w piśmiennictwie, punktem wyjścia ustalenia miejsca zwykłego pobytu są cztery czynniki, które wymagają łącznego uwzględnienia: fizyczna obecność, odpowiednia trwałość, społeczna integracja, a także manifestowana na zewnątrz wola przebywania w danym państwie⁵². Z wymienionych powodów już dość dawno uznano zwykły pobyt za odpowiednik zamieszkania w prawie merytorycznym⁵³.

Elementem postrzeganym najczęściej jako najważniejszy jest trwałość więzi z danym terytorium prawnym. W ostatnich latach podjęto jednak dyskusję na temat roli elementu subiektywnego. W jednym z bardziej interesujących opracowań naukowych postawiono wręcz tezę, że element woli stanowi centralny punkt pojęcia zwykłego pobytu, tym samym łącznik ten staje się „młodszym bratem” autonomii woli w europejskim prawie prywatnym międzynarodowym. Zdaniem autora referowanego stanowiska, współczesne czasy charakteryzuje zmiana paradygmatu prawa kolizyjnego od statyki do dynamiki. Mobilność osób fizycznych koresponduje ze swobodami jednolitego rynku UE. Stąd miałyby wynikać potrzeba przeniesienia akcentu z długotrwałości pobytu (element obiektywny) na przejaw woli ustanowienia ośrodka życiowego (element subiektywny). Co więcej, ten sposób kwalifikacji łącznika ułatwiłby rozstrzyganie przypadków trudnych, np. przejściowego przebywania za granicą, „turystyki opiekuńczej” (niem. *Pflegeturismus*) czy też wahadłowego przemieszcza-

ne zagadnienia..., s. 421), potrzebę określania miejsca zwykłego pobytu przez pryzmat faktów, a nie elementów o charakterze prawnym (M. Czepelak: *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 2008, s. 487) czy też ustalanie zwykłego pobytu według „rzeczywistego zamieszkania”, o czym decyduje raczej „intersubiektywnie obserwowalny” zamiar osoby (P. Mostowik: *Prawo właściwe dla rozvodu i separacji w świetle rozporządzenia unijnego nr 1259/2010*. KPP 2011, z. 2, s. 376—377).

⁵¹ N.A. Baarsma: *The Europeanisation of International Family Law*. The Hague 2011, s. 37. Ciekawe, chociaż zapewne kontrowersyjne, spostrzeżenie poczyniła jedna z autorek angielskich, której zdaniem, „the concept of habitual residence contains within itself a considerable subjective element which necessitates an investigation »into the minds of men«. The word »residence« in normal usage denotes something of one's »home«. This subjective consideration is an important part of the rules because it distinguishes residence from mere presence”; zob. P. Rogerson: *Habitual Residence: The New Domicile?* „The International and Comparative Law Quarterly” 2000, vol. 49, s. 90.

⁵² K. Hilbig-Lugani: *Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person im jüngeren EuIPR und EuZVR*. „Zeitschrift für Privatrecht der Privatrecht der Europäischen Union” 2014, H. 1, s. 9.

⁵³ F.A. Mann: *Der „gewöhnliche Aufenthalt” im Internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zum Problem der Rechtsvereinheitlichung*. „Juristenzeitung” 1956, H. 15—16, vol. 11, s. 466 i nast.

nia się z kraju A do kraju B i z powrotem (fenomen tzw. majorkańskich emerytów — niem. *Mallorca-Rentner*)⁵⁴.

To stanowisko na razie wydaje się zbyt jednostronne, chociaż do pewnego stopnia może znajdować potwierdzenie w poglądach doktryny oraz orzecznictwie TSUE⁵⁵. Nie przypadkiem jednak nawet w rozporządzeniu spadkowym⁵⁶ — które w preambule zawiera przynajmniej próbę przybliżenia niektórych elementów oceny, czy spadkodawca miał miejsce zwykłego pobytu w danym państwie⁵⁷ — nie wspomina się wyrażnie o potrzebie uwzględnienia przejawów woli spadkodawcy (wprawdzie może ona zaważyć na decyzji sądów, jednak gdyby to wola miała być najważniejsza, należałoby oczekiwać *explicite* odpowiedniej wskazówki). Wciąż trudno przewidzieć, w jakim kierunku będzie ewoluować pojęcie zwykłego pobytu w orzecznictwie TSUE, które właśnie w dziedzinie europejskiego międzynarodowego prawa spadkowego jest wyjątkowo ocze-

⁵⁴ M.-P. Weller: *Der „gewöhnliche Aufenthalt“ — Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff*. In: *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*. Hrsg. S. Leible, H. Unberath. Jena 2013, s. 293 i nast.

⁵⁵ Zob. zwłaszcza ibidem, s. 227; zob. również wyroki TSUE: z dnia 2 kwietnia 2009 r., C-523/07 *postępowanie wszczęte przez A.* Zb. Orz. 2009, s. I-02805, pkt 40 oraz z dnia 22 grudnia 2010 r., C-497/10 PPU *Barbara Mercredi przeciwko Richardowi Chafé'owi*. Zb. Orz. 2010, s. I-14309, pkt 50.

⁵⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego. Dz.Urz. L 201 z 27.07.2012, s. 107.

⁵⁷ Zob. pkt. 23 i 24 rozporządzenia nr 650/2012: „(23) [...] Aby ustalić miejsce zwykłego pobytu, organ zajmujący się sprawą spadkową powinien dokonać ogólnej oceny okoliczności życia zmarłego w latach poprzedzających jego śmierć i w chwili jego śmierci, uwzględniając wszystkie istotne elementy faktyczne, w szczególności czas trwania i regularność obecności zmarłego w danym państwie oraz warunki i powody tej obecności. Tak ustalone miejsce zwykłego pobytu powinno wykazywać ścisły i stabilny związek z danym państwem, uwzględniając konkretne cele niniejszego rozporządzenia. (24) W niektórych przypadkach ustalenie miejsca zwykłego pobytu zmarłego może okazać się skomplikowane. Taka sytuacja może nastąpić w szczególności w przypadku, gdy zmarły z powodów zawodowych lub ekonomicznych wyjechał za granicę, aby tam pracować, czasem na długi okres, ale zachował ścisły i stabilny związek ze swoim państwem pochodzenia. W takim przypadku — w zależności od okoliczności danej sprawy — zmarłego można by uznać za nadal posiadającego miejsce zwykłego pobytu w państwie pochodzenia, w którym znajdował się ośrodek interesów jego życia rodzinnego i społecznego. Inne złożone przypadki mogą dotyczyć sytuacji, gdy zmarły mieszkał na zmianę w kilku kolejnych państwach, lub gdy podróżował między państwami, nie osiedlając się na stałe w żadnym z nich. Jeżeli zmarły był obywatelem jednego z tych państw lub wszystkie główne składniki jego majątku znajdowały się w jednym z tych państw, szczególnym czynnikiem w ogólnej ocenie wszystkich okoliczności faktycznych mogłoby być jego obywatelstwo lub położenie tych składników majątku”.

kiwane i niewątpliwie wniesie do dyskusji na temat łączników personalnych wiele nowych treści.

Mimo silnego nastawienia na badanie elementów zewnętrznych, zwykły pobyt niewątpliwie nie jest pojęciem czysto faktycznym (niem. *Tatsachenbegriff*), lecz ma charakter *stricte* prawny (niem. *Rechtsbegriff*)⁵⁸. Z uwagi na autonomię prawa prywatnego międzynarodowego sposób wykładni i kwalifikacji omawianego łącznika w prawie prywatnym międzynarodowym powinien być niezależny od dorobku innych dziedzin prawa (przede wszystkim merytorycznego), w których pojęcie to także bywa używane⁵⁹. Uwaga ta odnosi się również do prawa Unii Europejskiej, w którym pojęcie zwykłego pobytu stało się najpierw przedmiotem wykładni w sprawach dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego⁶⁰. Przy przenoszeniu dorobku judykatury na płaszczyznę wykładni i stosowania przepisów o **współpracy sądowej w sprawach cywilnych** należy zatem zachować pewną ostrożność⁶¹. Dotychczasowe refleksje nad autonomią pojęciową prawa prywatnego międzynarodowego nie przeczą jednak potrzebie możliwie daleko idącego uzgodnienia pojęcia zwykłego pobytu w europejskich przepisach prawa kolizyjnego oraz międzynarodowego postępowania cywilnego — i to zwłaszcza tam, gdzie normy jurysdykcyjne i kolizyjnoprawne występują w ramach jednego aktu normatywnego, którego podstawowym założeniem jest paralelność jurysdykcji (*forum*) i prawa właściwego (*ius*)⁶². Orzecznictwo TSUE dotyczące zwykłego pobytu, którego większość stanowią na razie wypowiedzi

⁵⁸ D. Baetge: *Der gewöhnliche...*, s. 105 (autor słusznie podkreśla, że taką kwalifikację pojęcie zwykłego pobytu uzyskało m.in. w rezolucji Komitetu Ministrów Rady Europy nr 72(1) w sprawie standaryzacji pojęć prawnych „zamieszkania” i „pobytu”).

⁵⁹ Tak trafnie m.in. P. Mostowik: *Władza rodzicielska...*, s. 233—234. Krytycznie należy zatem ocenić stanowisko jednego z autorów angielskich, który próbuje wyraźnie „unarodowić” zwykły pobyt, powołując się na szereg orzeczeń dotyczących m.in. angielskiego prawa podatkowego, zob. P. Stone: *The Concept of Habitual Residence in Private International Law*. „Anglo-American Law Review” 2000, vol. 29, s. 342 i nast.

⁶⁰ Zob. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE 2004, L 166, s. 1; polskie wyd. specjalne rozdz. 5, T. 5, s. 72); w tym zakresie zob. zwłaszcza wyrok TS z dnia 25 lutego 1999 r. C-90/97 *Robin Swaddling przeciwko Adjudication Officer*. Zb. Orz. 1999, s. I-1075.

⁶¹ Za ostrożnością w tym zakresie opowiada się sam Trybunał Sprawiedliwości, podkreślając możliwe różnice pojęć występujących w poszczególnych aktach prawa UE; zob. wyrok w sprawie C-523/07 A, pkt 36; na ten temat zob. A. Dutta: *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanization*. *RabelsZ* 2009, Nr. 73, s. 568.

⁶² Oprócz wspomnianego rozporządzenia nr 650/2012 (przyp. 52), należy wspomnieć o Konwencji haskiej o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19 października 1996 r. Dz.U. 2010, nr 172, poz. 1158.

w związku z jurysdykcją, może — aczkolwiek z ostrożnością uwarunkowaną możliwymi różnicami celów norm prawa procesowego i prywatnego międzynarodowego w znaczeniu ścisłym — być wykorzystane na gruncie kolizyjnoprawnym. Trzeba jednak zarazem dostrzegać jego wycinkowy, niepełny charakter: najbardziej kompletne wypowiedzi dotyczyły dotychczas spraw odpowiedzialności rodzicielskiej, a więc zasadniczo ustalenia miejsca zwykłego pobytu dzieci, a nie osób dorosłych. Sprawy tego rodzaju wykazują swoisty charakter.

Ostatnio wspomniana wykładnia celowościowa norm kolizyjnych uzasadnia postawienie innego ważnego problemu badawczego, jakim jest potrzeba ewentualnego różnicowania pojęcia zwykłego pobytu w zależności od charakteru stosunków, dla których poszukuje się właściwego prawa. Czy zatem łącznik zwykłego pobytu wymaga tożsamej kwalifikacji w każdych okolicznościach i w odniesieniu do każdej sytuacji życiowej, dla której przewiduje się właściwość *legis habitationis*, czy też osoba fizyczna może mieć różne miejsca zwykłego pobytu, jeśli chodzi np. o stosunki zobowiązaniowe, prawnospadkowe lub prawnorodzinne⁶³? Czy tak samo należy traktować łącznik kolizyjnoprawny i prawnoprocesowy? Czy zwykły pobyt należy kwalifikować tak samo zarówno wtedy, gdy stanowi łącznik obiektywny, jak i w przypadku gdy norma kolizyjna upoważnia do subiektywnego wskazania tego lub innego prawa jako statutu danego stosunku?

Stosunek doktryny do tych kwestii nie został jeszcze jednoznacznie określony, jednak generalnie dopuszcza się zróżnicowanie — zwłaszcza co do czasu wymaganego do ustanowienia zwykłego pobytu — przynajmniej pomiędzy normami kolizyjnymi a jurysdykcyjnymi. Zwolennicy tego rozróżnienia podkreślają, że w tym ostatnim wypadku chodzi o dostęp do wymiaru sprawiedliwości, w jego zaś interesie nie leży ograniczenie możliwości skutecznego uruchomienia postępowania przez zainteresowaną osobę, gdy tymczasem powiązanie kolizyjnoprawne powinno opierać się na podstawowej regule najściślejzego związku, a więc więź osoby z miejscem powinna być określana bardziej rygorystycznie. Również w przypadku norm kolizyjnych przewidujących ograniczony wybór prawa postuluje się łagodniejszą kwalifikację elementu „zwykłości” po-

⁶³ Na zasadność takiego zróżnicowania wcześniej zwracał już uwagę m.in. F. Schwind: *Der „gewöhnliche“ Aufenthalt im IPR*. In: *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*. Hrsg. A. Heldrich et al. Frankfurt am Main 1988, s. 425 (podając konkretny przykład islandzkiego malarza, w stałych odstępach czasu powracającego do Austrii w celach handlowych; zdaniem autora, dla celów stosowania norm kolizyjnych międzynarodowego prawa zobowiązań, wskazujących jako właściwe prawo miejsca zwykłego pobytu sprzedawcy, takie związki z Austrią wystarczają do ustalenia łącznika w tym kraju); krytycznie por. D. Masmejan: *La localisation...*, s. 157—158.

bytu, dzięki czemu strona lub strony uzyskują większą swobodę działania⁶⁴. W ramach prawa kolizyjnego należy jednak wychodzić od kluczowej dyrektywy konsekwencji terminologicznej i w miarę możliwości zachować to samo znaczenie pojęcia; ewentualne różnice mogą wynikać z wyrażonej woli prawodawcy, na co zwraca się uwagę zwłaszcza w kontekście rozporządzeń ujednolicających unijne prawo prywatne międzynarodowe. Mimo to, w trosce o transparentność rezultatów wykładni, możliwych różnic nie należy poszukiwać „na siłę”⁶⁵.

Wciąż nierozwiązanym problemem jest potencjalna wielość miejsc zwykłego pobytu, m.in. w przypadku tzw. migrantów wahadłowych⁶⁶, co dla polskiej praktyki prawnej będzie miało kapitalne znaczenie. Możliwe do przyjęcia są w tym przypadku dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich, w jednym okresie można mieć tylko jedno miejsce zwykłego pobytu. Zgodnie z drugim, jednoczesne posiadanie wielu (najczęściej dwóch) miejsc zwykłego pobytu jest możliwe, lecz zbieg łączników należy eliminować, poszukując miejsca zwykłego pobytu o charakterze dominującym, a więc ściślej związanego z czyjąś sferą spraw życiowych. Dość łatwo zauważyć, że w pierwszej z tych sytuacji ustanowienie oraz późniejsza zmiana miejsca zwykłego pobytu będą łatwiejsze do przeprowadzenia. W sytuacji drugiej natomiast nasuwa się pytanie o kryterium, które powinno przesądzić o wskazaniu zwykłego pobytu. Gdyby miało to być np. pochodzenie danej osoby (czy to w znaczeniu faktycznych więzi rodzinno-etnicznych, czy też obywatelstwa), można byłoby mówić o swoistym zbliżeniu koncepcji zwykłego pobytu do anglosaskiego *domicile of origin*. Taki zabieg nie wydaje się jednak szczególnie pożądanym⁶⁷.

Kwestii, o której mowa, nie sposób jednoznacznie przesądzić⁶⁸ i należy pozostawić możliwie wiele miejsca na swobodne kształtowanie się praktyki. Orzecznictwo TSUE niemal na pewno szybko zostanie zestawione z tym problemem (w sprawach spadkowych, z powodu masowości zjawiska „majorkańskich emerytów” z drugim domem w RFN). Migranci wahadłowi na ogół są ściślej związani z jednym państwem, co można w sposób stosunkowo pewny rozstrzygnąć, np. z uwagi na związki

⁶⁴ Por. K. Hilbig-Lugani: *Divergenz und Transparenz...*, s. 10—11.

⁶⁵ Ibidem, s. 14 i nast.

⁶⁶ Pojęcie to figuruje w nomenklaturze psychologii społecznej, socjologii czy też demografii na oznaczenie osób wielokrotnie i okresowo przenoszących się pomiędzy grupą pochodzenia a grupą przyjmującą; zamiast wielu zob. D. Niedźwiedzki: *Tożsamość społeczna migrantów wahadłowych jako wyzwanie badawcze*, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-47afe8bb-8856-497e-b592-3dd9ad56f53d/c/tozsamosc.pdf> [Dostęp: 24.10.2017 r.].

⁶⁷ Szerzej zob. P. Mankowski: *Der gewöhnliche Aufenthalt...*, s. 45.

⁶⁸ Tak zwłaszcza M. Świerczyński, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 232—233.

rodzinne oraz kryterium tzw. efektywnego obywatelstwa⁶⁹. Stanowi to ciekawy przyczynek do obserwacji zjawiska swoście pojętego „roztapiania się” obywatelstwa w zwykłym pobycie, który w ten sposób staje się najbardziej kompleksowym ze wszystkich łącznikiem oraz istotnym wyrazem zasady *legis originis*. Z kolei przypadki najbardziej wątpliwe (idealnie symetrycznego podzielenia związków życiowych pomiędzy państwo A i państwo B) najłatwiej jest rozstrzygać kompromisowo — traktując każdoczesne przebywanie w konkretnym miejscu jako świadczące o ustanowieniu tam miejsca zwykłego pobytu aż do chwili dokonania zmiany elementu przebywania na drugie państwo.

3. Łączniki personalne w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. — próba oceny i przewidywania co do dalszej ewolucji

Z punktu widzenia kolizyjnoprawnej sprawiedliwości oraz uwzględniania interesów jednostkowych, obrotu prawnego oraz państw, oczywiście, żaden z łączników personalnych nie przedstawia większej wartości niż pozostałe. Z dotychczasowych rozważań wynika, że każdy z nich ma zarówno zalety, jak i wady. Tendencja do wypierania tradycyjnych łączników personalnych obywatelstwa i zamieszkania przez łącznik zwykłego pobytu na razie nie ma jeszcze bezpośrednich konsekwencji dla polskiego prawa kolizyjnego. W interesie publicznym (państwa) póki co leży pozostawienie w autonomicznym prawie kolizyjnym (ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. oraz w przepisach szczególnych) łącznika obywatelstwa. Jest to uzasadnione zarówno tradycją, jak i znaczną emigracją przy znikomej liczbie imigrantów. Liczba spraw z elementem obcym przed sądami wciąż jest na tyle statystycznie nieistotna, że łącznik obywatelstwa nie powoduje poważnego obciążenia dla organów wymiaru sprawiedliwości. Pozwala natomiast cudzoziemcom nieposiadającym obywatelstwa polskiego, którzy dochodzą swoich praw przed sądami, powoływać się na znane

⁶⁹ Por. G. Schulze: *Der engere gewöhnliche Aufenthalt?* IPRax 2012, H. 6, s. 536; szerzej na temat zasady najściślejszego związku w prawie kolizyjnym zob. F. Mänhardt: *Die Kodifikation des österreichischen Internationalen Privatrechts. Schwerpunktanalyse einer bemerkenswerten Gesetzesinitiative*. Berlin 1978, s. 32; w orzecnictwie zob. postanowienie niem. *Kammergericht* z dnia 26 kwietnia 2016 r., 1 AR 8/16, z głosem P. Man-kowskiego. „*Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*” 2016, H. 14, s. 1204 (dotyczy sporu o właściwość w sprawie spadkowej po niemieckim emerycie, kilka lat przed śmiercią zamieszkującym w Polsce).

im normy prawne państwa pochodzenia. Jediną wadą ustawy, która wymagałaby bardziej szczegółowej korekty, jest utrzymanie w niej obu łączników personalnych: zamieszkania i zwykłego pobytu, co może doprowadzić do rozbieżnej kwalifikacji w krajowym oraz międzynarodowym i europejskim prawie kolizyjnym. Do kwestii tej jeszcze powrócimy.

Stan rzeczy, który dzisiaj upoważnia do umiarkowanie pozytywnej oceny systemu łączników personalnych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym, w niedalekiej przyszłości może ulegać znacznym przeobrażeniom. Należy wziąć tu pod uwagę dwa istotne czynniki.

Pierwszym jest możliwa i coraz bardziej prawdopodobna zmiana kierunku przepływów ludności, co zapewne — jak już była mowa — skłoni ustawodawcę do ograniczenia ryzyka trudności z ustaleniem i stosowaniem prawa obcego na szerszą skalę. Drugim jest natomiast generalna zmiana paradygmatu prawa kolizyjnego pod wpływem prawa Unii Europejskiej. Prawo unijne nie zakazuje co prawda wykorzystywania łącznika obywatelstwa⁷⁰, jednak nie traktuje go jako pożądanego ze względów polityczno-prawnych, nie jest on bowiem zgodny z celami integracji UE⁷¹. Dotychczas dokonana, chociaż tylko częściowa, harmonizacja prawa kolizyjnego w wielu wypadkach prowadzi do nieakceptowalnego rozczłonkowania materii regulacyjnej. Odmienna struktura łączników w prawie unijnym (przychylnym zasadzie zwykłego pobytu) oraz krajowym (preferującym zasadę obywatelstwa) jest i pozostanie źródłem napięć i niezgodności rezultatów kolizyjnoprawnego wskazania, składając do nieprzewidzianych interwencji ustawodawczych⁷². Co prawda,

⁷⁰ W szczególności wskazanie na prawo ojczyście osoby fizycznej nie jest samo w sobie sprzeczne z unijnym zakazem dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (art. 12 TFUE); na ten temat zob. zwłaszcza J. Basedow: *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*. Rev.crit. 2010, N° 3, s. 427 i nast.; wyrok TSUE z dnia 14 października 2008 r., C-353/06 *Stefan Grunkin i Dorothee Regina Paul*. Zb. Orz. 2008, s. I-07639, pkt. 19—20.

⁷¹ A. Dutta: *Succession and Wills...*, s. 565; M. Pilich: *Europeizacja prawa prywatnego międzynarodowego — cel, ograniczenia, wyzwania*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej: PPPM]. T. 12. Red. M. Pazdan. Katowice 2013, s. 72—73; również zdaniem Anny Sapoty, odejście w Europie od łącznika obywatelstwa na rzecz zwykłego pobytu jest zjawiskiem determinowanym „specyfiką Unii, która gwarantuje obywatelom swoich państw członkowskich swobodę przemieszczania się wewnątrz niej”; zob. A. Sapota: *Rozwód i separacja w normach kolizyjnych prawa europejskiego*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, z. 1, s. 33.

⁷² Na przykład przystąpienie RFN do wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodów i separacji, ustanowionej rozporządzeniem Rady (UE) nr 1259/2010 z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej (Dz.Urz. L 343 z 29.12.2010, s. 10), spowodowało potrzebę zmiany art. 17 niem. ustawy wprowadzającej k.c. Jednak — jak słusznie zauważa jedna z autorek niemieckich — tego rodzaju

unifikacja prawa prywatnego międzynarodowego w Unii Europejskiej bardzo straciła na intensywności, lecz mimo to w przyszłości — jeżeli przezwyciężony zostanie poważny kryzys instytucjonalny — będą jeszcze szanse na jej intensyfikację⁷³. Ewentualne przystępowanie Polski do wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego (czego nie należy na zawsze wykluczać tylko na podstawie obserwacji bieżących wydarzeń politycznych) miałyby dla polskiego ustawodawcy doniosłe konsekwencje. Wymusiłoby bowiem odwrócenie i uproszczenie kaskady łączników personalnych w międzynarodowym prawie małżeńskim, zarówno gdy chodzi o aktualne wskazanie prawa dla stosunków majątkowych małżonków oraz — w konsekwencji — ich stosunków osobistych (art. 51—52 p.p.m.), jak i w zakresie uregulowań statutu rozwodowego (art. 54 p.p.m.). W obu tych obszarach wskazanie prawa właściwego powinno być względnie spójne, gdyż to właśnie łączniki przyszłego rozporządzenia wskażą prawo właściwe dla wpływu rozvodu na stosunki majątkowe nawiązane między małżonkami podczas trwania małżeństwa⁷⁴.

Głębszą refleksję nad łącznikami personalnymi w polskim międzynarodowym prawie rodzinnym dodatkowo uzasadnia uregulowanie swobodnego przepływu orzeczeń w sprawach małżeńskich w ramach Unii Europejskiej. Mimo że jeśli chodzi o międzynarodowe rozwody i separacje Polska wciąż nie zdecydowała się na przystąpienie do wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa kolizyjnego, to przecież jest objęta rozporządzeniem Bruksela II *bis*, przewidującym automatyczne uznanie oraz ułatwione wykonywanie orzeczeń rozwodowych i separacyjnych⁷⁵. Jaki

punktowe korektury nie zaspokajają potrzeb wynikających z braku powiązania ogółu stosunków osobistych jednolitym względnie systemem łączników. Reakcja ustawodawcy krajowego na harmonizację prawa kolizyjnego w Unii Europejskiej być może powinna być wyprzedzająca, a nie opóźniona; por. B. Rentsch: *Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt*. ZEuP 2015, H. 2, s. 291—295.

⁷³ Wyrazem tego kryzysu jest niewątpliwie niepowodzenie (już drugie po wprowadzeniu wzmocnionej współpracy w sprawach rozwodowych) inicjatywy ustanowienia rozporządzenia w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie małżeńskich ustrojów majątkowych; zob. wnioski Komisji: KOM(2011) 126 z 16.03.2011 r. wersja ostateczna oraz Decyzja Rady upoważniająca do podjęcia wzmocnionej współpracy w obszarze jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w zakresie ustrojów majątkowych par międzynarodowych, obejmującej zarówno małżeńskie ustroje majątkowe, jak i skutki majątkowe zarejestrowanych związków partnerskich. COM(2016) 108 *final* z 2.03.2016 r.

⁷⁴ Por. A. Mączyński: *Rozwód w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 1983, s. 130—131.

⁷⁵ Zob. art. 21 i nast. rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające-

zatem sens ma utrzymywanie w Polsce norm prawnych operujących kompletnie różnymi od charakterystycznych dla sąsiadujących z nią państw członkowskich łącznikami kolizyjnoprawnymi, jak w Niemczech czy na Litwie? Ten fakt, jak słusznie zauważono w literaturze, może prowokować zjawisko określane jako *forum shopping*⁷⁶. W interesie stabilności obrotu prawnego leży, jeśli nie przystąpienie do wzmocnionej współpracy ustanowionej rozporządzeniem 1259/2010, to przynajmniej autonomiczna decyzja ustawodawcy polskiego o przybliżeniu treści art. 54 p.p.m. do norm prawa europejskiego. Oznaczałaby ona istotne osłabienie roli obywatelstwa jako łącznika kolizyjnoprawnego w polskim międzynarodowym prawie rodzinnym.

Uregulowania polskiej ustawy z 2011 r. nasuwają jeszcze inne, bardziej szczegółowe refleksje. Pierwszą z nich stanowi pytanie, czy zbieg obywatelstw powinien być zawsze i jednoznacznie rozstrzygany na korzyść obywatelstwa *fori* (tj. obywatelstwa polskiego), tak jak to obecnie jest uregulowane w art. 2 ust. 1 p.p.m. Jest to odwieczny dylemat wszystkich państw, które posługują się kolizyjnoprawną zasadą obywatelstwa. Prostych odpowiedzi nie ma. Na jednej szali z reguły kładzie się interes publiczny, który przemawiałby za tym, aby taką preferencję zachować. Ułatwia ona bowiem obrót prawny⁷⁷, a także — co istotne w państwach o wysokim wskaźniku imigracji — „prewencyjnie” zapobiega stosowaniu norm prawnych obcego państwa ojczystego, których treść zasadniczo sprzeciwia się zasadom lokalnego porządku prawnego⁷⁸. Trudno zaprzeczyć, że państwa kontynentalnej Europy, w których nie obowiązywałaby reguła preferencji, o jakiej mowa, nadal są w ogromnej mniejszości⁷⁹. Jed-

go rozporządzenie (WE) nr 1347/2000. Dz.Urz. L 338 z 23.12.2003, s. 1; pol. wyd. specjalne rozdz. 19, T. 6, s. 243 z późn. zm.

⁷⁶ Tak trafnie P. Mostowik: *Prawo właściwe dla rozvodu i separacji...*, s. 337 i nast.

⁷⁷ Taki argument pojawił się w projekcie nowelizacji niem. u.w.k.c. z 1986 r., gdzie wskazuje się na większą jasność prawa i praktycyzm (*Rechtsklarheit und Praktikabilität*) owego rozwiązania, zwłaszcza z punktu widzenia krajowych urzędów stanu cywilnego; zob. *Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, Drucksache* [druk Bundestagu] nr 10/504 z dnia 20 października 1983 r., s. 40—41; w nauce francuskiej zob. P. Lagarde: *Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987)*. Rev.crit. 1988, N° 1, s. 37.

⁷⁸ P. Lagarde: *Vers une approche...*, s. 38: „Un pays comme la France est fondé à refuser qu'un Français possédant aussi la nationalité d'un État musulman se prévale en France, au stade de la création d'un droit, de son statut musulman étranger au motif que son autre nationalité serait plus effective que sa nationalité française”.

⁷⁹ Do takich państw zaliczyć można Holandię, natomiast za preferencją obywatelstwa *fori* opowiada się m.in. prawo niemieckie, belgijskie czy też włoskie; na ten temat m.in. A. Mączyński: *Statut personalny...*, s. 315 (przyt. 24); szerzej zob. M. Pazdan: *O spo-*

nakże ten stan rzeczy oznacza potencjalne ignorowanie uzasadnionych interesów życiowych pluripatrydy w każdym z jego państw ojczystych⁸⁰ oraz jest niezgodny z autonomią prawa prywatnego międzynarodowego, dla którego podstawowe znaczenie mają zasady równej wartości i uznania wszystkich porządków prawnych oraz najściślejszego związku.

O ile więc całkowite porzucenie opisanej zasady z punktu widzenia polskiego ustawodawcy byłoby obecnie nadmiernym altruizmem, o tyle należy dążyć przynajmniej do ograniczenia negatywnych skutków zasady preferowania własnego obywatelstwa. Najprostszym środkiem realizacji tego celu byłaby zmiana brzmienia art. 2 ust. 1 p.p.m., przynajmniej w kierunku domniemania najściślejszego związku polskiego wielopaństwowca z prawem polskim, któremu towarzyszyłaby odpowiednia klauzula korekcyjna: „Jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, domniemywa się, że obywatel polski jest najściślej związany z prawem polskim, chyba że z okoliczności sprawy jednoznacznie wynika ściślejszy związek z innym państwem ojczystym”. Za tą propozycją przemawiają poważne argumenty, a mianowicie dążenie do systemowej spójności pomiędzy prawem kolizyjnym pochodzenia krajowego i międzynarodowego oraz zgodność z europejskim prawem pierwotnym. Należy również zwrócić uwagę, że art. 2 ust. 1 p.p.m., zgodnie z orzecznictwem i doktryną, nie stosuje się, gdy wskazanie prawa ojczystego następuje na podstawie normy kolizyjnej w umowie międzynarodowej⁸¹. Zróżnicowane traktowanie własnych obywateli w zakresie stosowania norm pochodzenia krajowego i międzynarodowego nie ma zatem merytorycznego uzasadnienia⁸². Również w świetle prawa europejskiego, które zakazuje dyskryminacji ze względu na obywatelstwo i preferuje wskazanie opcyjne, należy to ocenić niezwykle krytycznie⁸³.

sobach usuwania kolizji wynikających z wielorakiego obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym. „Studia Iuridica Agraria” [Białystok] 2005, T. 5, s. 164—165.

⁸⁰ Na przykład w zakresie uznania nazwiska zob. M. Margoński: *Problem rozbieżnego brzmienia imion i nazwisk obywateli Polski i Niemiec w praktyce notarialnej*. „Rejent” 2007, z. 4, s. 104 i nast.

⁸¹ W orzecznictwie polskim zob. postanowienie SN z dnia 15 kwietnia 2011 r., III CSK 223/10. OSNC 2012, z. 1, poz. 13; w piśmiennictwie zob. M. Czepelak: *Umowa międzynarodowa...*, s. 464, 467; we Włoszech podobne stanowisko jest reprezentowane zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze Najwyższego Sądu Kasacyjnego (*Corte Suprema di Cassazione*); zob. M. Raiteri: *Citizenship as a Connecting Factor in Private International Law for Family Matters*. „Journal of Private International Law” 2014, H. 2, vol. 10, s. 323—324.

⁸² Uzasadnieniem — raczej formalnym i tym samym bardzo słabym — jest jedynie charakter źródła prawa stanowiącego normę prawa kolizyjnego.

⁸³ Wyrok TS z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-148/02, *Carlos Garcia Avello przeciwko Państwu Belgijskiemu*. Zb. Orz. 2003, s. I-11613; M. Bogdan: *The EC Treaty and The Use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in In-*

Analogicznej kwestii dotyczy także spór, jaki w naszej doktrynie powstał wokół subiektywnego wskazania prawa ojczystego w przypadku dokonania wyboru prawa przez wielopaństwowców. Mianowicie, chodzi o to, czy wybór, na jaki pozwala ustawa, jest wówczas ograniczony za pośrednictwem odpowiednio ust. 1 i 2 w art. 2 p.p.m., czy też można dokonać wyboru któregośkolwiek prawa, na jakie wskazuje łącznik obywatelstwa. Zdania na ten temat są podzielone. Jedni autorzy uważają, że uregulowanie art. 2 ust. 1 i 2 p.p.m. odnosi się bez różnicy do wszystkich przypadków, w których przewidziany w ustawie jest łącznik obywatelstwa. Ustawa musiałaby wprost wyłączać stosowanie art. 2 w wypadku dokonania wyboru. Takiego zastrzeżenia niestety brakuje w art. 4 p.p.m., regulującym ogólne zagadnienia wyboru prawa właściwego. Co więcej, w przepisach przewidujących wybór prawa właściwego, m.in. w art. 52 ust. 1, ustawodawca posłużył się, podobnie jak w art. 2 ust. 1 i 2, terminem „prawo ojczyste”, mimo że mógł użyć bardziej neutralnego określenia „obywatelstwo”⁸⁴. Z kolei inni autorzy argumentują — i to stanowisko wydaje się bardziej przekonujące — że w przypadku subiektywnego wskazania prawa ojczystego (nawet gdy wybór jest ograniczony) chodzi o wskazanie nie bezpośrednio „przez ustawę”, lecz przez stronę bądź strony oznaczonego stosunku życiowego np. majątkowych stosunków małżeńskich (art. 52 ust. 1 p.p.m.); nie zachodzi zatem „kolizja” obywatelstw, która uzasadnia stosowanie art. 2 ust. 1 lub 2 p.p.m.⁸⁵ W interesie podmiotów uprawnionych do dokonania *professionis iuris* należy przeprowadzić teleologiczną redukcję hipotezy norm wywiedzionych z przepisów ustawy dopuszczających ograniczony wybór prawa. W przyszłości natomiast konieczne byłoby wyraźne rozstrzygnięcie tej

ternational Family Law. In: *International Family Law for the European Union*. Eds. J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen. Antwerpen—Oxford 2007, s. 313—314 (autor stawia tezę, że wyroku w sprawie *Garcia Avello* nie można interpretować inaczej, jak tylko jako zakazu stosowania konkretnego prawa ojczystego wbrew woli zainteresowanej osoby fizycznej); M. Raiteri: *Citizenship...*, s. 325; na ograniczenie sfery dyskrecyjności decyzji państw członkowskich w obrocie wewnątrzwspólnotowym przez orzecznictwo TSUE nakazujące uznanie nazwiska zwraca uwagę O.W. Vonk: *Dual Nationality in the European Union*. Leiden—Boston 2012, s. 158 i nast. (jego zdaniem, zamiast preferowania prawa ojczystego *fori* należy kierować się zasadą „efektywności” obywatelstwa).

⁸⁴ A. Wysocka-Bar: *Wybór prawa w międzynarodowym prawie spadkowym*. Warszawa 2013, s. 197—199; A. Maczyński: *Nowa regulacja międzynarodowego prawa rodzinnego*. W: *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*. Red. A. Dańko-Roesler et al. Warszawa 2014, s. 238—239.

⁸⁵ J. Pazdan: *Wybór prawa w sprawach spadkowych w ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 roku*. PPPM 2011, T. 9, s. 18; por. M. Pazdan: *Dziedziczenie ustawowe...*, s. 165.

kwestii w ustawie, chyba że rozwój prawa europejskiego przyczyni się do jej dezaktualizacji.

Kolejnym dyskusyjnym zagadnieniem jest kształt kaskady łączników personalnych zarówno w przepisach ogólnych (art. 3 ust. 1 p.p.m.), jak i w rozdziałach szczegółowych ustawy (m.in.: art. 49 ust. 2, art. 51 ust. 2, art. 54 ust. 2, art. 57 ust. 2 p.p.m.). Ustawodawca zdecydował się utrzymać łącznik zamieszkania, obok łącznika zwykłego pobytu, mimo że tendencje światowe w prawie prywatnym międzynarodowym zmierzają — jak ustalono — do wyeliminowania tej niewygodnej koegzystencji na rzecz tego ostatniego. Argument, że jest to działanie podyktowane, po pierwsze, dążeniem do pełniejszego wyrażenia zasady najściślejszego związku, a po drugie, charakterem samego łącznika zwykłego pobytu jako „młodszego brata” zamieszkania niezbyt przekonuje. Należy powtórzyć, że to właśnie zwykły pobyt jest faktycznym, umiędzynarodowionym zamieszkaniem⁸⁶. Co więcej, należy zadać pytanie, czy współcześnie nie następuje zmiana paradygmatu zamiaru pozostania (*animi manendi*)? Człowiek XXI w. jest jednostką mobilną, gotową do wyruszenia w drogę (*homo viator*), która zawsze zakłada, że jej przyszłe przebywanie w określonym państwie może okazać się tymczasowe. Nie ma już społeczeństw prawdziwie osiadłych. Z tego względu posługiwanie się pojęciem zamieszkania traci swój sens. Jest bardzo prawdopodobne, że w ciągu najbliższych kilkunastu lat pojęcie zwykłego pobytu przeniknie do prawa merytorycznego, tak jak dzisiaj powoli — głównie pod wpływem europejskiego prawa kolizyjnego — zaczyna pojawiać się w prawie procesowym (nawet poza częścią międzynarodowego postępowania cywilnego k.p.c.)⁸⁷.

Ustawodawca polski nie w pełni wykorzystuje metody wskazania wielu praw, zwłaszcza wskazanie korygujące. Krytycznie należy ocenić np. art. 55 p.p.m., wskazujący statut filiacyjny: zarówno w ust. 1, jak i w ust. 2 wykorzystano łącznik obywatelstwa dziecka, różnicując łącznik jedynie co do subokreślnika temporalnego, a zachowując ten sam określić nominalny (zamiast chwili urodzenia chwila ustalenia pochodzenia). Jest to mało przekonujące rozwiązanie. Trudno zrozumieć, dla-

⁸⁶ Chociaż pojęcie „zamieszkanie” w starszych konwencjach międzynarodowych — np. w konwencji genewskiej z 1951 r. dotyczącej statusu uchodźców — doktryna niemiecka rozumie jako pojęcie autonomiczne, zbliżone właśnie do zwykłego pobytu; zob. B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales...*, s. 204. Kwalifikacja łącznika może być inna tylko wówczas, gdy konwencja (jak to czyni chociażby art. 1 al. 3 konwencji dotyczącej kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych, sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r. Dz.U. 1969, nr 34, poz. 284) wyraźnie nakazuje stosować w tym celu przepisy prawa merytorycznego określonego państwa, zwłaszcza *legis loci*.

⁸⁷ Zob. art. 1 pkt. 1 i 3 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy — Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1137), zmieniający brzmienie art. 39 i art. 628 k.p.c.

czego obok obywatelstwa nie użyto korygującego wskazania na państwo zwykłego pobytu dziecka, który jednostka uzyskuje częściej i szybciej niż obywatelstwo w państwie przyjmującym. W innych wypadkach podstawa obywatelstwa wydaje się chybiona z uwagi na brak wymaganego najściślejszego związku. W art. 16 ust. 1 p.p.m. łącznikiem dla dóbr osobistych osoby fizycznej jest obywatelstwo, tymczasem — co nasuwa m.in. lektura wyroku TSUE w sprawach połączonych *eDate* i *Martinez* — o wiele właściwsze byłoby wskazanie na państwo zwykłego pobytu jako to, w którym jednostka cieszy się godnością, czcią i renomą w swoim otoczeniu społecznym.

Abstrahując od dotychczasowych rozważań, warto dostrzec symptomy nowych prądów, które świadczą o tym, że spór o „optymalny” łącznik personalny w prawie prywatnym międzynarodowym realnie traci na znaczeniu. Przyszłość prawa prywatnego międzynarodowego to bowiem wyraźny wzrost znaczenia środków służących koordynacji łączników personalnych, przede wszystkim zaś subiektywnego wskazania prawa personalnego (*professio iuris*)⁸⁸, dalsza indywidualizacja i uelastycznienie struktury norm kolizyjnych oraz w efekcie pogłębiająca się erozja klasycznej, sawiniańskiej metody kolizyjnoprawnej.

Obecna praktyka prawna zarówno państw Europy kontynentalnej, jak i *common law* zdaje się potwierdzać te obserwacje. W doktrynie europejskiej dyskutuje się o zaadaptowaniu amerykańskiej „teorii danych” (niem. *Datumtheorie*, ang. *data theory*), która polega na uwzględnianiu i stosowaniu prawa obcego nie tylko na podstawie klasycznego wskazania kolizyjnoprawnego, lecz na kolejnym poziomie również jako elementu stanu faktycznego sprawy w zakresie, w jakim jest to możliwe np. na podstawie klauzul generalnych systemu prawnego, który został wskazany jako właściwy. W ten sposób interesy stron mogą zostać lepiej zrealizowane⁸⁹. Na podobnej zasadzie angielski *Court of Appeal (Civil Division)*, w wydanym kilka lat temu wyroku w sporze pomiędzy członkami diaspory bangladeskiej w Wielkiej Brytanii, oddalił roszczenie o zwrot tradycyjnego daru ślubnego, dając wiarę opinii sporządzonej przez biegłego z zakresu prawa koranicznego, którego zdaniem prywatny rozwód stron — notabene nigdy niepozostających w związku małżeńskim według pra-

⁸⁸ A.E. von Overbeck: *La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé*. In: *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*. T. 2. Gent 1965, s. 1085 i nast.; w literaturze polskiej zob. zwłaszcza M. Pazdan: „*Professio iuris*” w szwajcarskim i niemieckim międzynarodowym prawie spadkowym. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego...*, s. 321 i nast.

⁸⁹ M.-P. Weller: *Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht — Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie*. IPRax 2014, H. 3, s. 229—230; Y. Nishitani: *Global Citizens...*, s. 143.

wa angielskiego — nie dawał podstaw do wystąpienia przez męża ze stosownym żądaniem⁹⁰. W niektórych państwach zachodnich (np. w Anglii czy Kanadzie) podjęto nawet realizację swoistego eksperymentu prawnego, polegającego na zgodzie na polubowne rozstrzyganie sporów między członkami mniejszości etniczno-religijnych przez wyspecjalizowane instytucje (rady szariackie). Niemal natychmiast wywołał on poważne wątpliwości dotyczące przestrzegania podstawowych zasad porządku prawnego, prowadzące wprost do inicjatywy ustanowienia szczególnych klauzul porządku publicznego, przewidujących kontrolę ugód i orzeczeń arbitrażowych pod kątem przestrzegania w nich zasady równości płci⁹¹.

Na wyzwania wielokulturowości i migracji państwa usiłują odpowiedzieć, tworząc niezwykle różnorodne (choć nie zawsze skuteczne) instrumentarium do zarządzania chaosem świata indywidualnych wartości i interesów. Choć dziewiętnastowieczny model prawa prywatnego międzynarodowego należy już do przeszłości, przyszłość prawa prywatnego międzynarodowego nie wydaje się dostatecznie jasno sprecyzowana. Dyscyplina ta — jak rynki w kryzysie — poszukuje dzisiaj nowego punktu równowagi. Może go zapewnić jedynie większa elastyczność prawa kolizyjnego i zmniejszenie roli łączników obiektywnych na rzecz łączników personalnych oraz autonomii woli stron. Pytanie, na które człowiek XXI w. musi odpowiedzieć, brzmi dziwnie znajomo: *Qua lege vivis?*

⁹⁰ Zob. wyrok *Court of Appeal (Civil Division)* z dnia 21 października 2009 r. w sprawie *Uddin v Choudhury & Ors.* [2009] EWCA Civ 1205.

⁹¹ Y. Nishitani: *Global Citizens...*, s. 145; szerzej na temat doświadczeń angielskich zob. R.E. Maret: *Mind the Gap: The Equality Bill and Sharia Arbitration in the United Kingdom*. „Boston College International & Comparative Law” 2013, vol. 36, s. 255 i nast.

Arkadiusz Wowerka^{a)}

Wyznaczanie statutu personalnego osób prawnych

Abstract: In the national jurisdictions determination of the law applicable to the legal persons is based on various connecting factors. Up till now the national conflict-of-law-rules on the legal persons applicable in the UE member states haven't been unified or harmonised by the secondary EU law. Either the freedom of establishment, as set out in the Treaty on the Functioning of the European Union, requires the application of the specific connecting factor for the determination for the law governing legal persons. Especially, it doesn't exclude the application of the real seat theory by national jurisdictions as such. The Polish act on private international law with its seat connecting factor is traditionally based on the real seat theory. The real seat is in general the place where the legal person conducts the administration of its interests on a regular basis and which is ascertainable by third parties. In this subject the Polish regulation is compatible with the fundamental principles of the classic private international law and practically meets the requirements of the freedom of establishment guaranteed by the Treaty on the Functioning of the European Union.

Keywords: private international law, conflict of laws rules, legal persons, companies, real seat theory, connecting factor, real seat

1. Uwagi wprowadzające

Problematyka wyznaczania statutu personalnego stanowi jedno z podstawowych zagadnień międzynarodowego prawa spółek. Temat ten jest aktualnie przedmiotem ożywionego dyskursu, w szczególności w doktry-

^{a)} Dr, LL.M. (Köln), Uniwersytet Gdański.

nie i judykaturze niemieckiej¹, z uwagi na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczące zagwarantowanej w traktacie² swobody przedsiębiorczości spółek i wiążącą się z tym orzecznictwem ocenę wpływu tej swobody na autonomiczne krajowe normy międzynarodowego prawa spółek.

W przeciwieństwie do innych obszarów prawa prywatnego międzynarodowego, brak jest dotychczas unijnej całościowej unifikacji międzynarodowego prawa spółek³. Niemniej Komisja Europejska podjęła działania, które mogą wskazywać na zamiar rozpoczęcia prac nad projektem stosownego rozporządzenia⁴. Zasadnicze znaczenie mają autonomiczne normy krajowego międzynarodowego prawa spółek⁵. W każdym przypadku normy te należy oceniać w świetle wspomnianej unijnej swobody przedsiębiorczości. W niektórych państwach Unii Europejskiej wymienione orzecznictwo spowodowało zmianę paradygmatu w zakresie wyznaczania prawa właściwego, przynajmniej jeśli chodzi o spółki z UE⁶.

Normy kolizyjne międzynarodowego prawa spółek odnoszą się nie tylko do osób prawnych, lecz do wszystkich jednostek organizacyjnych, które, jako że normy kolizyjne zostały wypracowane w odniesieniu do spółek, głównie kapitałowych, i praktycznie dotyczą przede wszystkim spółek, można ująć ogółem, posługując się pojęciem „spółka”. Na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego owo pojęcie spółki powinno być definiowane szeroko z funkcjonalnego punktu widzenia i obejmować

¹ Zob. ogółem zamiast wielu P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11: *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25—248)*. Hrsg. J. Rixecker, F.J. Säcker. München 2010, s. 474 i nast., 545 i nast. i przywołaną tam literaturę oraz orzecznictwo; Idem: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11: *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—245)*. Hrsg. H.J. Sonnenberger. München 2006, s. 39 i nast., 99 i nast. i przywołaną tam literaturę oraz orzecznictwo.

² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Dz.Urz. UE C 326, 2012 (wersja skonsolidowana), s. 47 i nast.

³ Te ujednolicone w prawie Unii obszary prawa prywatnego międzynarodowego to w szczególności: zobowiązania umowne, zobowiązania pozaumowne oraz transgraniczne sprawy upadłościowe.

⁴ Komisja Europejska ogłosiła przetarg na studium dotyczące prawa właściwego w sprawach dotyczących spółek prawa, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contracts/2014_267126_en.htm.

⁵ Ewentualne normy zawarte w bilateralnych konwencjach międzynarodowych nie są przedmiotem analizy niniejszego opracowania.

⁶ Tak np. w Niemczech; zob. w tym względzie A. Wowerka: *Niemieckie międzynarodowe prawo spółek w toku przemian*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej: PPPM]. T. 8. Red. M. Pazdan. Katowice 2011, s. 33 i nast.

wszelkie jednostki posiadające rozpoznawalną na zewnątrz samodzielną strukturę organizacyjną, a więc w szczególności: spółki handlowe kapitałowe i osobowe, spółki cywilne mające taką strukturę, ale także spółdzielnie, fundacje, stowarzyszenia oraz inne nieznane prawu polskiemu jednostki organizacyjne⁷. Rozwiązanie to pozwala uniknąć rozdrobnienia prawa w zakresie międzynarodowego prawa spółek i stosować jednolite normy kolizyjne dla wszystkich podmiotów prawa prywatnego niebędących osobami fizycznymi. W dalszej części opracowania będzie mowa ogółem o spółkach w podanym wyżej znaczeniu.

2. Wyznaczanie statutu personalnego w wybranych systemach krajowego międzynarodowego prawa spółek

W poszczególnych systemach prawnych obowiązują różne modele powiązania spółki z prawem właściwym. Owa różnorodność dotyczy zarówno samego kryterium powiązania, samodzielności względnie wyłączności przyjętego kryterium, zakresu powiązania za pomocą przyjętego kryterium lub kryteriów, równorzędności lub posilkowego charakteru poszczególnych kryteriów, jeżeli do powiązania jednocześnie stosuje się kilka kryteriów. Na przykład można wskazać, że niektóre modele co do zasady są oparte na tzw. teorii powstania, chociaż dla niektórych materii stosowane są łączniki szczególne, prowadzące do zastosowania prawa rodzimego zamiast prawa powstania spółki, zwykle jeżeli spółka wykazuje związek z rodzimym terytorium. Inne z kolei modele są oparte na zasadzie równorzędności łączników właściwych dla tzw. teorii powstania i teorii siedziby w tym sensie, że do spółki zastosowanie ma prawo powstania, jeżeli zaś dana spółka posiada ośrodek administracji na terytorium krajowym, to zastosowanie ma generalnie prawo krajowe. Stosowane są także wyłącznie modele łączników posilkowych. Są też rozwiązania tworzące całkowicie odrębne, samoistne koncepcje. W tym kontekście nasuwa się spostrzeżenie, że w istocie nie ma jednej jednolitej

⁷ Więcej na temat pojęcia spółki oraz osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym zob. A. Wowerka: *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 625—631; W. Klyta: *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2002, s. 18.

teorii powstania. Mówiąc o teorii opartej na powiązaniu prawa właściwego z powstaniem spółki, należy ją relatywizować do konkretnego systemu i stosowanych w jego ramach łączników owo powiązanie ustanawiających. Powiązanie to jest różne i stosownie do konkretnych rozwiązań w zakresie łącznika można mówić co najwyżej odpowiednio o danej teorii na przykład: siedziby rejestrowej — w razie powiązania prawa właściwego z wpisem do rejestru, teorii inkorporacji — w razie powiązania prawa właściwego z inkorporacją, teorii zorganizowania się spółki — w razie powiązania prawa właściwego ze zorganizowaniem się itp. Można mówić tylko o tzw. teorii powstania, traktując ją jako pewien skrót myślowy, umożliwiający objęcie jednym pojęciem wszystkich koncepcji nieopartych wyłącznie na teorii siedziby i leżącym u jej podstaw łączniku siedziby rzeczywistej, a także dokonywanie na zasadzie przeciwstawieństwa takiej lub innej oceny ogółem obu tych teorii. Zauważyć można jednakże, że w przypadku łączników mających ustanawiać powiązanie z prawem powstania spółki zasadniczo otwartą kwestią pozostaje, jaki konkretnie element decyduje o inkorporacji, zorganizowaniu się, utworzeniu czy nawet rejestracji spółki.

Zaprezentowane poniżej wybrane przykłady mają na celu zilustrowanie stosowanych koncepcji w zakresie wyznaczania statutu personalnego spółek⁸. Jak się wydaje, wybór ten jest zupełny w tym sensie, że uwzględnienie innych państw nie wniosłoby niczego nowego, jeśli chodzi o różnorodność możliwych rozwiązań.

W myśl art. 154 ust. 1 **szwajcarskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 1987 r., spółki podlegają prawu państwa, „zgodnie z którego przepisami są zorganizowane, o ile spełniają przewidziane w nich wymogi dotyczące jawności i rejestracji, lub jeżeli brak jest takich wymogów, jeżeli zorganizowały się według przepisów prawa tego państwa”. Teoria powstania, na której opiera się ustawodawca szwajcarski, podlega jednakże korekcie na rzecz teorii siedziby⁹. Zgodnie z art. 154 ust. 2 wymienionej ustawy, „jeżeli spółka nie spełnia powyższych przesłanek, podlega prawu państwa, w którym jest rzeczywiście zarządzana”. Posiłkowo zatem znajdzie zastosowanie prawo państwa rzeczywistej siedziby zarządu spółki¹⁰. Z kolei według art. 159 wymienionej ustawy,

⁸ Zob. także A. Wowerka: *Osoby...*, s. 651 i nast.

⁹ A. Kley-Struller: *Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen*. „Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht” 1991, Nr. 2, s. 169; S. Rindischbacher: *Anerkennung gesellschaftsrechtlicher Gebilde im Internationalen Privatrecht*. Bern—Berlin—Frankfurt am Main—New York—Paris—Wien 1996, s. 82.

¹⁰ K. Siehr: *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*. Zürich 2002, s. 399. Zdaniem doktryny, przepis ten może znaleźć zastosowanie w dwóch przypadkach: po pierwsze, w sytuacji, gdy zgodnie z pierwotnie wskazanym statutem personalnym, dana or-

„jeżeli sprawy spółki utworzonej na podstawie prawa obcego są prowadzone w/lub ze Szwajcarii, to wówczas odpowiedzialność osób działających za spółkę podlega prawu szwajcarskiemu”¹¹.

W świetle §10 **austriackiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 1978 r., „statutem personalnym osoby prawnej lub innego połączenia osób, lub majątku, które może być podmiotem praw i obowiązków, jest prawo państwa, w którym podmiot praw ma rzeczywistą siedzibę swojej głównej administracji”. Austriackie międzynarodowe prawo spółek opiera się więc wyłącznie na teorii siedziby¹².

Według dotyczącego osób prawnych art. 223 ust. 1 **liechtensteińskiej ustawy — Prawo osób i spółek** z 1926 r., „w zależności od tego, czy osoba prawna jest zorganizowana zgodnie z prawem krajowym bądź zagranicznym, tj. jej statut uznaje za właściwe prawo krajowe lub zagraniczne bądź spełnia ona zagraniczne lub krajowe przesłanki określone w przepisach dotyczących jawności lub rejestracji, bądź w razie ich braku zorganizowała się według prawa zagranicznego lub krajowego, uważa się ją w odniesieniu do prawa prywatnego za zagraniczną lub krajową osobę prawną i znajduje do niej zastosowanie odpowiednie prawo zagraniczne lub krajowe”. Natomiast w myśl art. 676 i art. 677 tej ustawy dotyczących spółek nieposiadających osobowości prawnej, do spółek krajowych zdefiniowanych za pomocą wskazanych tam kryteriów (wśród których jest również kryterium administracji — *Verwaltung*) ma zawsze zastosowanie prawo Liechtensteinu, natomiast do spółek zagranicznych stosuje się w ostateczności prawo tego państwa, według którego „spółka się zorganizowała”.

Obowiązujące **niemieckie międzynarodowe prawo spółek** nie jest jak dotąd skodyfikowane i stanowi dzieło orzecznictwa oraz doktryny. Dotychczas dominującą zasadą wyznaczania prawa właściwego była teoria siedziby. W jej ramach powszechne uznanie zyskała koncepcja siedziby rzeczywistej O. Sandrocka¹³. Obecnie, w związku z orzecnic-

ganizacja nie posiada podmiotowości prawnej, gdyż nie zostały w sposób wystarczający zachowane przewidziane tam wymogi, lub po drugie, gdy nie można zlokalizować państwa utworzenia (S. Rindisbacher: *Anerkennung...*, s. 77).

¹¹ Szerzej w tym względzie zob. J. Ghandchi: *Der Geltungsbereich des Art. 159 IPRG*. Zürich 1991, s. 2 i nast.

¹² M. Neumar: *Kurzkomentar zum ABGB*. Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien—New York 2010, s. 2064.

¹³ Zob. P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, 2006, s. 172; Idem: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, 2010, s. 624; Idem: *Einführung in das neue IPR des Wirtschaftsverkehrs*. Frankfurt am Main 2009, s. 172—173; A. Franz, L. Laeger: *Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoIMG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht*. „Bundesblatt” [dalej: BB] 2008, H. 14, s. 682; C. Schneider: *Internationales*

twem Trybunału Sprawiedliwości w przedmiocie swobody przedsiębiorczości, nastąpiła zmiana dotychczasowego paradygmatu, przynajmniej w stosunku do spółek z UE, w odniesieniu do których zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie przyjmuje się tzw. teorię powstania¹⁴. Niemniej w doktrynie prezentowane są różne teorie i koncepcje wyznaczania prawa właściwego, do których należą: teoria dyferencjacji G. Grasmanna¹⁵, teoria nakładania się O. Sandrocka¹⁶, ograniczone teorie utworzenia P. Behrensa¹⁷, G. Beitzkego¹⁸ i H. Grothe¹⁹, koncepcja punktu ciężkości H. Wiedemanna²⁰, teoria kombinacji D. Zimmera²¹, zmodyfikowana teoria

Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung. BB 2008, H. 12, s. 567; zob. także W. Klyta: *Łącznik siedziby w niemieckim międzynarodowym prawie spółek*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 1998, z. 2, s. 243 i nast.; A. Wowerka: *Osoby...*, s. 633 i nast.

¹⁴ Zob. w tym względzie szerzej A. Wowerka: *Niemieckie...*, s. 34 i nast., a także w najnowszym piśmiennictwie niemieckim Ch. Rödter: *Das Gesellschaftskollisionsrecht im Spannungsverhältnis zur Rom I- und II—VO*. Frankfurt am Main—Berlin—Bern—Bruxelles—New York—Oxford—Wien 2014, s. 33 i nast.

¹⁵ Zob. G. Grasmann: *System des internationalen Gesellschaftsrechts. Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im Internationalen Privatrecht*. Herne—Berlin 1970, s. 343.

¹⁶ Zob. O. Sandrock: *Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” [dalej: RabelsZ] 1978, Bd. 42, s. 227 i nast.; Idem: *Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen*. In: *Festschrift für Günther Beitzke zum 70 Geburtstag*. Berlin—New York 1979, s. 669 i nast.; Idem: *Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” 1989, s. 505 i nast.; Idem: *Centros: Ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*. BB 1999, s. 1337 i nast.; Idem: *Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie. Zu den zwingenden Vorschriften des deutschen Sitzrechts, die ein fremdes Gründungsstatut überlagern können*. „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft” [dalej: ZVglRWiss] 102 (2003), s. 447 i nast.

¹⁷ Zob. P. Behrens: *Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts*. „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” [dalej: ZGR] 1978, Nr. 2, s. 499 i nast.; Idem: *Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht*. RabelsZ 1988, Bd. 52, s. 498 i nast.

¹⁸ Zob. G. Beitzke: *Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich*. „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (und Wirtschaftsrecht)” 1965, Bd. 127, s. 1 i nast.; Idem: *Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen*. In: *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen und Sachenrechts*. Tübingen 1972, s. 94 i nast.

¹⁹ Zob. H. Grothe: *Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co*. Köln—Berlin—Bonn—München 1989, s. 124 i nast.

²⁰ Zob. H. Wiedemann: *Internationales Gesellschaftsrecht*. In: *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Ende? Festschrift für Gerhard Kegel*. Frankfurt am Main 1977, s. 199 i nast.

²¹ Zob. D. Zimmer: *Internationales Gesellschaftsrecht. Das Kollisionsrecht der Gesellschaften und sein Verhältnis zum Internationalen Kapitalmarktrecht und zum Internationalen Unternehmensrecht*. Heidelberg 1996, s. 222 i nast.

utworzenia C.Ch. von Halena²² oraz koncepcje B.S. Höfling²³ i T. Lanziusa²⁴. Zauważyć należy, że wśród ogromu niemieckiego piśmiennictwa, którego lawinę wywołało wspomniane orzecznictwo TSUE²⁵, dyskusja odnosi się zasadniczo do obowiązywania/stosowania ogółem tzw. teorii powstania i przeciwstawianej jej teorii siedziby jako takiej²⁶, natomiast samo zagadnienie łącznika/-ów jest traktowane raczej marginalnie, nie-jako na uboczu zasadniczego sporu, i jedynie niektórzy autorzy poświęcają więcej uwagi wskazaniu łącznika, który miałby konkretnie ustanawiać takie lub inne powiązanie z prawem właściwym, co dotyczy również wymienionej teorii i koncepcji²⁷. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na jedyną jak dotąd oficjalną koncepcję legislacyjną, jaką stanowi opracowany przez niemieckie ministerstwo sprawiedliwości projekt ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym spółek, stowarzyszeń i osób prawnych, który miał wypełnić istniejącą lukę, zamieszczając w ustawie wprowadzającej kodeks cywilny zawierającej prawo prywatne międzynarodowe przepisy art. 10—10b²⁸. Na podstawie art. 10 ust. 1 tego projektu „Spółki, stowarzyszenia i osoby prawne prawa prywatnego podlegają prawu państwa, w którym są wpisane do publicznego rejestru. Jeżeli nie są one lub jeszcze nie są wpisane do rejestru publicznego, podlegają prawu państwa, zgodnie z którym są zorganizowane”. Projekt zakłada

²² Zob. C.Ch. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH. Kollisionsrechtliche Tragweite, materiellrechtliche Folgen und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten*. Heidelberg 2001, s. 230 i nast.

²³ Zob. B.S. Höfling: *Das englische internationale Gesellschaftsrecht*. Heidelberg 2002, s. 242 i nast.

²⁴ Zob. T. Lanzius: *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfung unter der Gründungstheorie*. Hamburg 2004, s. 189 i nast.

²⁵ Zob. literaturę wskazaną w „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 547—557.

²⁶ Podkreślić jednak trzeba, że w najnowszym piśmiennictwie można spotkać coraz częściej głosy podważające zasadniczy wpływ swobody przedsiębiorczości na autonomiczne krajowe międzynarodowe prawo spółek; zob. O. Berner: *Interdependenz von Primär- und Kollisionsrecht im europäischen Gesellschaftsrecht*. Berlin 2015, s. 1 i nast.

²⁷ Zob. m.in. J. Hoffmann: *Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie*. ZVglRWiss 2002, Bd. 101, s. 283 i nast.; M. Kaulen: *Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 2008, H. 5, s. 389 i nast.; zob. także opracownie zbiorowe *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*. Red. H.J. Sonnenberger. Tübingen 2007, w szczególności zaś P. Kindler: *Welche Anknüpfungspunkte sollte ein künftiges internationales Gesellschaftsrecht verwenden?* IPRax 2008, H. 5, s. 389 i nast.

²⁸ Co do tego projektu zob. szerzej R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. IPRax 2008, H. 2, s. 81 i nast.; zob. także A. Wowerka: *Niemieckie...*, s. 47 i nast.

przechodniość przyjętego powiązania z prawem właściwym i zawiera regulację dotyczącą związanej z tym zmiany statutu. W myśl art. 10b zatytułowanego *Zmiana prawa właściwego*, jeżeli „spółka, stowarzyszenie lub osoba prawna zostanie wpisana do rejestru publicznego w innym państwie, lub jeżeli organizacja spółki, stowarzyszenia lub osoby prawnej zostanie poddana w rozpoznawalny na zewnątrz sposób prawu innego państwa, zmienia się prawo mające zastosowanie zgodnie z art. 10, jeżeli dotychczasowe i nowe prawo dopuszcza zmianę bez rozwiązania oraz nowego utworzenia i spełnione są w tym względzie przesłanki określone przez oba prawa”. Znamienne jest jednak, że omawianego projektu nie można obecnie odnaleźć na stronach internetowych niemieckiego ministerstwa sprawiedliwości, co może oznaczać rezygnację z planowanej koncepcji nowelizacyjnej. Wspomnieć należy również o skutkach tzw. brexitu w omawianym zakresie²⁹. W piśmiennictwie wskazuje się obecnie, że w odniesieniu do spółek brytyjskich mających siedzibę administracji w Niemczech *brexit* skutkować będzie zmianą ich statutu personalnego i przekwalifikowaniem zasadniczo w niemieckie spółki jawne, w związku ze zmianą stosowanego kryterium łącznika „utworzenia/rejestracji” na łącznik siedziby administracji³⁰. Zastosowanie będzie tu więc miała w istocie tzw. zmodyfikowana teoria siedziby³¹.

Według art. 25 ust. 1 włoskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe z 1995 r., spółka podlega „prawu państwa, w którym dokonana została procedura tworzenia tej spółki”, przy czym chodzi tu o spełnienie ostatniej przesłanki koniecznej do powstania spółki jako podmiotu prawa³². Jeżeli zaś „główna siedziba zarządu spółki lub jej główne przedsiębiorstwo znajduje się na terenie Włoch, zastosowanie znajduje prawo włoskie”³³.

²⁹ Co do skutków brexitu ogółem w zakresie prawa prywatnego międzynarodowego zob. H.-P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner: *Europäisches Kollisionsrecht 2016: Brexit ante portas!* IPRax 2017, H. 1, s. 1 i nast.

³⁰ Zob. G. Mäsch, B. Gausing, M. Peters: *Deutsche Ltd. PLC und LLP: Gesellschaften mit beschränkter Lebensdauer? Folgen eines Brexits für pseudo-englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland*. IPRax 2017, H. 1, s. 49 i nast.

³¹ Na temat tej teorii zob. więcej A. Wowerka: *Osoby...*, s. 643—644.

³² M. Brombach: *Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit*. Gottmadingen 2006, s. 36.

³³ Za główną siedzibę uważa się miejsce, w którym powstają impulsy (*impulsi volitivi*) określające działalność spółki; chodzi o miejsce, w którym podejmowane są przez wspólników uchwały, a nie o miejsce, w którym uchwały te są wdrażane w życie. Zastosowanie ma domniemanie, że główna siedziba zarządu znajduje się w miejscu, w którym mieści się jej siedziba statutowa (zob. M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 36—40). Zob. także w odniesieniu do włoskiego międzynarodowego prawa spółek w ogólności L. Moor: *Das italienische internationale Gesellschaftsrecht*. Zürich 1997, s. 3 i nast. Zob. co do rozwoju i reform włoskiego międzynarodowego prawa spółek R. Rahm: *Das*

W **hiszpańskim międzynarodowym prawie spółek** statut personalny spółki wyznaczany jest tradycyjnie, zgodnie z art. 9 ust. 11 kodeksu cywilnego, za pomocą kryterium narodowości (*nacionalidad*), które w doktrynie ujmowane jest w różny sposób³⁴.

Podobnie **francuskie międzynarodowe prawo spółek** posługuje się w odniesieniu do spółek terminem „narodowość”, przy czym o narodowości spółki decyduje jej siedziba rzeczywista jako kryterium wyznaczające prawo właściwe stosownie do obecnego art. 210-3 L francuskiego kodeksu handlowego³⁵. Francuskie międzynarodowe prawo spółek opiera się zatem na teorii siedziby³⁶.

Według art. 118 zawartego w księdze 10. **niderlandzkiego kodeksu cywilnego** zatytułowanej *Prawo prywatne międzynarodowe*³⁷, „spółka, która zgodnie z umową założycielską lub dokumentem założycielskim ma swoją siedzibę lub w braku takiej siedziby centrum swojego występowania na zewnątrz w momencie założenia na terytorium państwa, zgodnie z prawem którego została założona, podlega prawu tego państwa”. Zastosowanie ma więc zasadniczo tzw. teoria powstania, która jednakże doznaje korekty na rzecz teorii siedziby prowadzącej do zastosowania rodzimego prawa. W myśl bowiem art. 121 tego kodeksu, „na zasadzie odstępstwa od art. 118 i art. 119 [określającego zakres statutu personalnego], art. 138 i art. 149 księgi 2. mają zastosowanie lub odpowiednio zastosowanie do odpowiedzialności zarządów i rad nadzorczych spółki podlegającej prawu obcemu, która podlega obowiązkowi podatko-

internationale Gesellschaftrecht Italiens. Münster 1990, s. 1 i nast.; C.T. Ebenroth, A. Kaiser: *Die Reform des Internationalen Gesellschaftsrechts in Italien*. ZVglRWiss 1992, Bd. 91, s. 223 i nast.

³⁴ O narodowości decydują: prawo wybrane przez założycieli, koncesja państwowa, narodowość wspólników, miejsce emisji akcji, miejsce, w którym znajduje się zakład/przedsiębiorstwo, miejsce utworzenia spółki (teoria powstania), miejsce siedziby zarządu (teoria siedziby) — te ostatnie stanowią główny punkt rozważań w doktrynie; zob. więcej U. Stücker: *Das spanische Internationale Gesellschaftsrecht*. Münster—Hamburg—London 2000, s. 1 i nast.; zob. także J. Krupski: *Zur Spaltung des auf ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz in Spanien anzuwendenden Rechts*. ZVglRWiss 1997, s. 406 i nast.

³⁵ Co do relacji między narodowością a *lex societatis* zob. R. Boudierhem: *La nationalite des societes en droit francais*. Law. Universit_e de Bourgogne, 2012. French. <NNT : 2012DIJOD003>. <tel-00960318> 012, s. 27 i nast.

³⁶ J. Pohlmann: *Das französische Internationale Gesellschaftsrecht*. Berlin 1988, s. 36 i nast.

³⁷ Tekst (wyciąg) w tłumaczeniu na język niemiecki autorstwa M.H. Wolde i M.C.A. Kant został opublikowany w IPRax 2013, H. 6, s. 584—591. Zob. także tłumaczenie art. 1—17 tej księgi na język polski autorstwa A. Kozioł, w: PPPM 2012, T. 11, s. 155—161. Zob. także A. Kozioł: *O nowym unormowaniu holenderskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. Ibidem, s. 141 i nast.

wemu w Niderlandach, jeżeli wobec spółki zostanie wszczęte postępowanie upadłościowe w Niderlandach”.

Międzynarodowe prawo spółek zostało uregulowane w **Czechach** w kodeksie handlowym i zawarte po zmianach w 2007 r. w art. 21 i nast.³⁸ Jak wynika z art. 22, „osoby zagraniczne, które nie są osobami fizycznymi, i które nabyły zdolność prawną w związku z ich utworzeniem zgodnie z obcym porządkiem prawnym, posiadają zdolność prawną również w zakresie obowiązywania czeskiego porządku prawnego. Porządek prawny stanowiący podstawę utworzenia określa stosunki wewnętrzne osoby i odpowiedzialność członków lub wspólników za jej zobowiązania”. Ustawodawca czeski opiera się więc na tzw. teorii powstania³⁹. Regulację tę uzupełnia rozbudowany przepis art. 26. W świetle ust. 1 wspomnianego przepisu, „osoba prawna, utworzona zgodnie z prawem obcym w celu prowadzenia działalności handlowej, mająca siedzibę za granicą może przenieść swoją siedzibę na terytorium Republiki Czeskiej, jeżeli dopuszcza to umowa międzynarodowa, która jest wiążąca dla Republiki Czeskiej i została opublikowana w zbiorze umów międzynarodowych. Odpowiednio dotyczy to również przeniesienia siedziby czeskiej osoby prawnej za granicę”, przy czym przeniesienie tej siedziby „jest skuteczne od dnia wpisu do rejestru handlowego” (ust. 2)⁴⁰. Stosownie zaś do ust. 3, „stosunki wewnętrzne osoby prawnej określa również po przeniesieniu prawo państwa, zgodnie z którym została ona utworzona. Prawo to reguluje odpowiedzialność wspólników lub członków wobec osób trzecich, która jednak nie może być mniejsza niż odpowiedzialność, którą prawo czeskie ustanawia dla tej lub porównywalnej formy prawnej osoby prawnej”. Wreszcie na mocy ust. 4 omawianego przepisu, „przeniesienie siedziby osoby prawnej z Republiki Czeskiej za granicę lub zza granicy do Republiki Czeskiej jest również dopuszczalne na warunkach określonych przez prawo wspólnotowe lub ustawę szczególną”.

W świetle przyjętej w **Czarnogórze** w 2013 r. ustawy prawo prywatne międzynarodowe⁴¹, w myśl art. 19 tej ustawy, dla osoby prawnej „właściwe jest prawo, zgodnie z którym jest ona utworzona. Jeżeli osoba prawna ma swoją rzeczywistą siedzibę w innym państwie niż państwo,

³⁸ Tekst (wyciąg) w tłumaczeniu na język niemiecki autorstwa M. Pauknerovej został opublikowany w IPRax 2007, H. 7, s. 166—167.

³⁹ M. Pauknerova: *Entwicklungen im teschechischen internationalen Gesellschaftsrecht*. IPRax 2007, H. 2, s. 163.

⁴⁰ W doktrynie sporne jest jednakże to, o jaką siedzibę chodzi w tym kontekście; zob. ibidem, s. 164.

⁴¹ Tekst w tłumaczeniu na język niemiecki, sporządzonym przez Ch. Jessel-Holst, został opublikowany w IPRax 2014, H. 6, s. 556 i nast.; zob. Eadem: *Neukodifikation des internationalen Privatrechts in Montenegro*. Ibidem, s. 553 i nast.

w którym jest utworzona, i zgodnie z prawem tego innego państwa jego prawo jest właściwe, właściwe jest prawo państwa, w którym znajduje się siedziba rzeczywista”. Stosownie zaś do art. 20 tej ustawy, dla „stowarzyszeń nieposiadających osobowości prawnej właściwe jest prawo państwa, w którym są one zarejestrowane lub utworzone”.

W świetle **rosyjskiego kodeksu cywilnego** po reformie z 2013 r.⁴², osoba prawna podlega prawu państwa, w którym została utworzona, zatem podstawowa norma kolizyjna oparta jest na tzw. teorii powstania⁴³. Zgodnie jednak z art. 1202 pkt 4 tego kodeksu, jeżeli osoba prawna utworzona za granicą prowadzi działalność gospodarczą głównie w Rosji, to odpowiedzialność osoby prawnej, założycieli lub innych osób kontrolujących osobę podlega, według wyboru wierzyciela, zamiast prawu utworzenia prawu rosyjskiemu.

Na gruncie **angielskiego międzynarodowego prawa spółek**, z którego wywodzi się tzw. teoria powstania, decydujące znaczenie ma domicyl spółki (*domicile*). *Domicile* znajduje się zaś w państwie utworzenia i jest właściwy dla statutu personalnego spółki. Teoria ta obowiązuje obecnie w sposób nieograniczony w stosunku do wszystkich spółek, także w odniesieniu do tzw. *pseudo foreign corporations*⁴⁴. W jednym z orzeczeń na podstawie doktryny *forum non conveniens*⁴⁵ przyjęto, że wtedy, gdy prawo utworzenia nie jest wynikiem świadomego wyboru prawa (w związku z punktem ciężkości w innym państwie), i jeżeli państwo siedziby rzeczywistej z faktu tej siedziby wywodzi stosowanie swojego prawa, i zastosowanie powinno mieć tamto prawo tamtego sądu jako lepsze⁴⁶, jak się wydaje, może być to traktowane jako wyjątek od zasady stosowania prawa domicylu. W przeciwieństwie do osób fizycznych, *domici-*

⁴² Tekst (wyciąg obejmujący zmiany) w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa B. Verschraegen i F. Heindlera, został opublikowany w IPRax 2014, H. 5, s. 459 i nast.

⁴³ Por. B. Verschraegen, F. Heindler: *Änderungen im russischen Internationalen Privatrecht*. IPRax 2014, H. 5, s. 455.

⁴⁴ Niemniej ochrona rodzimych interesów przed ewentualnymi nadużyciami w związku z wykorzystaniem *pseudo-foreign corporations* jest realizowana przede wszystkim za pomocą obcych instrumentów prawa, w szczególności publicznoprawnych; zob. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 656.

⁴⁵ Zgodnie z doktryną prezentowaną na gruncie prawa angielskiego, sąd krajowy może wyłączyć swoją jurysdykcję ze względu na to, że sąd innego państwa, również mający jurysdykcję, jest obiektywnie bardziej odpowiedni do rozpoznania sporu, tzn. jest tym sądem, przed którym spór może być rozstrzygnięty w sposób odpowiedni, biorąc pod uwagę interesy wszystkich stron i cele wymiaru sprawiedliwości.

⁴⁶ Sprawa dotyczyła spółki utworzonej na podstawie prawa angielskiego, jednakże prowadzącej działalność wyłącznie w Argentynie. Zgodnie z ówczesnym argentyńskim prawem, spółkę taką uznawano za spółkę argentyńską. Zob. B.S. Höfling: *Das englische...*, s. 123—124.

le spółki jest stały i nieprzechodni (brak *domicile of choice*)⁴⁷. Wyznacza go przede wszystkim siedziba statutowa, chociaż, jak się zdaje, jest ona traktowana raczej jako przesłanka materialnoprawna potwierdzająca utworzenie spółki, czyli jej domicyl, nawet jeżeli miałyby to stanowić jedyne kryterium⁴⁸.

W USA obowiązuje, zarówno w relacjach między poszczególnymi stanami, jak i w odniesieniu do państw trzecich, koncepcja przejęta z prawa angielskiego, z tym że w odróżnieniu od prawa angielskiego, kryterium powiązania jest nie tyle *corporation domicile*, ile sama inkorporacja spółki⁴⁹. Teoria inkorporacji nie ma jednakże charakteru absolutnego i podlega różnym ograniczeniom, prowadzącym do stosowania do spółek inkorporowanych pod rządami obcego prawa, które prowadzą działalność w innym stanie/państwie, przepisów tego stanu/państwa. Chodzi tu w szczególności o tzw. *outraches statutes* oraz tzw. *qualification statutes*, które praktycznie ograniczają znaczenie teorii inkorporacji⁵⁰. Zmiana statutu inkorporacji (*reincorporation = the change of statutory domicile*) przez istniejącą spółkę jest prawnie niedopuszczalna, zatem łącznik inkorporacji jest łącznikiem nieprzechodnim⁵¹. W piśmiennictwie zwraca się w tym kontekście uwagę, że w amerykańskiej literaturze nie wspomina się o przenoszeniu siedziby statutowej jako o sposobie zmiany statutu personalnego⁵². Zmiana prawa inkorporacji w rozumieniu *reincorporations* może nastąpić tylko w wyniku założenia nowej spółki. W praktyce powszechnie stosowana jest w tej mierze procedura polegająca na tym, że w państwie docelowym tworzy się spółkę płaszczową (*shell company*), przejmującą starą spółkę (łączy się ona z istniejącą spółką), która tym samym wygasa⁵³.

Zgodnie z art. 10 ust. 3 i 4 **algierskiego kodeksu cywilnego** z 1975 r. po zmianach z 2005 r.⁵⁴, „statut osób prawnych, spółek, stowarzyszeń fundacji i podobnych korporacji podlega prawu państwa, w któ-

⁴⁷ Ibidem, s. 132—133.

⁴⁸ W tej materii szeroką i dogłębną analizę orzecznictwa przedstawiła B.S. Höfling, zob. ibidem, s. 83 i nast., która jednakże, jak się zdaje, siedzibę statutową uznaje na gruncie prawa angielskiego za kategorię łącznika.

⁴⁹ Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws (1971), par. 296, 297.

⁵⁰ Więcej zob. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 654 i nast. W rezultacie zaleca się nawet, aby spółkę inkorporować według prawa stanu, w którym ma ona głównie prowadzić działalność.

⁵¹ Por. E.M. Kieninger: *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*. Tübingen 2002, s. 113—114.

⁵² Por. ibidem, s. 114.

⁵³ Ibidem, s. 114—115.

⁵⁴ Tekst kodeksu w tłumaczeniu na język niemiecki, sporządzonym przez D. Nelle, został opublikowany w IPRax 2007, H. 6, s. 557 i nast.; zob. także Idem: *Neues Kollisionsrecht in Algerien*. IPRax 2007, H. 6, s. 548 i nast.

rym znajduje się ich siedziba spółki, główna lub rzeczywista siedziba. Zagraniczne osoby prawne, które prowadzą działalność w Algierii, są poddane prawu algierskiemu”.

Według art. 12 **katarskiego kodeksu cywilnego** z 2004 r.⁵⁵, „przepisy właściwe dla zagranicznych osób prawnych, takich jak: spółki, stowarzyszenia, fundacje etc., podlegają prawu państwa, w którym znajduje się ich rzeczywista główna siedziba administracji. Jeżeli jednak osoba prawna prowadzi swoją główną działalność w Katarze, do zastosowania powołane jest prawo Kataru, nawet jeśli nie posiada w nim ona rzeczywistej głównej siedziby administracji”.

Stosownie do art. 11 ust. 2 **omańskiego kodeksu cywilnego** z 2013 r.⁵⁶, „status prawny zagranicznych osób prawnych podlega prawu państwa, w którym osoba prawna ma swoją rzeczywistą siedzibę główną. Jednakże stosuje się prawo omańskie, jeżeli osoba prawna prowadzi działalność w Sultanacie Omanu”.

W świetle art. 11 ust. 2 kodeksu cywilnego **Zjednoczonych Emiratów Arabskich** nr 5/1985, zmienionego przez prawo federalne nr 1/1987⁵⁷, w stosunku do zagranicznych podmiotów prawnych, takich jak: spółki, związki prawne, stowarzyszenia, przedsiębiorstwa i inne, prawem właściwym dla określenia zdolności prawnej osoby prawnej, zdolności do czynności prawnych, struktury organizacyjnej, praw i obowiązków współników jest prawo państwa, na terenie którego podmioty te mają swoją administracyjną i faktyczną siedzibę. Jeżeli określony podmiot prowadzi działalność na terenie Zjednoczonych Emiratów Arabskich, to prawem właściwym będzie prawo Zjednoczonych Emiratów Arabskich.

Na gruncie **tureckiego międzynarodowego prawa spółek**, według art. 10 ust. 4 ustawy z 2007 r. o prawie prywatnym międzynarodowym i międzynarodowym prawie postępowania cywilnego⁵⁸, „zdolność prawna i zdolność do czynności osoby prawnej lub związków osób, lub majątków podlega prawu siedziby ich głównego zarządu wskazanej w ich

⁵⁵ Tekst (wyciąg) w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa S. Klaibera i H. Krügera, został opublikowany w IPRax 2007, H. 2, s. 151 i nast.; zob. Eidem: *Internationales Privatrecht in Katar*. IPRax 2007, H. 2, s. 149 i nast.

⁵⁶ Tekst (wyciąg) w tłumaczeniu na język niemiecki, sporządzonym przez H. Krügera i W. Saada, został opublikowany w IPRax 2014, H. 4, s. 373 i nast.; zob. także Eidem: *Internationales Privatrecht des Sultanats Oman*. IPRax 2014, H. 4, s. 370 i nast.

⁵⁷ Zob. K. Jaśkiewicz: *Prawo prywatne międzynarodowe Zjednoczonych Emiratów Arabskich — ustawa Kodeks cywilny ZEA nr 5/1985, znowelizowana przez Prawo Federalne nr 1/1987 — omówienie ustawy*. PPPM 2014, T. 14, s. 116.

⁵⁸ Tekst tej ustawy w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa H. Krügera i F. Nomer-Ertana, został opublikowany w IPRax 2008, H. 3, s. 283 i nast.; zob. także Eidem: *Neues internationales Privatrecht in der Türkei*. IPRax 2008, H. 3, s. 281 i nast.

statutach. Jeśli jednak rzeczywista siedziba znajduje się w Turcji, stosowane może być prawo tureckie”. Natomiast zgodnie z art. 10 ust. 5 tej ustawy, „zdolność osoby prawnej bez statutu oraz związków osób lub majątków bez osobowości prawnej podlega prawu rzeczywistej siedziby ich głównego zarządu”.

Chińska regulacja prawa prywatnego międzynarodowego dotycząca wyznaczania prawa właściwego dla osób prawnych zawarta jest w ustawie Republiki Ludowej Chin z 2010 r. o prawie właściwym dla stosunków cywilnych mających związek z zagranicą. W myśl art. 14 tej ustawy, osoba prawna podlega prawu miejsca jej rejestracji⁵⁹. W wiążącej interpretacji⁶⁰ z 2012 r. Najwyższy Sąd Ludowy⁶¹ wyjaśnił, że miejscem rejestracji osoby prawnej jest miejsce, w którym została ona utworzona przez rejestrację⁶².

Zgodnie z § 16 **południowokoreańskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 2001 r.⁶³, „osoby prawne i inne korporacje podlegają prawu miejsca, zgodnie z którego przepisami są inkorporowane. Jednakże zastosowanie ma prawo Republiki Korei, jeżeli główna administracja osoby prawnej lub innej korporacji utworzonej za granicą znajduje się w Republice Korei, lub jeśli główna działalność handlowa prowadzona jest w Republice Korei”.

Według art. 20 **wenezuelskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 1998 r., jedyne przepisy dotyczące osób prawnych, zdolność prawna, zdolność do czynności prawnych, działalność i rozwiązanie osoby prawnej o charakterze prywatnym podlegają prawu miejsca utworzenia, przy czym miejsce utworzenia oznacza miejsce, w którym zostały spełnione formalne i materialne przesłanki powstania osoby prawnej⁶⁴.

W świetle stanowiącego najobszerniejszą kodyfikację prawa prywatnego międzynarodowego w państwach Ameryki Łacińskiej **panamskie-**

⁵⁹ Por. G. Zou, W. Wei: *The Evolution of China's Codification of Private International Law and Its Latest Development: Comments on China's New PIL-Act*. PPPM 2013, T. 12, s. 29.

⁶⁰ Chodzi tutaj o wydawane przez Najwyższy Sąd Ludowy abstrakcyjne wiążące normy prawne, które działają tak, jak ustawa.

⁶¹ Tekst w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa X. Tong, został opublikowany w IPRax 2014, H. 2, s. 212 i nast.

⁶² Por. X. Tong: *Neue Regeln des Obersten Volksgerichts: Die Erste Justizielle Interpretation des chinesischen IPR-Gesetzes*. IPRax 2014, H. 2, s. 211.

⁶³ Tekst tej ustawy w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa Kwang-Jou Tsche i J. Morsdorf-Schulte, został opublikowany w IPRax 2007, H. 5, s. 479 i nast.; zob. także Eidem: *Neuregelung des koreanischen IPR und IZPR*. IPRax 2007, H. 5, s. 473 i nast.

⁶⁴ Por. T.B. de Maekelt: *Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht*. RabelsZ 64 (2000), s. 326.

go kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego z 2014 r., prawem właściwym jest, jak się zdaje, prawo utworzenia spółki, niemniej jednak jeżeli spółka prowadzi działalność w Panamie, to pod pewnymi warunkami możliwa jest kontynuacja jej działalności jako spółki prawa panamskiego, niezależnie do sytuacji w kraju utworzenia⁶⁵.

Należy również wspomnieć o **argentyńskim międzynarodowym prawie spółek**. I tak, według art. 147 argentyńskiego kodeksu cywilnego i handlowego z 2014 r., który wszedł w życie w dniu 1 sierpnia 2015 r., do osób prawnych prawa publicznego zastosowanie ma prawo, zgodnie z którym zostały one utworzone. W myśl art. 150 ust. 1 tej ustawy, osoby prawne prawa prywatnego utworzone w Argentynie podlegają prawu argentyńskiemu, natomiast w odniesieniu do osób prawnych prawa prywatnego przepis art. 150 ust. 2 odsyła do przepisów kolizyjnych zawartych w art. 118—124 ustawy o spółkach handlowych z 1972 r.⁶⁶

3. Wymogi wynikające z unijnej swobody przedsiębiorczości w zakresie łącznika

Zagadnienie wpływu unijnej swobody przedsiębiorczości i wymogów z niej wynikających w odniesieniu do autonomicznego krajowego międzynarodowego prawa spółek wiąże się z interpretacją tej swobody dokonywaną przez Trybunał Sprawiedliwości⁶⁷. Jak wspomniano, stanowi ono obecnie przedmiot ożywionej dyskusji w piśmiennictwie, zarówno krajowym, jak i obcym⁶⁸. Spośród wielu orzeczeń Trybunału⁶⁹ zasadnicze

⁶⁵ Por. J. Samtleben: *Das neue IPR-Gesetzbuch Panamas — Ein Kaleidoskop des Kollisionsrechts*. IPRax 2015, H. 5, s. 468.

⁶⁶ Por. J. Samtleben: *Neukodifikation des Internationalen Privatrechts in Argentinien*. IPRax 2016, H. 3, s. 296, przyp. 89, s. 290, przyp. 12.

⁶⁷ Trzeba zauważyć, że zagadnienie wpływu traktatowej swobody przedsiębiorczości na krajowe międzynarodowe prawo spółek nie wyczerpuje się tylko w zakresie łącznika, ale dotyczy również innych zasadniczych kwestii, jak zakres: statutu personalnego spółki, rozszczępienia statutu personalnego spółki, dopuszczalności przełamania statutu personalnego spółki przez przepisy wymuszające swoje zastosowanie czy transgranicznych przekształceń spółek.

⁶⁸ Zob. P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, 2010, s. 474 i nast. i przywołane tam piśmiennictwo; zob. także A. Wowerka: *Osoby...*, s. 658 i przywołane tam piśmiennictwo, a także bibliografię przywołaną na s. 547 i nast.

⁶⁹ Co do tego orzecznictwa ogółem zob. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 658 i nast. i przywołane tam piśmiennictwo.

znaczenie w zakresie wyznaczania statutu personalnego spółek mają wypowiedzi zawarte w wyroku w sprawie *Überseering*⁷⁰, które stały się podstawą formułowanych przez niektórych tez o kolizyjnoprawnym charakterze swobody przedsiębiorczości ustanawiającej unijną teorię powstania i wyłączeniu w związku z tym teorii siedziby jako normy kolizyjnej. Nie negując w związku z kasatoryjnym charakterem swobody przedsiębiorczości konieczności oceny krajowych norm z punktu widzenia dopuszczalnych skutków tych norm w świetle wspomnianej swobody, należy jednakże podzielić stanowisko tych, którzy trafnie odrzucają koncepcję kolizyjnoprawnego charakteru unijnej swobody przedsiębiorczości⁷¹. Wypada także zwrócić uwagę, że w najnowszym piśmiennictwie coraz częściej pojawiają się wypowiedzi zasadniczo kwestionujące wpływ swobody przedsiębiorczości na autonomiczne krajowe międzynarodowe prawo spółek.

Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że w świetle orzecznictwa Trybunału, a w szczególności wymienionego wyroku w sprawie *Überseering*, ze swobody przedsiębiorczości nie wynikają w sposób absolutny wymogi w odniesieniu do łącznika kolizyjnoprawnego w zakresie wyznaczania statutu personalnego spółki, który należałoby bezwzględnie przyjąć na gruncie autonomicznego międzynarodowego prawa spółek. Ze wspomnianego wyroku w sprawie *Überseering* wynika jedynie wymóg uznania przez państwo docelowe zdolności prawnej spółki utworzonej zgodnie z ustawodawstwem jednego państwa członkowskiego, na terytorium którego posiada ona swoją siedzibę statutową, która przeniosła swoją siedzibę rzeczywistą do tego państwa, a w konsekwencji zdolności sądowej, jaką spółka ta posiada na mocy prawa państwa, w którym została utworzona. Znaczenie ma więc skutek, jaki należy uzyskać, aby zapewnić zgodność z tą swobodą. Podkreślić należy, że w tej mierze racjonalne jest jedynie rozwiązanie kolizyjnoprawne⁷². Na płaszczyźnie kolizyjnej osiągnięcie tego rezultatu w postaci „uznania”⁷³ zdolności prawnej i sądowej migrującej spółki, będącej beneficjentem swobody przedsiębiorczości, można uzyskać przez wyłączenie przechodniości sto-

⁷⁰ Wyrok TSUE z dnia 5.11.2002 r., C-208/00. *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. Zb. Orz. 2002, s. I-9919.

⁷¹ Por. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 668.

⁷² Ewentualne „uznanie” procesowe w postaci uznania postanowienia sądu o rejestracji spółki tudzież „uznanie” materialnoprawne nie są odpowiednie, gdyż w pierwszym przypadku są spółki, które nie podlegają rejestracji, a w drugim przypadku powstaje zasadnicza wątpliwość co do samej konstrukcji, jak i zakresu owego „uznania”.

⁷³ Na temat kolizyjnoprawnego „uznania” zob. szerzej A. Wowerka: *„Uznanie” w międzynarodowym prawie spółek w świetle unijnej swobody przedsiębiorczości. W: Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*. Red. J. Kruczałak-Jankowska. Warszawa 2013, s. 257 i nast.

sownego łącznika, w tym przypadku siedziby rzeczywistej. Nie jest więc konieczne przyjmowanie tzw. teorii powstania. W konsekwencji takiego rozwiązania przeniesienie siedziby rzeczywistej spółki nie powoduje zmiany jej rodzimego statutu personalnego. W ten sposób sąd stosuje, niezależnie od tego, gdzie następnie znajduje się siedziba rzeczywista, zawsze prawo państwa pierwotnej siedziby, zgodnie z którym spółka została utworzona, i gdzie w związku z tym ma swoją siedzibę statutową. Należy przyjąć, że z reguły państwo utworzenia spółki będzie jednocześnie państwem jej pierwotnej siedziby rzeczywistej, którą ewentualnie następnie będzie przenosić.

Na przytoczonym rozwiązaniu trafnie oparł się ustawodawca polski w art. 19 ust. 1 ustawy prawo prywatne międzynarodowe. W myśl zdania trzeciego tego przepisu, przeniesienie siedziby w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) nie prowadzi do utraty osobowości prawnej. Mimo nieco niefortunnego sformułowania, treść tego przepisu należy odczytywać w ten sposób, że przeniesienie siedziby w obrębie EOG nie prowadzi do zmiany statutu personalnego spółki względnie prawa właściwego dla spółki.

Podkreślić należy, że także w razie ewentualnego przyjęcia tzw. teorii powstania konieczne byłoby wyłączenie przechodniości stosownego łącznika, który miałby mieć wówczas zastosowanie jako kryterium powiązania z prawem powstania spółki. W kontekście zmiany statutu personalnego nie ma bowiem żadnej różnicy między poszczególnymi łącznikami, jak np.: siedzibą rejestrową, statutową, inkorporacją, zorganizowaniem się, siedzibą rzeczywistą, domicylem, jeśli z założenia mają one charakter przechodni. Nie można więc *a priori* zakładać, że zastosowanie tzw. teorii powstania jest *per se* zgodne ze swobodą przedsiębiorczości w wykładni dokonanej przez Trybunał, w szczególności wspomnianego wyroku w sprawie Überseering. W kontekście zmiany statutu personalnego i skutków z niej wynikających dla migrującej teoria ta niczym nie różni się od teorii siedziby, i podlega w równej mierze ocenie przez pryzmat unijnej swobody przedsiębiorczości⁷⁴.

⁷⁴ Por. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 651.

4. Wyznaczanie statutu personalnego w świetle ustawy z 2011 roku

Ustawodawca polski skodyfikował międzynarodowe prawo spółek w art. 17—21 ustawy p.p.m.⁷⁵, zamieszczonych w rozdziale 3. zatytułowanym *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne*⁷⁶. W zakresie łącznika regulacja ta zasadniczo powtarza treść uprzednio obowiązującego art. 9 §2 ustawy p.p.m. z 1965 r., niemniej jednak wprowadza również uregulowania uzupełniające oraz wypełniające istniejącą dotychczas istotną lukę, zwłaszcza w odniesieniu do określenia zakresu zastosowania statutu personalnego. Nowa ustawa z 2011 r. zawiera ogółem nowoczesną regulację międzynarodowego prawa spółek, która wpisuje się w aktualne trendy europejskiej doktryny i dogmatyki międzynarodowego prawa spółek. W szczególności dotyczy to kryterium powiązania z systemem prawnym właściwym dla spółek.

W świetle podstawowej normy z art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m., prawem właściwym dla spółki jest prawo państwa, w którym spółka ma swoją siedzibę. Polski model wyznaczania prawa właściwego dla spółek jest więc oparty na teorii siedziby. Przyjąć należy, że siedziba w ujęciu tego przepisu oznacza siedzibę rzeczywistą, rozumianą jako faktyczna, trwała siedziba organów kierujących działalnością spółki⁷⁷, przy czym siedziba ta musi być rozpoznawalna jako taka na zewnątrz dla osób trzecich. Siedzibę wyznaczać zatem powinno przede wszystkim miejsce, w którym koncentruje się działalność organów (wspólników spółek osobowych) zarządzających i reprezentujących spółkę, a więc miejsce, w którym zarząd zwykle zajmuje się prowadzeniem spraw spółki, tzn. gdzie podejmuje i wykonuje większość decyzji dotyczących bieżącej działalności spółki, ale także w którym ustalane są wiążące wytyczne dotyczące zasadniczej polityki spółki (np. w zakresie produkcji, zbytu, polityki kadrowej), i gdzie wytyczne te są realizowane w postaci stosownych bieżących wewnętrznych dyspozycji, a jednocześnie miejsce, w którym z reguły zawierane są umowy z osobami trzecimi⁷⁸. W podobny sposób pojęcie siedzi-

⁷⁵ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe. Dz.U. nr 80, poz. 432 ze zm.

⁷⁶ Na temat pojęcia osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym zob. A. Wowerka: *Pojęcie osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Problemy prawa prywatnego i publicznego w pierwszych dekadach XXI wieku. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jerzemu Ciszewskiemu*. Red. J. Kruczałak-Jankowska. Gdańsk 2016, s. 493 i nast.

⁷⁷ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 15. Warszawa 2012, s. 106.

⁷⁸ Por. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 636—637.

by rzeczywistej jest definiowane w innych państwach, w których teoria siedziby znajduje zastosowanie⁷⁹. Należy zwrócić uwagę, że tak określona siedziba rzeczywista wyznacza nie tylko *lex societatis* w rozumieniu art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m., ale stanowi również kryterium wskazujące statut upadłościowy w ujęciu rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego⁸⁰, na podstawie którego statut ten wyznaczany jest za pośrednictwem łącznika państwa sądu wszczęcia postępowania upadłościowego, którego jurysdykcja w tej materii jest z kolei ściśle powiązana z głównym ośrodkiem podstawowych interesów dłużnika. W wyroku w sprawie Interedil z dnia 20 października 2011 r.⁸¹ Trybunał wyraźnie stwierdził, rozstrzygając powstałe w doktrynie rozbieżności co do wykładni tego pojęcia⁸², że „dla

⁷⁹ Zob. na ten temat: w odniesieniu do prawa austriackiego — M. Neumayr, in: *Kurzkomentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Red. M. Neumayr, H. Koziol. 3rd edn. Vienna 2010, s. 2064; w odniesieniu do prawa niemieckiego — T. Eberoth, B. Bippus: *Die Sitztheorie als Theorie effektiver Verknüpfung der Gesellschaft*. „Juristenzeitung” 1988, Nr. 14, s. 677 i nast.; R. Hausmann: *Vertretungsmacht bei Handelsgesellschaften*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Red. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2010, s. 1527 i nast.; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, 2010, s. 623 i nast.; Idem: *Einführung...*, s. 172—173; S. Leible: *Internationales Gesellschaftsrecht*. In: *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*. München 2010, s. 143 i nast.; D. Jasper/Wollbrink: *Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*. Bd. 3: *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. Red. H.-P. Priester, D. Mayer. München 2009, s. 1664; A. Franz, L. Laeger: *Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoIMG...*, s. 682; C. Schneider: *Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 567; S. Wessel, H.-J. Ziegenhain: *Sitz- und Gründungstheorie im internationalen Gesellschaftsrecht*. „GmbH Rundschau” 1988, Nr. 11, s. 424; zob. także W. Klyta: *Łącznik...*, s. 243 i nast.; w odniesieniu do prawa francuskiego J. Pohlmann: *Das französische...*, s. 49—55; w odniesieniu do prawa belgijskiego por. E. Wymeersch: *Die Sitzverlegung nach belgischem Recht*. ZGR 1—2/1999, s. 129—130; zob. także T. Panthen: *Der „Sitz”-Begriff im internationalen Gesellschaftsrecht*. Mainz 1987, s. 47 i nast.

⁸⁰ Dz.U. L 160, s. 1 i nast. ze zm.

⁸¹ C-396/09. Zb. Orz. 2011, s. I-9915.

⁸² Zob. co do interpretacji w doktrynie P. Kindler: *Internationales Insolvenzrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11: *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—245)...*, s. 403—404; H. Eidenmüller: *Insolvenzrecht*, in: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*. Red. H. Eidenmüller. München 2004, s. 313 i nast.; F. Kienle: *Schnittstellen des Internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrechts*. In: *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Red. R. Süß, T. Wachter. Angelbachtal 2006, s. 166—167; A. Spahlinger/G. Wegen: *Insolvenz der Gesellschaft*. In: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*. Red. A. Spahlinger, G. Wegen. München 2005, s. 191 i nast.; V. Schäfer: *Die Schließung von Gläubigerschutzlücken bei grenzüberschreitend tätigen Unternehmen — ein Vorschlag „de lege ferenda”*. Hamburg 2009, s. 214 i nast.

celów głównego ośrodka podstawowej działalności spółki będącej dłużnikiem art. 3 ust. 1 zdanie drugie rozporządzenia nr 1346/2000 należy interpretować w ten sposób, że dla ustalenia głównego ośrodka podstawowej działalności spółki będącej dłużnikiem należy nadać pierwszeństwo miejscu głównego zarządzania tą spółką, w sposób, w jaki jest ono możliwe do określenia w oparciu o okoliczności obiektywne i rozpoznawalne dla osób trzecich”. Na tej interpretacji oparte jest nowe rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego⁸³, które w art. 3 ust. 1 zdanie drugie wyraźnie wskazuje, że głównym ośrodkiem podstawowej działalności jest miejsce, w którym dłużnik regularnie zarządza swoją działalnością o charakterze ekonomicznym, i które jako takie jest rozpoznawalne dla osób trzecich. Zbieżność pojęcia siedziby rzeczywistej w rozumieniu art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m. i pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika w ujęciu wymienionego rozporządzenia nr 2015/848 oznacza, że system prawny stojący odpowiednio za statutem personalnym spółki i statutem upadłościowym to ten sam system prawny, co ma szczególnie istotne znaczenie jeśli chodzi o pewność i przewidywalność prawa w przypadku spółek działających w skali transgranicznej, ale także jej wspólników i wierzycieli.

Siedzibę rzeczywistą należy ustalić, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku. Ewentualne trudności w ustaleniu siedziby rzeczywistej nie mogą automatycznie skutkować stwierdzeniem braku siedziby spółki. W razie posiadania przez spółkę wielu siedzib rzeczywistych w różnych państwach decydujące znaczenie należy przypisać głównej siedzibie rzeczywistej. Gdyby jednak ustalenie siedziby rzeczywistej okazało się niemożliwe, zastosowanie znajdzie ogólna norma z art. 10 ust. 1 ustawy p.p.m., zgodnie z którą stosuje się prawo najściślej związane z danym stosunkiem. Przepis ten wyraża ogólną regułę, że w razie niemożności ustalenia przesłanek zastosowania właściwej normy kolizyjnej sąd nie może automatycznie przyjąć właściwości merytorycznej *legis fori*, lecz powinien poszukiwać prawa pozostającego w najściślejszym związku z danym stanem faktycznym⁸⁴. Oznacza to, że jeżeli ustalenie siedziby rzeczywistej okaże się niemożliwe, to sąd nie może automatycznie przyjąć właściwości prawa polskiego jako *legis fori* i powinien kontynuować kolizyjne ustalenia faktyczne, uwzględniając inne okoliczności, które mają doprowadzić do ustalenia, z którym prawem spółka jest najściślej związana⁸⁵.

⁸³ Dz.U. L 141, s. 19 i nast.

⁸⁴ K. Sznajder-Peroń: *Ustalenie i stosowanie prawa właściwego*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 516.

⁸⁵ A. Wowerka: *Aktualne problemy międzynarodowego prawa spółek — zagadnienia wybrane*. „Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa” 2015, nr 4, s. 178.

Sąd polski stosuje przy tym własne reguły procesowe dotyczące ustalania okoliczności faktycznych⁸⁶.

Ustawodawca polski uwzględnił jednakże okoliczność, że państwo siedziby rzeczywistej może nie być zainteresowane stosowaniem do oceniającej spółki własnego prawa i odsyłać w tym względzie do prawa państwa jej utworzenia. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy p.p.m., jeżeli prawo właściwe wyznaczone na podstawie powiązania z siedzibą rzeczywistą przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona, stosuje się prawo tego państwa. Odesłanie dalsze⁸⁷ przewidziane w tym przepisie jest oparte na założeniu, że w takim przypadku sąd polski powinien ową decyzję respektować i stosować w miejsce prawa państwa siedziby rzeczywistej prawo utworzenia spółki, do którego to pierwsze odsyła.

Jak już wspomniano, art. 19 ust. 1 zdanie trzecie ustawy p.p.m. uwzględnia wymóg wynikający ze swobody przedsiębiorczości w jej interpretacji dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości, nakazujący poszanowanie zdolności prawnej i sądowej migrującej spółki, przez wyłączenie skutku stosowania teorii siedziby w postaci zmiany statutu personalnego w razie przeniesienia siedziby rzeczywistej. Przepis ten, mimo niefortunnego sformułowania, ma charakter wyłącznie kolizyjny i jako taki należy go odczytywać jedynie w ten sposób, że w przypadku przeniesienia przez spółkę siedziby rzeczywistej w obrębie EOG nie dochodzi do zmiany statutu personalnego tej spółki, o czym niżej.

Ustawodawca polski, mimo zgłaszanych w doktrynie postulatów, słusznie nie przyjął w nowej ustawie p.p.m. z 2011 r. jako kryterium powiązania z prawem właściwym siedziby statutowej⁸⁸. Jest wiele zasadniczych argumentów przemawiających za trafnością i racjonalnością takiego rozwiązania i praktycznie żadnych przekonujących argumentów kolizyjnoprawnych na rzecz siedziby statutowej jako samodzielnego kryterium powiązania z prawem właściwym⁸⁹.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Polski ustawodawca generalnie wykluczył w obowiązującej ustawie p.p.m. odesłanie dalsze i przywołany przepis jest jedynym przepisem ustanawiającym takie odesłanie; M. Pazdan: *Prawo...*, s. 104.

⁸⁸ Postulat taki zgłaszał m.in. J. Poczobut: *Osoby prawne w prawie prywatnym międzynarodowym*. KPP 2000, z. 3, s. 548 i nast., aczkolwiek trzeba podkreślić, że autor ten zaproponował interesujące rozwiązanie, w którym ujmował łącznik siedziby statutowej na zasadzie pomocniczości z łącznikiem rejestracji i miejsca działania organu zarządzającego (ibidem, s. 551—552).

⁸⁹ Za siedzibą statutową opowiadają się jednak, choć argumentując głównie na płaszczyźnie materialnej, m.in.: A. Opalski: *Wybrane problemy ustalania prawa właściwego dla osób prawnych w świetle nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. W: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Red. J. Poczobut.

Przed wszystkim powtórzenie w obecnej regulacji podstawowej normy kolizyjnej z art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m. z 2011 r. sformułowania zawartego w uprzednio obowiązującej regulacji art. 9 §2 ustawy z 1965 r. należy odczytywać jako jednoznaczny zamiar i cel ustawodawcy kontynuacji tradycyjnie dominującej w polskiej doktrynie kolizyjnej na gruncie tego przepisu koncepcji siedziby jako siedziby rzeczywistej⁹⁰. Gdyby ustawodawca miał zamiar wprowadzić łącznik siedziby statutowej, uczyniłby to wprost, używając jednoznacznego terminu „siedziba statutowa”, tymczasem zaś pozostał przy sformułowaniu „siedziba”. Uzasadnienie do nowej ustawy z 2011 r. nie dostarcza jakichkolwiek wskazówek pozwalających na stwierdzenie zmiany dotychczasowego paradygmatu w zakresie pojmowania terminu „siedziba”.

Należy także ściśle odróżniać pojęcie siedziby na płaszczyźnie prawa merytorycznego od pojęcia siedziby na płaszczyźnie prawa kolizyjnego. Nawet jeżeli na płaszczyźnie prawa merytorycznego znaczenie ma siedziba statutowa, to nie może to automatycznie oznaczać, że należy brać tego rodzaju siedzibę pod uwagę na płaszczyźnie kolizyjnej, albowiem w każdym przypadku chodzi o normy, które mają odmienne funkcje i cele. Stosowanie pojęć merytorycznych, nawet w drodze analogii, na gruncie prawa kolizyjnego może prowadzić do niewłaściwych rezultatów i budzi zasadnicze zastrzeżenia z metodologicznego punktu widzenia. Określenie siedziby w prawie materialnym czy procesowym wiąże się z innego rodzaju problemami niż wyznaczenie prawa właściwego. Siedziba na płaszczyźnie prawa materialnego służy ustaleniu, tak jak miejsce zamieszkania osoby fizycznej, centrum działalności spółki, z którym wiąże się wiele doniosłych skutków materialnych czy procesowych, natomiast na płaszczyźnie prawa kolizyjnego nie chodzi o wyznaczenie tego centrum jako takiego, lecz jedynie o wskazanie za pomocą tego pojęcia prawa właściwego najściślej związanego ze spółką. Ponadto przenosze-

Warszawa 2013, s. 218; K. Oplustil: *Łącznik siedziby w nowym prawie prywatnym międzynarodowym*. KPP 2011, z. 3, s. 635 i nast.; podobnie P. Błaszczuk: *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*. „Państwo i Prawo” 2011, nr 11, s. 85 i nast., który jednak wydaje się utożsamiać siedzibę statutową z siedzibą rejestrową i wskazuje, że miejscem siedziby statutowej będzie w praktyce miejsce wpisu do rejestru; tak też podobnie M. Mataczyński: *Kolizyjnoprawne pojęcie siedziby osoby prawnej*. KPP 2013, z. 2, s. 295; Idem: *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki za granicę*. PPPM 2013, T. 13, s. 30.

⁹⁰ Por. m.in.: W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa 1967, 132; Idem: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Poznań 1996, s. 170; W. Kłyta: *Spółki kapitałowe...*, s. 44; M. Pazdan: *Prawo...*, s. 106 oraz wszystkie wcześniejsze wydania tej pozycji; E. Wieczorek: *Statut personalny spółki a swoboda przedsiębiorczości*. W: *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*. Red. J. Frąckowiak. Wrocław 2006, s. 237.

nie definicji z prawa merytorycznego na płaszczyznę kolizyjnoprawną i nadawanie pojęciom zawartym w normach kolizyjnych treści i znaczeń przyjmowanych w prawie materialnym, w szczególności rodzimym, jest sprzeczne z fundamentalnymi zasadami prawa prywatnego międzynarodowego — zasadą równorzędności porządków krajowych i związaną z nią zasadą neutralności norm kolizyjnych⁹¹, gdyż w istocie narzuca krajowe konstrukcje obcym systemom prawnym. Ustalanie siedziby dla celów kolizyjnych powinno odbywać się w oderwaniu od norm materialnych, w tym przede wszystkim rodzimych, w sposób autonomiczny, z zastosowaniem metody kolizyjnoprawnej i funkcjonalnej wykładni pojęć kolizyjnoprawnych.

Wspomniane zasady wymagają w zakresie łącznika kryterium obiektywnego, oderwanego od krajowej dogmatyki, takiego rodzaju, aby możliwe było objęcie właściwą normą kolizyjną wszelkich spółek, niezależnie od przyjmowanych w poszczególnych systemach prawnych na płaszczyźnie merytorycznej koncepcji siedzib dla celów merytorycznych. W tym kontekście siedziba statutowa jako samodzielne kryterium łącznika wymogu tego nie spełnia, należy mieć bowiem na względzie, że mogą istnieć spółki, które nie mają siedziby statutowej⁹². Należy także podkreślić, że siedziba statutowa na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej nie może być utożsamiana z siedzibą rejestrową, albowiem w każdym przypadku chodzi o dwa odmienne powiązania kolizyjnoprawne, które należy ściśle od siebie odróżniać. Jeśli chodzi o siedzibę statutową jako kryterium łącznika, siedziba rejestrowa na płaszczyźnie merytorycznej jest bez znaczenia. Ta druga może co najwyżej stanowić okoliczność przemawiającą za określonym umiejscowieniem w umowie (statucie) spółki siedziby statutowej. Dla sądu jako kryterium wyznaczające prawo właściwe znaczenie ma jednakże wyłącznie siedziba statutowa, niezależnie od tego, czy rejestracja tej siedziby jest wymagana, czy też nie.

Przyjęcie jako samodzielnego kryterium łącznika siedziby statutowej będącej z założenia także łącznikiem przechodnim wiązałoby się wreszcie z niebezpieczeństwem nieograniczonej możliwości zmiany przez wspólników statutu personalnego, a tym samym manipulacji, przez zwykłą zmianę umowy spółki i wskazanie nowej siedziby umiejscowionej w innym niż dotychczas systemie prawnym⁹³. Wspólnicy przez zmianę umowy mieliby nieograniczoną możliwość „wyboru” statutu personalne-

⁹¹ Por. M.-P. Weller: *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der klassischen IPR-Dogmatik*. IPRax 2011, H. 5, s. 429 i nast.

⁹² Na przykład spółki osobowe w prawie niemieckim, zob. P. Kindler: *Welche Anknüpfungspunkte...*, s. 393, i spółki w prawie amerykańskim, zob. M. Kaulen: *Zur Bestimmung...*, s. 392; ibidem także w odniesieniu do niemieckich spółek osobowych.

⁹³ Por. S. Leible: *Internationales...*, s. 143.

go spółki i dokonywania w ten sposób nadużyć na niekorzyść wierzycieli spółki. Dotyczy to w szczególności spółek, które nie podlegają rejestracji, jak spółki kapitałowe prawa polskiego w organizacji, czy spółek osobowych niepodlegających takiemu wymogowi⁹⁴. Podkreślić wszakże należy, że i w tym wypadku merytoryczny wymóg rejestracji jest bez znaczenia z punktu widzenia kolizyjnoprawnego dla stwierdzenia zmiany statutu personalnego. Zmiana powiązania z prawem właściwym przez zmianę ustanawiającego je kryterium siedziby statutowej oznacza na płaszczyźnie kolizyjnej, że następuje zmiana statutu personalnego, niezależnie od tego, czy na płaszczyźnie materialnej wymagane jest uzyskanie wpisu w rejestrze, czy też takiego wymogu brak. Wymóg uzyskania wpisu może co najwyżej sprawiać, że tego rodzaju zmiany nie będą dokonywane, chociaż sam w sobie, o ile w jakiś sposób nie stanowi kryterium powiązania kolizyjnoprawnego, jest nieistotny i nie wpływa kolizyjnie na wyłączenie lub ograniczenie zmiany statutu personalnego.

Siedziba statutowa budzi także zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia fundamentalnej zasady prawa prywatnego międzynarodowego — zasady najściślejszego związku. Siedziba statutowa *per se* takiego związku nie ustanawia. Jest to wyraźnie widoczne w przypadku tzw. *pseudo foreign corporations*, tzn. spółek, które poza samym faktem posiadania siedziby statutowej w innym państwie nie wykazują z nim żadnych więzi gospodarczych i prowadzą swą działalność wyłącznie w innym państwie. Zastosowanie siedziby statutowej wiązałoby się w tych przypadkach *a priori* z koniecznością uwzględniania w rzeczywistości prawnej państwa dotkniętego faktyczną działalnością takiej spółki w pełnym zakresie jej rodzimego (statutowego) statutu personalnego. Założyciele spółki mieliby tym samym możliwość uchylecia się od poddania się obowiązującym w państwie rzeczywistej siedziby spółki przepisom dotyczącym w szczególności ochrony wierzycieli spółki (np. wniesienia i utrzymania minimalnego kapitału zakładowego i związanej z tym odpowiedzialności członków zarządu), czy wspólników mniejszościowych przez *de facto* wybór prawa, które jest pod tym względem mniej restrykcyjne.

Należy również zaakcentować, że zastosowanie siedziby statutowej jako samodzielnego kryterium łącznika nie prowadzi w każdym przypadku do stosowania prawa państwa utworzenia spółki, co wynika z faktu, że posiadanie siedziby statutowej nie zawsze musi być przesłanką utworzenia spółki. Należy podkreślić, że tzw. teoria powstania nie jest teorią siedziby statutowej. W państwach hołdujących tej teorii stosuje się różne kryteria łącznika, niemniej jednak siedziba statutowa jako samodziel-

⁹⁴ Spółki bez wymogu rejestracji wskazuje w prawie amerykańskim D.M. Kaulen: *Zur Bestimmung...*, s. 393.

ny łącznik dla wyznaczania prawa właściwego nie odgrywa praktycznie żadnej roli, a jeżeli jest w ogóle stosowana, to w ograniczonym zakresie i w powiązaniu z innymi łącznikami. W tym kontekście można także stwierdzić, że jeżeli siedziba statutowa miała być rozumiana jako wyraz tzw. teorii powstania, to pojawia się zasadnicza wątpliwość dotycząca zasadności i racjonalności wprowadzenia do ustawy z 2011 r. przepisów art. 17 ust. 2 i art. 19 ust. 1 zd. 2 i 3. W razie powiązania w ten sposób spółki z prawem jej powstania (utworzenia) przepisy te byłyby wówczas całkowicie zbędne.

Należy również wyraźnie zaznaczyć, że w kategoriach łącznika kolizyjnoprawnego nie istnieją praktycznie żadne różnice między siedzibą rzeczywistą a siedzibą statutową w związku z ich przeniesieniem, o ile nie zostanie wyłączona ich przechodniość. Przeniesienie siedziby statutowej przez zmianę umowy spółki z kolizyjnoprawnego punktu widzenia zasadniczo będzie powodowało, jak w przypadku przeniesienia siedziby rzeczywistej, zmianę statutu personalnego. Dotyczy to zresztą także innych stosowanych (nieprzechodnich) łączników.

Nadto warto zauważyć, że z wymienionych względów użyteczność siedziby statutowej jako kryterium łącznika oceniana jest krytycznie również w obcej doktrynie⁹⁵. Co szczególnie znamienne dla znajdującej się w fazie zmiany paradygmatu dogmatyki niemieckiej, nawet w gronie zwolenników tzw. teorii powstania, wśród wiodących przedstawicieli doktryny międzynarodowego prawa spółek siedziba statutowa praktycznie nie znajduje uznania i jest odrzucana jako samodzielne kryterium łącznika⁹⁶. Dobitnym tego wyrazem jest wspomniany projekt nowej niemieckiej regulacji międzynarodowego prawa spółek, który takiej siedziby w ogóle nie uwzględnia, nawet w powiązaniu z innymi łącznikami. Jak się wydaje, wątpliwe jest stosowanie tej siedziby jako kryterium łącznika nawet na gruncie angielskiej teorii *domicile* czy amerykańskiej teorii inkorporacji, tradycyjnie uznawanych za fundament tzw. teorii powstania.

Teoria siedziby i tradycyjnie związana z nią koncepcja siedziby rzeczywistej, którą na gruncie obowiązującej ustawy p.p.m. należy uznać za trafne i słuszne rozwiązanie, jest wyrazem podstawowych funkcji i zadań prawa prywatnego międzynarodowego, do których należy wskazanie stałego i pewnego terytorialnie prawa (najlepszego pod względem terytorialnym), co jest możliwe właśnie w takim zakresie, w jakim statutem personalnym jest porządek prawny, w zakresie obowiązywania którego spółka ma swój główny ośrodek podstawowej działalności, czyli siedzibę

⁹⁵ Zob. m.in. ibidem, s. 391—392, 394.

⁹⁶ Zob. w szczególności opracowanie zbiorowe *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts...*, 2007, ibidem zwłaszcza P. Kindler: *Welche Anknüpfungspunkte...*, s. 389 i nast.

rzeczywistą. Koncepcja ta, oparta jedynie na kryterium obiektywnym, wyłącza wskazanie prawa właściwego z dyspozycji współników i zapobiega niepożądanemu nieograniczonemu *forum shopping* i możliwym w związku z tym manipulacjom.

Jak już wspomniano, szczególnie istotne jest także to, że siedziba rzeczywista w rozumieniu art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m. określa jednocześnie główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, wyznaczający statut upadłościowy w rozumieniu rozporządzenia nr 2015/848. Na podstawie tego samego kryterium łącznika ten sam system prawny stać będzie zarówno za *lex societatis*, jak i *lex fori concursus*. W tym kontekście na znaczeniu tracą problemy kwalifikacyjne związane z instytucjami prawnymi znajdującymi się na styku prawa upadłościowego i prawa spółek, np. odpowiedzialności zarządów za zobowiązania spółki w związku z niezgłoszeniem w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. Zastosowanie znajdują bowiem normy merytoryczne jednego państwa, co praktycznie powoduje wyłączenie konieczności rozgraniczania statutu upadłościowego i spółkowego, to zaś niekiedy może wiązać się ze znacznymi trudnościami. W przypadku spółek działających w sferze transgranicznej ma to istotne znaczenie z punktu widzenia pewności i przewidywalności prawa w kontekście zapewnienia ochrony praw spółki, jej współników oraz wierzycieli na podstawie jednego możliwego do określenia z góry systemu prawnego właściwego dla oceny działalności spółki w sytuacjach kryzysu finansowego w spółce.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że ustawodawca europejski opiera się na kryterium łącznika siedziby rzeczywistej także w innych rozporządzeniach z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego, co świadczy o szczególnej wadze tego kryterium z punktu widzenia unijnego prawa prywatnego międzynarodowego. Wskazać tu należy na rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁹⁷ oraz rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II)⁹⁸. Rozporządzenia te wyrażnie stanowią odpowiednio w art. 19 ust. 1 (Rzym I) i w art. 23 ust. 1 (Rzym II), że za miejsce zwykłego pobytu spółek i innych podmiotów posiadających osobowość prawną lub jej nieposiadających uznaje się miejsce siedziby ich głównego organu zarządzającego. W tym kontekście można zasadnie przyjąć, że siedziba rzeczywista stanowi kanon unijnego prawa prywatnego międzynarodowego w jego obecnym kształcie.

⁹⁷ Dz.U. L 177, s. 6 i nast.

⁹⁸ Dz.U. L 199, s. 40 i nast.

Istotne jest również to, że zastosowanie siedziby rzeczywistej praktycznie wyłącza konieczność poszukiwania ewentualnych instrumentów ochronnych, które mogłyby mieć zastosowanie na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej. W rachubę mogłyby jedynie wchodzić koncepcje przepisów wymuszających swoje zastosowanie oraz łączników szczególnych. Zastosowanie tych koncepcji mogłoby okazać się problematyczne, zwłaszcza jeżeli chodzi o prawnośpółkowe przepisy wymuszające swoje zastosowanie, podobnie jak pytanie zarówno o kryterium, jak i zakres ewentualnego łącznika szczególnego.

Wreszcie należy stwierdzić, że mechanizm wyznaczania statutu personalnego osób prawnych na podstawie siedziby rzeczywistej spełnia wymogi wynikające ze swobody przedsiębiorczości w kształcie określonym przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, i jednocześnie uwzględnia klasyczne założenia prawa prywatnego międzynarodowego poszukiwania prawa najściślej związanego z danym stanem faktycznym. Wyważa on konieczność uwzględniania potrzeb unijnego rynku wewnętrznego z koniecznością ochrony obrotu państwa siedziby rzeczywistej spółki przed spółkami pochodzącymi niekiedy z całkowicie liberalnych systemów prawnych. Mechanizm ten zapewnia stosowanie prawa tego państwa i uniemożliwia obchodzenie przepisów prawa spółek dotyczących ochrony wierzycieli czy samych współników w sytuacji, gdy dana spółka działa wyłącznie na terytorium tego państwa.

W świetle przytoczonych rozważań nasuwa się spostrzeżenie, że w zasadzie jedynym kolizyjnoprawnym atutem siedziby statutowej, w szczególności w porównaniu z siedzibą rzeczywistą, jest łatwość jej ustalenia.

Na koniec należy zdecydowanie podkreślić, że w międzynarodowym prawie spółek wyznaczenie prawa właściwego dla osoby prawnej odbywać się może wyłącznie na podstawie metody kolizyjnoprawnej, przez kolizyjnoprawne wskazanie danego prawa jako właściwego na podstawie stosownego łącznika kolizyjnoprawnego. Koncepcja „uznania” spółek nie znajduje żadnych podstaw w świetle obowiązującego prawa i jest sprzeczna z fundamentalnymi zasadami międzynarodowego prawa spółek w odniesieniu do wyznaczania prawa właściwego, ustalania treści tego prawa i jego stosowania⁹⁹.

⁹⁹ Więcej krytycznie w odniesieniu do koncepcji „uznania” A. Wowerka: *Osoby...*, s. 696—697.

5. Podsumowanie

Problematyka wyznaczania statutu personalnego stanowi i nadal będzie stanowić *questio famosa* międzynarodowego prawa spółek.

Wobec różnorodności rozwiązań przyjmowanych w tej materii w poszczególnych porządkach prawa krajowego trudno mówić o jakimś konkretnym modelu, który miałby mniej lub bardziej szerokie zastosowanie. Jak wykazano, nie ma jednej ogólnej teorii powstania, rozumianej jako jednolita koncepcja w zakresie takiego lub innego łącznika stosowanego w określonych państwach. W państwach wskazywanych jako hołdujące tej teorii powiązanie mające prowadzić do państwa pierwotnego powstania czy też utworzenia/inkorporacji spółki przybiera różną postać. Tak zwana teoria siedziby może stanowić co najwyżej skrót myślowy na zasadzie przeciwstawienia teorii powstania. Uwagę zwraca fakt, że w państwach tych siedziba statutowa jako samodzielne kryterium łącznika praktycznie nie odgrywa żadnej roli. Należy jednak zauważyć, że samo pojęcie siedziby na gruncie teorii siedziby może być rozumiane w różny sposób, chociaż obecnie bezsporne jest, że chodzi o siedzibę rzeczywistą, jako że teoria siedziby jest *per se* teorią siedziby rzeczywistej.

Ze swobody przedsiębiorczości w interpretacji dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości UE nie wynika bezwzględna konieczność przyjęcia określonego modelu powiązania spółki z danym systemem prawnym. Wymóg „uznania” migrującej spółki można uzyskać na płaszczyźnie kolizyjnej przez samo wyłączenie skutku związanego z przeniesieniem siedziby w postaci zmiany statutu personalnego.

Model przyjęty przez polskiego ustawodawcę w zakresie wyznaczania statutu personalnego osób prawnych można uznać za rozwiązanie modelowe, godzi bowiem wymogi wynikające z fundamentalnych zasad prawa prywatnego międzynarodowego z wymogami wynikającymi z traktatowej swobody przedsiębiorczości. Siedziba rzeczywista prowadzi do systemu prawnego najściślej związanego ze spółką, natomiast wyłączenie zmiany statutu w związku z nieprzechodnością tego łącznika — do zastosowania pierwotnego statutu spółki, niezależnie od tego, gdzie znajduje się jej siedziba rzeczywista, i „uznania” tym samym do zdolności prawnej i sądowej przyznanej jej przez prawo państwa pochodzenia. Model ten, z uwagi na swoje zalety, może być istotnym punktem odniesienia dla przyszłych prac Komisji Europejskiej nad unijną regulacją w zakresie prawa właściwego w sprawach dotyczących spółek. W przekonaniu autora, z uwagi na brak istotnych zalet na płaszczyźnie kolizyjnej, siedziba statutowa raczej nie zostanie uwzględniona w ewentualnej regulacji jako podstawowe kryterium łącznika. Potwierdzeniem mogą tu być cho-

ciażby propozycje wysuwane przez różne grupy dyskusyjne i organizacje, jak Europejska Grupa ds. Międzynarodowego Prawa Prywatnego (GE-DIP), w których jak dotąd wydają się przeważać zwolennicy tzw. teorii powstania. Propozycje te w ogóle nie wspominają o siedzibie statutowej, wyraźnie postulując oparcie się co najwyżej na łączniku rejestracji lub zorganizowania się spółki, bądź utworzenia spółki względnie kombinacji tychże łączników¹⁰⁰. Podkreślić jednakże trzeba, że o ile przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązanie można uznać za zasadne w odniesieniu do spółek z UE, objętych w znacznym stopniu unijną harmonizacją, o tyle w odniesieniu do spółek z innych państw nie widać racjonalnych względów przemawiających za odpowiednią modyfikacją tradycyjnie pojmowanej teorii siedziby. Przeciwnie, teoria ta powinna mieć tutaj zastosowanie w pełnym zakresie, łącznie z zasadą przechodniości siedziby rzeczywistej.

¹⁰⁰ Zob. Ch. Kohler: *Auf dem Weg zu einer europäischen Verordnung über das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Ehescheidung. Tagung der Europäischer Gruppe für Internationales Privatrecht in Luxemburg*. IPRax 2014, H. 4, s. 401—402; E.M. Kieninger: *Die weitere Kodifikation des europäischen IPR*. IPRax 2017, H. 2, s. 201—203.

Katarzyna Anna Dadańska^{a)}

O realizacji zasady jednolitości statutu spadkowego w świetle rozporządzenia nr 650/2012

Abstract: The Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of an European Certificate of Succession introduces the principle of uniformity of the statute of succession. This principle should ensure in advance that the succession is governed by a predictable law with which it is closely connected. For reasons of legal certainty and in order to avoid the fragmentation of the succession, that law should govern the succession as a whole, that is to say, all of the property forming part of the estate, irrespective of the nature of the assets and regardless of whether the assets are located in another Member State or in a third State. The purpose of this article is to discuss some exceptions to the above mentioned principle of uniformity and to assess whether the principle of uniformity of the statute of succession provided for in the regulation can actually be implemented effectively.

Keywords: regulation of succession, the statute of succession, splitting of the statute

1. Uwagi wprowadzające

Proces ujednolicania prawa spadkowego w Unii Europejskiej objął dotychczas aspekty kolizyjnoprawne, jurysdykcję oraz uznawanie i wykonywanie orzeczeń. Efektem prac w tym zakresie jest rozporządzenie Par-

^{a)} Dr, Uniwersytet Szczeciński.

lamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego¹. Rozporządzenie spadkowe, które weszło w życie z dniem 16 sierpnia 2012 r., jest stosowane od dnia 17 sierpnia 2015 r. i obejmuje państwa członkowskie Unii Europejskiej, z wyjątkiem Danii, Zjednoczonego Królestwa i Irlandii².

Zgodnie z motywem 42. preambuły rozporządzenia, prawo ustalone jako prawo właściwe dla dziedziczenia powinno regulować dziedziczenie od chwili otwarcia spadku do chwili przeniesienia własności składników majątku spadkowego na beneficjentów ustalonych na mocy tego prawa. Powinno ono również regulować kwestie związane z zarządzaniem spadkiem oraz z odpowiedzialnością za długi spadkowe. Spłata długów spadkowych może, w zależności głównie od prawa właściwego dla dziedziczenia, obejmować uwzględnienie określonego pierwszeństwa wierzycieli. W myśl motywu 37. preambuły, rozporządzenie powinno umożliwiać określenie z wyprzedzeniem prawa właściwego dla dziedziczenia. Należy wprowadzić zharmonizowane normy kolizyjne w celu uniknięcia sprzecznych rezultatów. Zasada ogólna powinna zapewniać, aby dziedziczenie podlegało możliwemu do przewidzenia prawu, z którym posiada ono ścisły związek. Mając na uwadze pewność prawa oraz w celu uniknięcia fragmentaryzacji dziedziczenia, prawu temu powinien podlegać ogół spraw dotyczących spadku, tzn. cały majątek spadkowy, bez względu na charakter składników tego majątku i niezależnie od tego, czy składniki majątku znajdują się w innym państwie członkowskim, czy w państwie trzecim³.

¹ Dz.Urz. UE z dnia 27.07.2012 r., L 201, s. 107 i nast. [dalej: rozporządzenie, rozporządzenie spadkowe, rozporządzenie nr 650/2012].

² Zob. motywy 82. i 83. rozporządzenia. Państwa te w świetle rozporządzenia spadkowego nie są traktowane jako państwa członkowskie. Por. K. Lechner: *Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Eingehende analyse*. In: Generaldirektion interne Politikbereiche Fachabteilung C: *Bürgerrechte und Konstitutionelle Angelegenheiten, Rechts- und Parlamentarische Angelegenheiten, Europäisches Parlament*, Europäische Union, 2015, s. 25, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_DE.pdf) [Dostęp: 16.10.2016 r.].

³ Jak wskazuje A. Wysocka-Bar, już w raporcie DNOTI opowiedziano się za zasadą kolizyjnej jednolitości spadku, proponując, aby w przyszłym instrumencie unijnym do wskazania statutu spadkowego dochodziło za pomocą jednego łącznika, oraz że z zasady tej nie zrezygnowano w żadnym momencie prac nad rozporządzeniem spadkowym. Zob. A. Wysocka-Bar: *Prawo właściwe dla dziedziczenia według unijnego rozporządzenia dotyczącego spraw spadkowych*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2012, z. 4, s. 904.

Prima facie ustawodawca unijny przesądził więc, że co do zasady przejście praw i obowiązków spadkowych podlega jednemu prawu, bez względu na charakter tych praw i obowiązków, oraz odbywa się w ramach procedury przewidzianej prawem jednego państwa. Prawo wskazane jako właściwe powinno regulować dziedziczenie bez względu na położenie przedmiotów wchodzących w skład spadku, nawet jeżeli położone są one w państwie trzecim⁴. Przytoczone regulacje mają świadczyć o przyjętej w rozporządzeniu zasadzie jednolitości statutu spadkowego. Jak się jednak okazuje, zasada jednolitości statutu spadkowego nie jest w pełni i konsekwentnie realizowana na gruncie rozporządzenia spadkowego. Mimo że zasadą przejętą w rozporządzeniu jest zasada kolizyjnej jednolitości spadku, gdyż przywołany motyw 37. preambuły wyraźnie sprzeciwia się „fragmentaryzacji dziedziczenia”, co ma między innymi ułatwić proces orzekania w sprawach spadkowych, to jednak wydaje się, że w praktyce sytuacji rozszczępienia statutu spadkowego⁵ nie będzie można uniknąć. Wskazują na to między innymi regulacje następujących artykułów: 30, 33, 34, 35, oraz art. 23 pkt 2 lit. i rozporządzenia⁶.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie wybranych wyjątków od zasady jednolitości statutu spadkowego przewidzianych w rozporządzeniu spadkowym oraz ocena, czy zasada jednolitości statutu spadkowego proklamowana w rozporządzeniu może być skutecznie realizowana.

⁴ T. Kot, w: *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*. Red. M. Załucki. Warszawa 2015, s. 155—156.

⁵ Rozszczępienie statutu zachodzi wtedy, gdy w zakresie działania określonego statutu mają być zastosowane normy merytoryczne należące do dwóch (lub więcej) systemów prawnych. Tak M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 202.

⁶ W literaturze wymienia się ponadto: art. 24 (rozrządzenia na wypadek śmierci inne niż umowy dotyczące spadku), art. 25 (umowy dotyczące spadku), art. 26 (ważność materialna rozrządzeń na wypadek śmierci), art. 27 (ważność formalna pisemnych rozrządzeń na wypadek śmierci), art. 28 (ważność pod względem formy oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku), art. 29 (wyznaczenia zarządcy spadku przez organ posiadający jurysdykcję, jeżeli prawem właściwym dla sprawy spadkowej jest prawo obce), art. 31 (dostosowanie praw rzeczowych), art. 32 (śmierć jednoczesna). Tak: T. Kot, w: *Unijne rozporządzenie...*, s. 157. Co jednak istotne, w większości tych przepisów mowa jest nie o statucie spadkowym, lecz o statucie czynności *mortis causa*, formie czynności *mortis causa*, a więc prawie właściwym dla zakresu odmiennego niż statut spadkowy. W konsekwencji prowadzi to jednak do stosowania różnych reżimów prawnych w danej sprawie spadkowej. Innym przykładem może być również art. 75 rozporządzenia, który przyznaje pierwszeństwo konwencjom bilateralnym. Por. M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe 650/2012. Komentarz*. Red. K. Osajda. Legalis 2016, kom. do art. 30, teza 1.1.

2. Zasada jednolitości statutu spadkowego

Określenie statutu spadkowego, czyli prawa właściwego dla dziedziczenia w konkretnej sprawie spadkowej, ma istotne znaczenie praktyczne ze względu na znaczne różnice występujące pomiędzy prawodawstwami poszczególnych państw. Do czasu wejścia w życie rozporządzenia spadkowego określenie zakresu statutu spadkowego należało do doktryny i judykatury. Przyjmowano, że statut spadkowy obejmuje takie kwestie szczegółowe, jak: otwarcie spadku; występujące już stosunkowo rzadko wymagania z zakresu zdolności prawnej, które działają jedynie w sferze prawnospadkowej, powodując utratę lub ograniczenie możliwości dziedziczenia po kimkolwiek (przyczyny tzw. bezwzględnej niezdolności dziedziczenia); to, czy *nasciturus* może być spadkobiercą; możliwość dziedziczenia przez osobę prawną, która dopiero powstanie po otwarciu spadku; kwestia, czy osoba prawna (ułamna osoba prawna) może, i pod jakimi warunkami, być spadkobiercą; niegodność dziedziczenia; szczególne zakazy dziedziczenia; umowy o zrzeczenie się dziedziczenia; ustalenie zawartości spadku, w tym pojęcie spadku, długi spadkowe, reguły prawnospadkowe odgrywające pomocniczą rolę w ustalaniu zawartości sched spadkowych lub innych korzyści osiąganych ze spadku; powołanie do dziedziczenia, w tym krąg spadkobierców ustawowych i porządek ich dziedziczenia; przesłanki wyłączenia od dziedziczenia; sposób dziedziczenia; ocena możliwości przyjęcia lub odrzucenia spadku; stosunki pomiędzy współspadkobiercami; odpowiedzialność za długi spadkowe; ochrona dziedziczenia; rezerwa lub zachówek oraz wydziedziczenie; zapis testamentowy; pozycja wykonawcy testamentu; dział spadku⁷. Przyjmowano, że statut spadkowy nie decyduje natomiast o tym, czy dane prawo — wchodzące w skład spadku, czy też będące przedmiotem zapisu windykacyjnego — podlega dziedziczeniu. O dziedziczności danego prawa (obowiązku) decyduje bowiem *lex causae*, czyli prawo właściwe dla tego prawa lub obowiązku⁸. Podobnie

⁷ Zob. szerzej M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2012, s. 288 i nast.; J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2008, s. 304 i nast.

⁸ A. Wysocka-Bar: *Prawo właściwe...*, s. 930; M. Pazdan: *Kolizyjnoprawna problematyka nabycia spadku*. „Studia Cywilistyczne” 1974, T. 23, s. 122—134; A. Mączyński (Nowelizacja przepisów szczególnych o dziedziczeniu gospodarstw rolnych a prawo prywatne międzynarodowe. „Krakowskie Studia Prawnicze” 1986, T. 19, s. 121 i nast.) wskazywał, że „o tym, czy dane prawo jest dziedziczne, tzn. czy wchodzi ono w skład spadku, rozstrzyga norma merytoryczna *legis causae*, czyli systemu prawnego właściwego na podstawie miarodajnej dla danego prawa majątkowego normy kolizyjnej [...]. Właściwości *legis causae*, a nie statutu spadkowego” podlega też następstwo praw majątkowych, „które nie wchodzi w skład spadku, ponieważ przechodzą na oznaczone osoby, niezależnie od

ocena zdolności do bycia spadkobiercą czy zapisobiercą nie podlega statutowi spadkowemu, lecz statutowi personalnemu⁹. Natomiast o ważności czynności *mortis causa*¹⁰ rozstrzyga statut czynności prawnych *mortis causa*¹¹, który określa skuteczność dokonania czynności prawnej danego rodzaju (w literaturze podkreślono, że tylko testament jest dopuszczalny niemal powszechnie, natomiast sytuacja w obrębie innych czynności prawnych *mortis causa* jest dość zróżnicowana)¹²; szczególne wymagania dotyczące zdolności, jako przesłanki ważności zarówno testamentu, jak i innych rozrządzeń na wypadek śmierci; wad oświadczeń woli (zarówno przesłanek, jak i skutków); dopuszczalnej treści testamentu lub innego rozrządzenia na wypadek śmierci¹³. Z kolei forma czynności na wypadek śmierci (bez względu na jej charakter i skutki) podlega ocenie na podstawie statutu formy czynności *mortis causa*¹⁴.

tego, czy są one spadkobiercami. Z punktu widzenia prawa merytorycznego, ten sposób sukcesji *mortis causae* nie jest dziedziczeniem”. Cyt. za: M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające swoje zastosowania a statut spadkowy*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. M. Pazdan, J. Górecki. Warszawa 2015, s. 322.

⁹ Por. A. Mączyński: *Kolizyjna problematyka czynności prawnych na wypadek śmierci (zagadnienia wybrane)*. „Krakowskie Studia Prawnicze” 1979, T. 12, s. 63.

¹⁰ Jako kryterium decydujące o wyróżnieniu czynności prawnych na wypadek śmierci podaje się, że skutki ich następują dopiero z chwilą śmierci osoby dokonującej czynności. Tak ibidem, s. 71 wraz z przytoczoną tam literaturą.

¹¹ Ważność czynności prawnej oznacza w tym przypadku ogół przesłanek ważności czynności prawnej, z wyjątkiem zdolności i formy. Jednak gdy chodzi o zdolność testowania lub zdolność do dokonania innych rozrządzeń na wypadek śmierci, należy brać pod uwagę szczególne wymagania dotyczące zdolności wynikające ze statutu czynności prawnych *mortis causa*. Tak M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 299. Por. też A. Mączyński: *Kolizyjna...*, s. 76.

¹² Por. też A. Mączyński: *Kolizyjna...*, s. 76, który podkreśla wyodrębnienie ważności czynności prawnych na wypadek śmierci z zakresu zastosowania statutu spadkowego. Poszczególne systemy prawne rozmaicie odnoszą się do testamentów wspólnych i umów dotyczących dziedziczenia. Zob. szerzej J. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 667; Eadem: *Ku jednolitemu międzynarodowemu prawu spadkowemu*. „Rejent” 2005, nr 3, s. 12. Na temat testamentów wspólnych w prawie polskim zob. J. Biernat: *Testament wspólny „de lege ferenda”*. W: *50 lat Kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*. Red. P. Stec, M. Załucki. Warszawa 2015, s. 367 i nast.

¹³ M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 300.

¹⁴ Por. art. 27 rozporządzenia nr 650/2012. Artykuł 66 p.p.m. z 2011 r. przewidywał, że prawo właściwe dla formy testamentu i jego odwołania określa Konwencja dotycząca kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych, sporządzona w Hadze w dniu 5 października 1961 r. Ponadto prawo wskazane na podstawie art. 66 ust. 1 tej ustawy stosuje się odpowiednio do formy innych rozrządzeń na wypadek śmierci. Artykuł 66 został uchylony ustawą z dnia 24.07.2015 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy — Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1137), która weszła w życie 17 sierpnia 2015 r. Zob. też art. 35 p.p.m. z 1965 r.

Analiza poprzednio obowiązujących przepisów prawa kolizyjnego skłania do wniosku, że w polskim prawie prywatnym międzynarodowym, jeszcze przed wejściem w życie rozporządzenia spadkowego, przyjmowano zasadę jednolitości statutu spadkowego¹⁵. Świadczą o tym przepisy: art. 28 ust. 1 i art. 34 ustawy z dnia 2 sierpnia 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych¹⁶, art. 34 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe¹⁷ oraz art. 64 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe¹⁸. Jednak już na gruncie pierwszej polskiej ustawy kolizyjnej p.p.m. z 1926 r. wprowadzono regulacje, które pozwalały na rozszczępienie statutu spadkowego, były to mianowicie art. 30 ust. 1 i 2 oraz art. 31. W literaturze wskazano nawet, że art. 30 ust. 2 p.p.m. z 1926 r. stanowi pierwowzór dzisiejszego art. 30 rozporządzenia spadkowego¹⁹. W ustawie p.p.m. z 1965 r. zabrakło tego rodzaju regulacji, co było przedmiotem krytyki ze strony doktryny, zwłaszcza w kontekście obowiązujących w Polsce przepisów o dziedziczeniu gospodarstw rolnych, w sytuacji gdy spadkodawcą był cudzoziemiec, a statut spadkowy określało prawo ojczyście. Implikowało to konieczność wykładni obowiązujących w Polsce przepisów prawa prywatnego międzynarodowego i ich relacji do innych przepisów prawa wewnętrznego, w szczególności dotyczących dziedziczenia gospodarstw rolnych czy nabywania nieruchomości przez cudzoziemców. Przykładem niezbyt fortunnej wykładni jest w tym zakresie cytowana powszechnie w literaturze uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1969 r.²⁰, w której wskazano, że „Jeżeli w skład spadku po cudzoziemcu wchodzi gospodarstwo rolne położone w Polsce, to do dziedziczenia lub

¹⁵ M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 318.

¹⁶ Dz.U. nr 101, poz. 581.

¹⁷ Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm.

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 1792 ze zm. Skutkiem wejścia w życie rozporządzenia spadkowego jest m.in. uchylenie art. 64—66 p.p.m., które zawierały regulacje kolizyjnoprawne w sprawach spadkowych objętych obecnie rozporządzeniem nr 650/2012, oraz dodanie (w ich miejsce) art. 66a w brzmieniu: „Prawo właściwe dla spraw spadkowych określa rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz.Urz. UE L 201 z 27.07.2012, str. 107 z późn. zm.)”. Zgodnie z art. 9 pkt 4 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy — Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1137), art. 66a p.p.m. nie stosuje się do spadków otwartych przed dniem 17 sierpnia 2015 r. Do spadków otwartych w dniu lub po dniu 17 sierpnia 2015 r. wskazanie reguł, według których określa się prawo właściwe w sprawach spadkowych, następuje na podstawie przepisów rozporządzenia spadkowego.

¹⁹ Zob. szerzej M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 318 i nast.

²⁰ III CZP 23/69. OSNC 1970, z. 1, poz. 3.

zachowania prawa dziedziczenia tego gospodarstwa stosuje się szczególne przepisy o dziedziczeniu gospodarstw rolnych zawarte w tytule X księgi IV k.c. oraz art. LV—LXIV przepisów wprowadzających ten Kodeks — bez względu na obywatelstwo spadkodawcy i jego spadkobierców w chwili otwarcia spadku”. Uzasadnieniem zastosowania polskich przepisów była wówczas klauzula porządku publicznego (art. 6 p.p.m. z 1965 r.), w której poszukiwano uzasadnienia dla zastosowania ówczesnych restrykcji w zakresie dziedziczenia czy podziału gospodarstw rolnych położonych w Polsce²¹. Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r., w art. 8, przewiduje, że wskazanie prawa obcego nie wyłącza zastosowania tych przepisów prawa polskiego, z których treści lub celów w sposób niewątpliwy wynika, że regulują podlegający ocenie stosunek prawny, bez względu na to, jakiemu prawu on podlega. Stosując prawo właściwe, można uwzględnić przepisy bezwzględnie wiążące innego państwa, z którymi oceniany stosunek prawny jest ściśle związany, jeżeli przepisy te, według prawa tego państwa, stosuje się bez względu na to, jakiemu prawu ten stosunek podlega. Podczas rozstrzygania o uwzględnieniu tych przepisów należy mieć na uwadze ich naturę i cel oraz skutki, które zaistnieją z rezultacie ich uwzględnienia, oraz te, które wyniknęłyby w razie ich pominięcia.

W regulacji tej mowa jest o przepisach wymuszających swoje zastosowanie. Określa się je jako przepisy o szczególnym znaczeniu dla ochrony porządku publicznego państwa, które ze względu na swój cel lub charakter znajdują zastosowanie niezależnie od tego, jakiemu prawu podlega oceniany stosunek prawny²². Są to przepisy zawierające normy koniecznego zastosowania — normy merytoryczne, które w uregulowanym przez siebie zakresie wyłączają stosowanie wskazanego przez miarodajną normę kolizyjną prawa obcego. Podstawą tego wyłączenia jest niepisana, ukryta w treści przepisów wyrażających owe normy merytoryczne,

²¹ Zdaniem SN, „polskie szczególne przepisy o założeniach społeczno-gospodarczych dziedziczenia gospodarstw rolnych realizują podstawowe zasady naszego porządku prawnego w dziedzinie polityki rolnej Państwa i wyznaczają charakter jego ustroju, dlatego też skutki stosowania prawa obcego niesłużącego takim założeniom muszą być wyłączone w odniesieniu do gospodarstw rolnych, w każdym razie przez normę art. 6 pr. prywatnego międzynarodowego”. Por. J. Fabian: *Statut spadkowy w naszym prawie prywatnym międzynarodowym*. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 1968, z. 11, s. 806; J.S. Piątkowski: *Z zagadnień dziedziczenia gospodarstwa rolnego po cudzoziemcu*. PiP 1971, z. 12, s. 995 i nast. Zob. szerzej na ten temat: M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 319 i nast.; M. Mataczyński: *Przepisy ograniczające dziedziczenie na tle art. 30 rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe...*, s. 301 i nast.

²² Tak M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 316 wraz z licznie przywołaną tam literaturą dotyczącą tej problematyki. Zob. też M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, np. s. 44 i nast.

jednostronna norma kolizyjna, stanowiąca *lex specialis* w stosunku do miarodajnej dla danego typu sytuacji zupełnej normy kolizyjnej²³.

Rozporządzenie spadkowe określa po raz pierwszy w sposób wyraźny zakres statutu spadkowego. Ustawodawca europejski zaznaczył w nim, że prawu wskazanemu w art. 21 i 22 rozporządzenia podlega ogół spraw dotyczących spadku, między innymi przejście składników majątku, praw i obowiązków na spadkobierców oraz, w stosownych przypadkach, na zapisobierców, w tym warunki i skutki przyjęcia lub odrzucenia spadku bądź zapisu, odpowiedzialność za długi spadkowe. Następnie, w art. 23 rozporządzenia, ustawodawca wymienił szeroki, choć przykładowy zakres statutu spadkowego, przewidując, że prawu temu podlegają w szczególności: przyczyny, czas i miejsce otwarcia spadku; określenie beneficjentów, ich udziałów oraz obowiązków, które mógł nałożyć na nich zmarły, oraz ustalenie innych praw spadkowych, w tym praw spadkowych pozostającego przy życiu małżonka lub partnera; zdolność do dziedziczenia; przejście składników majątku, praw i obowiązków wchodzących w skład spadku na spadkobierców oraz, w stosownych przypadkach, na zapisobierców, w tym warunki i skutki przyjęcia lub odrzucenia spadku, lub zapisu; uprawnienia spadkobierców, wykonawców testamentów i innych zarządców spadku, głównie dotyczące sprzedaży składników majątku i zaspokojenia wierzycieli, bez uszczerbku dla uprawnień, o których mowa w art. 29 ust. 2 i 3 rozporządzenia; odpowiedzialność za długi spadkowe; rozrządzalna część spadku, udziały obowiązkowe oraz inne ograniczenia w rozrządzaniu na wypadek śmierci, a także roszczenia, jakie osoby bliskie zmarłego mogą zgłaszać wobec majątku spadkowego lub spadkobierców; obowiązek zwrotu lub zaliczenia darowizn i zapisów przy określaniu udziałów należnych różnym beneficjentom oraz dział spadku.

Z powyższego wyliczenia wynika, że statut spadkowy określa losy majątku spadkodawcy, należącego do spadku po nim, na wypadek jego śmierci. Precyzuje więc mechanizm przejścia tego majątku na beneficjariuszy spadkowych, w tym ich odpowiedzialność za zobowiązania spadkodawcy. Co istotne, zróżnicowanie w poszczególnych porządkach prawnych jest ogromne — od sukcesji uniwersalnej (zresztą niejednolitej), po konstrukcję administracji spadku (*administration of estate*) przyjętą w kręgu państw *common law*²⁴.

²³ A. Mączyński: *Nowelizacja przepisów szczególnych o dziedziczeniu gospodarstw rolnych a prawo prywatne międzynarodowe*. „Krakowskie Studia Prawnicze” 1986, T. 19, s. 119—120. Zob. też szczegółową analizę poszczególnych wypowiedzi doktryny na temat istoty przepisów wymuszających swoje zastosowanie, którą przeprowadził M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające...*, s. 43 i nast.

²⁴ J. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 697—698; na temat klasyfikacji porządków prawnych pod kątem koncepcji nabycia spadku zob. szerzej

Statut spadkowy, czyli prawo właściwe dla dziedziczenia, wskazuje co do zasady art. 21 rozporządzenia. Artykuł ten zawiera podstawową regułę kolizyjną, zgodnie z którą, o ile przepisy rozporządzenia nie stanowią inaczej, prawem właściwym dla ogółu spraw dotyczących spadku jest prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci²⁵. Dopiero wyjątkowo, gdy ze wszystkich okoliczności sprawy jasno wynika, że w chwili śmierci zmarły był w sposób oczywisty bliżej związany z państwem innym niż państwo, w którym w chwili śmierci miał miejsce zwykłego pobytu, prawem właściwym jest prawo tego innego państwa (tzw. reguła korekcyjna). Co istotne, dana reguła kolizyjna z art. 21 rozporządzenia znajdzie zastosowanie, o ile spadkodawca nie dokonał wyboru prawa (art. 22)²⁶. Rozporządzenie dopuszcza bowiem ograniczony wybór prawa, przewidując możliwość wyboru prawa państwa, którego spadkodawca obywatelstwo posiada w chwili dokonywania wyboru lub w chwili śmierci, jako prawa, któremu podlega ogół spraw dotyczących jego spadku²⁷.

E. Macierzyńska-Franaszczyk: *Odpowiedzialność za długi spadkowe*. Warszawa 2014, s. 82 i nast.; Eadem: *Prawo właściwe dla odpowiedzialności za długi spadkowe według rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe...*, s. 170 i nast.; zob. też M. Załucki: *Modele odpowiedzialności za długi spadkowe a prawo polskie. Ochrona dłużnika czy wierzyciela*. W: *50 lat Kodeksu cywilnego...*, s. 24 i nast.

²⁵ Na temat łączników stosowanych w sprawach spadkowych w prawie prywatnym międzynarodowym poszczególnych państw zob. szerzej: M. Pazdan: *Statut spadkowy w świetle rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe...*, s. 94—95.

²⁶ Na temat wyboru prawa w prawie prywatnym międzynarodowym zob. J. Jakubowski: *Wpływ zainteresowanych na właściwość prawa merytorycznego w prawie prywatnym międzynarodowym*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1967, z. 4, s. 82 i nast.; M. Pazdan: *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym — aktualne tendencje*. W: *Europeizacja prawa prywatnego*. T. 2. Red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar. Warszawa 2008, s. 141 i nast.; Idem: *Kolizyjnoprawny wybór prawa a inne przejawy autonomii woli w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Spory o własność intelektualną: Księga jubileuszowa dedykowana profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*. Red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc. Warszawa 2013, s. 781 i nast.; A. Wysocka-Bar: *Prawo właściwe...*, s. 907; J. Pazdan: *Wybór prawa w rozporządzeniu spadkowym*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe...*, s. 107 i nast.; A. Makowiec: *W kierunku harmonizacji prawa spadkowego w Unii Europejskiej: rozporządzenie (UE) nr 650*. „Roczniki Administracji i Prawa” 2013, nr 13, s. 446.

²⁷ Co do oceny przyjętego rozwiązania zob. A. Makowiec: *W kierunku harmonizacji...*, s. 446—447, która opowiada się za rozszerzeniem wyboru prawa na prawo miejsca zwykłego pobytu w chwili wyboru lub w chwili śmierci lub o prawo państwa, w którym spadkodawca posiada miejsce zamieszkania w chwili jego wyboru lub w chwili śmierci, czy też prawo, któremu podlega jego ustrój majątkowy małżeński. Odmienne M. Orecki: *Jurysdykcja, prawo właściwe oraz uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach spadkowych w świetle rozporządzenia (UE) nr 650/2012 z 4 lipca 2012 r.* „Przegląd Sądowy” 2013, nr 1, s. 80, pozytywnie oceniając regulację rozporządzenia.

Jak już wspomniano, rozporządzenie spadkowe opiera się na założeniu jednolitości statutu spadkowego, co oznacza, że rozczłonkowanie statutu spadkowego (*depeçage*) jest co do zasady niedopuszczalne²⁸. Zatem wyznaczonemu na podstawie tego rozporządzenia statutowi spadkowemu powinien podlegać ogół spraw dotyczących spadku oraz cały majątek spadkowy, bez względu na charakter składników tego majątku i niezależnie od tego, czy składniki majątku znajdują się w jednym państwie (motyw 37. preambuły). Jak się jednak okazuje, w praktyce pojawiają się liczne problemy na styku statutu spadkowego i rzeczowego²⁹. Statut spadkowy powinien mieć zastosowanie od chwili otwarcia spadku aż do chwili przeniesienia własności składników majątku spadkowego na beneficjentów (motyw 42.). Jednak już sama lektura zapisów preambuły rozporządzenia skłania do wniosku, że zasada jednolitości statutu spadkowego nie będzie w pełni realizowana. Jak wynika z motywu 15. preambuły, rozporządzenie powinno umożliwiać tworzenie lub przejście w drodze dziedziczenia prawa do nieruchomości lub rzeczy ruchomych, zgodnie z prawem właściwym dla dziedziczenia. Nie powinno jednak wpływać na zamknięty katalog (*numerus clausus*) praw rzeczowych znany w prawie krajowym niektórych państw członkowskich. Od państwa członkowskiego nie można wymagać, by uznało prawo rzeczowe nieznane w jego prawie, a odnoszące się do majątku znajdującego się w tym państwie członkowskim. I choć w rozporządzeniu przewidziano instytucję dostosowania praw rzeczowych (art. 31), nie rozwiązuje to jednak problemu nabycia prawa, przewidzianego wyłącznie w prawie właściwym dla dziedziczenia, nieznanego w prawie państwa miejsca położenia składnika objętego tym prawem. Kolejny problem pojawia się na gruncie wymogów dotyczących wpisu do rejestru prawa do nieruchomości lub rzeczy ruchomych, które, w myśl motywu 19. preambuły rozporządzenia, powinny być wyłącznie z zakresu stosowania niniejszego rozporządzenia³⁰. Prawo państwa członkowskiego, w którym prowadzony jest rejestr (w przypadku nieruchomości *lex rei sitae*), powinno określać warunki prawne i sposób dokonywania wpisu oraz organy, takie jak organy prowadzące księgi wieczyste lub notariusze, które są odpowiedzialne za sprawdzenie, czy spełnione są wszystkie wymogi, oraz czy przedstawiona lub sporządzona dokumentacja jest wystarczająca lub zawiera niezbędne informacje. W preambule dopuszczono również stosowanie szczególnych zasad dotyczących dziedziczenia niektórych dóbr (gruntów rolnych, przedsiębiorstw) wynikających z przepisów obowiązujących w państwie miejsca ich położenia, z zastrze-

²⁸ J. Górecki: *Rozgraniczenie statutu spadkowego i statutu rzeczowego na tle rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe...*, s. 191.

²⁹ Ibidem, wraz z przytoczoną tam literaturą.

³⁰ Zob. M. Matczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 286—287.

zeniem ścisłej interpretacji wyjątków w tym zakresie (motyw 54.)³¹. Także inne postanowienia preambuły mogą sugerować odstępstwa od zasady jednolitości statutu spadkowego. Są to motyw 58. dotyczący stosowania *ordre public* oraz motyw 44. odnoszący się do przenoszenia własności składników majątku spadkowego przez zarządcę spadku³².

3. Rozszczenie statutu spadkowego — uwagi na tle art. 30 i art. 35 rozporządzenia spadkowego

W literaturze odróżnia się pojęcie „kolizyjnoprawne rozszczenie sytuacji życiowej” od pojęcia „rozszczenie (rozcłonkowanie) statutu”. Wskazuje się, że z kolizyjnoprawnym rozszczeniem sytuacji życiowej mamy do czynienia zawsze wtedy, gdy w trakcie stosowania norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego ma miejsce przyporządkowanie poszczególnych elementów sytuacji życiowej (o którą chodzi) do zakresu zastosowania różnych norm kolizyjnych³³. Od tego należy odróżnić rozszczenie statutu, do którego czasem dochodzi (z różnych powodów) w obrębie określonego prawa właściwego dla jakiegoś zakresu. W obcym piśmiennictwie dla nazwania rozszczenia statutu używa się zaczerpniętych z języka francuskiego wyrażen *depeçage*³⁴, *renvoi*³⁵, czasem oznaczających także kolizyjnoprawne rozszczenie sytuacji życiowej. Rozszczenie statutu zachodzi wtedy, gdy w zakresie działania określonego statutu mają być zastosowane normy merytoryczne należące do dwóch (lub więcej) systemów prawnych³⁶.

³¹ J. Górecki: *Rozgraniczenie...*, s. 193; M. Mataczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 291; M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 330.

³² J. Górecki: *Rozgraniczenie...*, s. 193.

³³ M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 201.

³⁴ Termin ten, mający w potocznym języku francuskim pejoratywne zabarwienie, bywał zastępowany innymi wyrażeniami (np.: *coupure*, *scission*, *morcellement*, *disssection*), nie zawsze jednak używanymi w tak szerokim znaczeniu, o jakie nam tutaj chodzi. A.A. Ehrenzweig, E. Jayme (*Private International Law*. Vol. 3: *Obligations (Contracts, Torts)*). Leyden 1977, s. 9) używają terminu *compéçage*. Podają za: M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 201. W prawie niemieckim na określenie rozszczenia statutu spadkowego używa się francuskiego określenia *renvoi* lub niemieckiego terminu *die Nachlassspaltung*. Por. K. Lechner: *Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses...*, s. 25.

³⁵ Por. K. Lechner: *Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses...*, s. 25.

³⁶ M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 202 wraz z przytoczoną tam literaturą.

Co istotne, jednolitości statutu sprzyja przyznanie przez ustawodawcę — przy określaniu prawa właściwego dla danego zakresu — znaczenia, co do zasady, tylko jednemu i to odpowiednio dobranemu czynnikowi (probierzowi, kryterium) spełniającemu funkcję łącznika. Powinien być to czynnik wyrażający powiązanie z obszarem prawnym tylko jednego państwa, i to powiązanie, które pojawia się we wszystkich sytuacjach życiowych mieszczących się w zakresie zastosowania normy kolizyjnej określającej dany statut³⁷. Na gruncie rozporządzenia spadkowego takim kryterium jest miejsce zwykłego pobytu spadkodawcy (z chwili śmierci)³⁸. Zwykle jednak w dążeniu do osiągnięcia jednolitości określonego statutu wykorzystuje się także tzw. łączniki zapasowe, które znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy stan faktyczny, o jaki chodzi, nie jest powiązany z obszarem prawnym jakiegokolwiek państwa za pośrednictwem czynnika, któremu przyznano rolę łącznika pierwszoplanowego. Co jednak istotne, występowanie łączników „zapasowych” nie przełamuje zasady jednolitości statutu ani też jej nie zagraża. Nie ma znaczenia, czy ustawodawca przewidział jeden łącznik zapasowy, czy też większą ich liczbę, dochodzących do głosu kolejno po sobie³⁹.

Do rozszczępienia statutu spadkowego może prowadzić zastosowanie przepisu art. 30 rozporządzenia⁴⁰. Przepis ten dopuszcza do głosu *legis rei sitae* w odniesieniu do części szczególnych składników masy spadkowej, w tym nieruchomości oraz przedsiębiorstw⁴¹. Punktem wyjścia regulacji normatywnej art. 30 rozporządzenia spadkowego jest motyw 54. jego preambuły. Przewiduje on, że „ze względów ekonomicznych, rodzinnych lub społecznych niektóre nieruchomości, przedsiębiorstwa i inne szczególne kategorie składników majątku podlegają szczególnym uregulowaniom w państwie członkowskim, w którym się znajdują, nakładającym ograniczenia dotyczące dziedziczenia tych składników majątku lub wpływające na ich dziedziczenie. W niniejszym rozporządzeniu należy zapewnić stosowanie tych szczególnych uregulowań. Jednak ze względu na konieczność zachowania zgodności z ogólnym celem niniejszego rozporządzenia

³⁷ Ibidem, s. 203.

³⁸ Subokreślnik temporalny. Por. K. Lechner: *Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses...*, s. 18—20.

³⁹ M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 202. Za rozwiązaniami kaskadowymi opowiadał się T. Pajor: *Nowe tendencje w części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego państw europejskich*. „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1995, T. 18, s. 65.

⁴⁰ Zob. m.in. M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 316 i nast.; M. Mataczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 282 i nast.; A. Machnikowska, w: *Unijne rozporządzenie...*, s. 190 i nast.

⁴¹ M. Pazdan: *Opinia o zgodności projektu rozporządzenia z zasadą pomocniczości i proporcjonalności*. „Studia BAS” 2009, nr 118, s. 8.

ten wyjątek od stosowania prawa właściwego dla dziedziczenia należy interpretować ściśle. Zatem ani normy kolizyjne poddające nieruchomości przepisom prawa innego niż prawo właściwe dla majątku ruchomego, ani przepisy przewidujące udział obowiązkowy większy niż przewidziany prawem właściwym dla dziedziczenia na mocy niniejszego rozporządzenia nie mogą być uważane za szczególne uregulowania nakładające ograniczenia dotyczące dziedziczenia niektórych składników majątku lub wpływające na ich dziedziczenie”. Tym samym w art. 30 rozporządzenia spadkowego przewidziano, że w przypadku gdy prawo państwa, w którym znajdują się niektóre nieruchomości, niektóre przedsiębiorstwa lub inne szczególne kategorie składników majątku, zawiera szczególne przepisy nakładające z przyczyn ekonomicznych, rodzinnych lub społecznych ograniczenia dotyczące dziedziczenia, lub wpływające na dziedziczenie w odniesieniu do tych składników majątku, te szczególne przepisy mają zastosowanie do dziedziczenia w takim zakresie, w jakim na mocy prawa tego państwa mają one zastosowanie bez względu na prawo właściwe dla dziedziczenia. W doktrynie wskazano, że w art. 30 rozporządzenia jest mowa o przepisach wymuszających swoje zastosowanie o charakterze materialnoprawnym. Artykuł 30 rozporządzenia spadkowego nie obejmuje więc swoim zakresem norm kolizyjnych⁴². Świadczy o tym w szczególności art. 34 ust. 2, który wyłącza odesłanie w sytuacji określonej w art. 30 rozporządzenia⁴³. O charakterze przepisu — wymuszającego swoje zastosowanie — przesądza *lex situs*, lecz w praktyce jest to kwestia wykładni wchodzących w grę norm, gdyż wyjątek będzie stanowiła sytuacja, w której wymuszający charakter wynika z samego brzmienia danego przepisu⁴⁴. Zakres zastosowania art. 30 rozporządzenia obejmuje przepisy każdego państwa (a nie tylko państwa członkowskiego), na obszarze którego znajdują się określone kategorie dóbr (zob. art. 20). Co więcej, nie wyklucza także przepisów lokalnych obowiązujących na obszarach jednostek terytorialnych (dzielnic, kantonów, landów, stanów, republik) danego

⁴² Tak M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 329—330. W literaturze prezentowane jest jednak stanowisko, które mechanizm norm imperatywnych tłumaczy za pomocą koncepcji tzw. ukrytej normy kolizyjnej. W świetle tej koncepcji podstawą działania przepisów wymuszających swoje zastosowanie jest niepisana, ukryta w treści przepisów merytorycznych, jednostronna norma kolizyjna stanowiąca *lex specialis* w stosunku do miarodajnej dla danego typu sytuacji zupełnej normy kolizyjnej. Zob. M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające...*, s. 113—116; Idem: *Przepisy ograniczające...*, s. 297; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 433—469; M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 30, teza 3.

⁴³ Por. Lechner: *Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses...*, s. 25.

⁴⁴ Por. M. Mataczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 292.

państwa (art. 36)⁴⁵. W konstrukcji zastosowania norm merytorycznych *lex rei sitae* przewidzianej w art. 30 rozporządzenia widoczny jest powrót do zasady terytorializmu⁴⁶. Normy szczególne dotyczące dziedziczenia odnoszą się między innymi do kwestii dziedziczenia gospodarstw rolnych, które nadal funkcjonują na obszarze: Niemiec, Szwajcarii, Austrii, Belgii, Francji, Danii, Hiszpanii, Włoszech, Finlandii, Grecji i Luksemburga⁴⁷. Mogą też obejmować określone kategorie podmiotów (np. cudzoziemców — zob. art. 7 ust. 3 z dnia 23 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców⁴⁸, opiekunów, lekarzy, notariuszy, duchownych)⁴⁹. Istnieją też szczególne reguły dotyczące dziedziczenia: gospodarstw rodzinnych (Niemcy, Austria, Belgia, Dania, Hiszpania, Niderlandy, Finlandia, Grecja, Luksemburg), praw autorskich (Austria, Hiszpania, Francja), praw do mieszkań (Austria, Francja, Hiszpania, Niemcy) lub mieszkań rodzinnych (Irlandia), udziałów w spółkach (Niemcy, Austria, Grecja)⁵⁰. Szczególne przepisy, podlegające uwzględnieniu zgodnie z art. 30 rozporządzenia, stosuje się jako szczególny reżim materialnoprawny, mający pierwszeństwo przed postanowieniami statutu spadkowego, bez względu na to, czy ten ostatni podlega ustaleniu na podstawie łączników obiektywnych, czy w drodze wyboru⁵¹.

Zastosowanie norm merytorycznych *lex rei sitae* w odniesieniu do składników, o których mowa w art. 30 rozporządzenia, będzie odnosiło się do tych sytuacji, w których uzasadnieniem dla ich zastosowania będą względy ekonomiczne, rodzinne lub społeczne, a nawet polityczne. W doktrynie akcentuje się, że przepisy wymuszające swoje zastosowanie mają na celu ochronę interesu państwa, choć też pojawia się istotny kontekst ochrony jednostki⁵², na co wyraźnie wskazuje treść art. 30 rozporządzenia. W odniesieniu do gospodarstw rolnych i przedsiębiorstw podkreśla się czynniki ekonomiczne, jak ochrona wydajności gospodarstw

⁴⁵ A.M. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 330.

⁴⁶ M. Mataczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 297.

⁴⁷ J. Pazdan: *Ku jednolitemu...*, s. 13.

⁴⁸ Dz.U. 2016, poz. 1061 ze zm. Tak m.in. M. Margoński, który wskazuje, że do tej kategorii można, jako wymuszające swe zastosowanie, niezależnie od postanowień statutu spadkowego, wskazać obostrzenia dotyczące prawnospadkowego nabywania nieruchomości położonych w Polsce oraz udziałów lub akcji spółek handlowych będących właścicielami lub wieczystymi użytkownikami nieruchomości na terenie Polski. Zob. M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 30, teza 16.

⁴⁹ M. Mataczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 311, 313—314.

⁵⁰ J. Pazdan: *Ku jednolitemu...*, s. 11—13.

⁵¹ M. Mataczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 299; M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 30, teza 3.

⁵² Por. M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające...*, s. 45 i przytoczone tam wypowiedzi J. Skąpskiego i S. Sołtyńskiego.

rolnych i rodzinnych, rentowność przedsiębiorstw, czemu między innymi służą regulacje zapobiegające ich rozdrabnianiu czy preferujące dostęp pewnych rodzajów podmiotów do danego mienia. Inna grupa przepisów wymuszających swoje zastosowanie odwołuje się do racji społecznych — precyzując odrębne zasady dziedziczenia mieszkań⁵³, jak i zakazy rozrządzeń testamentowych na rzecz osób wykonujących określone funkcje, w tym notariuszy, duchownych, kleryków oraz pracowników opieki lub domów starości, w których przebywał spadkodawca⁵⁴. Do tej kategorii norm doktryna zakwalifikowała także przepisy unieważniające sukcesję danych dzieł sztuki i zabytków⁵⁵. Mieszany charakter mają natomiast restrykcje wobec nabywania nieruchomości przez cudzoziemców, łącznie z daleko idącymi zakazami (Polska, Szwajcaria)⁵⁶.

W prawie polskim jako przykład takich regulacji wskazuje się między innymi przepisy: art. 301 § 2, art. 691, art. 831 § 1 k.c.⁵⁷ oraz art. 172 § 3 k.c.⁵⁸, art. 16 § 3 ustawy z dnia 16 sierpnia 1982 r. — Prawo spółdzielcze⁵⁹, art. 56 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. — Prawo bankowe⁶⁰, art. 131 ust. 1 i art. 133 ust. 1 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych⁶¹. Przepisy te speł-

⁵³ Na przykład w obszarze dziedziczenia tzw. mieszkań rodzinnych *lex rei sitae* przyjmuje różne rozwiązania, chroniąc z reguły pozostałego przy życiu małżonka, przyznając mu zakres pewnych uprawnień (Austria, Belgia, Włochy), bądź ograniczając wolność dysponowania tym mieniem przez testatora (Holandia), czy przez zagwarantowanie prawa czasowego korzystania z mieszkania (Francja), a nawet przez realizację zasady automatycznego bycia spadkobiercą, niezależnie od ogólnego udziału małżonka w spadkobranii (Hiszpania, Szwecja). Podaję za: A. Machnikowska, w: *Unijne rozporządzenie...*, s. 196 wraz z przytoczoną tam literaturą.

⁵⁴ Ibidem. Odmienne M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 30, teza 20, który wskazuje jako przykłady niezasadnego zastosowania przepisu art. 30 rozporządzenia regulacje: art. 1002 k.c., § 14 niemieckiej ustawy o domach opieki (*Heimgesetz*), które zakazują przysporzeń majątkowych na rzecz instytucji prowadzących i pracowników domów opieki, w tym ograniczają zdolność do dziedziczenia testamentowego po podopiecznych, a także obowiązujące w rozmaitych systemach prawnych zbliżone obostrzenia w zakresie dziedziczenia przez lekarzy sprawujących opiekę nad spadkodawcą czy notariuszy.

⁵⁵ A. Jakubowski: *Własność zabytków i dzieł sztuki w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia węzłowe*. KPP 2006, z. 2, s. 415—416.

⁵⁶ A. Machnikowska, w: *Unijne rozporządzenie...*, s. 196.

⁵⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny. Tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 380 ze zm. [dalej: k.c.].

⁵⁸ Przepis ten został wprowadzony ustawą z dnia 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw. Dz.U. 2016, poz. 585.

⁵⁹ Tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 21 ze zm.

⁶⁰ Tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 128 ze zm.

⁶¹ Tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 291 ze zm.

nią kryterium „szczególnych przyczyn”, o których mowa w art. 30 rozporządzenia⁶². Poszukując wsparcia systemowego dla regulacji zawartej w art. 30 rozporządzenia, w doktrynie wskazano na rozwiązanie przyjęte w jego art. 1 ust. 2 lit. k i l, które wyłączają z zakresu spraw nim objętych kwestie charakteru praw rzeczowych oraz zasad ich wpisu do rejestru⁶³. Przywoływany jest także motyw 19., a nawet 18. i 68. preambuły rozporządzenia⁶⁴. Skutkiem zastosowania art. 30 może być konieczność zastosowania przez sąd państwa forum ustawodawstwa nawet kilku państw, jeżeli w każdym z nich znajdują się poszczególne składniki masy spadkowej podlegające szczególnym zasadom czy restrykcjom w odniesieniu do spadkobrania. Co istotne, przepisy imperatywne państwa forum będą stosowane, chociażby spadkodawca dokonał dopuszczalnego w świetle art. 22 rozporządzenia wyboru prawa⁶⁵.

Artykuł 30 rozporządzenia nie obejmuje natomiast swym zakresem ograniczeń dotyczących dziedziczności określonych praw lub zobowiązań. Ograniczenia te podlegają bowiem prawu właściwemu dla tych praw lub zobowiązań⁶⁶. Także przepisy ograniczające dziedziczenie ze względu na określone cechy beneficjentów spadkowych, np. zakazy lub ograniczenia dziedziczenia wpływające na zdolność dziedziczenia⁶⁷, nie są objęte zakresem art. 30. Celem art. 30 rozporządzenia jest bowiem wprowadzenie szczególnego reżimu dziedziczenia odrębnej części majątku spadkowego, a nie oddziaływanie na dziedziczenie jako takie⁶⁸.

⁶² A. Machnikowska, w: *Unijne rozporządzenie...*, s. 196.

⁶³ Ibidem, s. 195.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 331. Autorka ta wskazuje, że *lex causae* decyduje także o przynależności tych praw lub obowiązków do spadku, jak również o ich losach, gdy nie wchodzi do spadku. Dlatego do przytaczanego przez część doktryny przepisu art. 1002 k.c., jako przykładu przepisu wymuszającego swoje zastosowanie, nie może mieć zastosowania art. 30 rozporządzenia, gdyż o dopuszczalności dziedziczenia roszczenia o zachówek decyduje jako *lex causae* prawo właściwe do dziedziczenia po pierwszym spadkodawcy. Ibidem. Zob. też M. Matczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 307—311; M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 30, teza 18 i 19.

⁶⁷ Dotyczące np.: lekarzy, duchownych, świadków testamentu. Tak M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 331.

⁶⁸ M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające...*, s. 331 i nast. W tym ujęciu, jeżeli przepis merytoryczny państwa forum przewiduje odmienne skutki dziedziczenia ze względu na szczególne znaczenie określonej kategorii dóbr, to nawet w powiązaniu ich dziedziczenia z określonymi kategoriami osób (cudzoziemcy, duchowni *etc.*) można taki przepis uznać za wymuszający swoje zastosowanie i zastosować go na podstawie art. 30 rozporządzenia. Ibidem.

Kolejnym przykładem sytuacji prowadzącej do rozszczępienia statutu spadkowego może być zastosowanie w danej sprawie spadkowej art. 35 rozporządzenia. Przepis ten zawiera klauzulę *ordre public* (porządku publicznego), która może wyłączyć zastosowanie przepisów obcego prawa merytorycznego wskazanego jako właściwe dla statutu spadkowego, jeżeli będą one nie do pogodzenia z zasadami porządku publicznego państwa forum. Warunkiem zastosowania klauzuli porządku publicznego przez sąd (inny organ) państwa forum będzie posiadanie przezeń jurysdykcji w konkretnej sprawie spadkowej. Zastosowanie klauzuli porządku publicznego może prowadzić do rozszczępienia statutu w sytuacji, gdy w miejsce wyłączonego przepisu prawa merytorycznego wskazanego jako właściwe przez art. 21 lub art. 22 rozporządzenia wprowadzi się odpowiedni przepis *legis fori*. Należy jednak pamiętać, że nie zawsze wyłączenie przepisu prawa państwa obcego będzie pociągało konieczność zastąpienia go innym. Ponadto do *depeçage* nie dojdzie w sytuacji, gdy zastosowane zostanie wyłącznie prawo państwa forum bądź innego państwa jako prawo właściwe dla statutu spadkowego. Te sytuacje nie będą skutkowały rozszczępieniem statutu spadkowego, lecz zastosowaniem innego prawa jako właściwego dla ogółu spraw związanych z dziedziczeniem. Podobnie nie będzie można mówić o *depeçage* w sytuacji, gdy na skutek zastosowania klauzuli porządku publicznego poszukiwać się będzie innego posiłkowego łącznika, gdyż jego zastosowanie prowadzić będzie do wskazania jednolitego statutu spadkowego dla ogółu spraw spadkowych.

Rozważając możliwości zastosowania klauzuli porządku publicznego na gruncie rozporządzenia spadkowego, należy brać pod uwagę priorytetową zasadę równorzędności systemów prawnych. W literaturze trafnie wskazano, że z zasady tej wynika zakaz wartościowania rozwiązań przyjętych w różnych systemach prawnych⁶⁹. Zakazane jest uprzywilejowanie własnego prawa, a tym samym ograniczenie stosowania praw obcych⁷⁰. Celem klauzuli *ordre public* jest obrona przed trudnymi do zaakceptowania skutkami zastosowania obcego prawa⁷¹. Klauzula porządku publicznego zastosowana w art. 35 rozporządzenia spadkowego stanowi przykład blankietowego pojęcia porządku publicznego (prawnego). Nie przyjmuje

⁶⁹ J. Gołaczyński: *Prawo...*, s. 45—46.

⁷⁰ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2016 r., I CSK 64/15, <https://sip.lex.pl/#/orzeczenie/522131593/1/i-csk-64-15-postanowienie-sadu-najwyzszego> [Dostęp: 10.10.2016 r.].

⁷¹ J. Gołaczyński: *Prawo...*, s. 38—39. Jako przykład zastosowania klauzuli *ordre public* przywołuje się dyskryminujący charakter prawa wskazanego jako właściwe, szczególnie ze względu na religię czy płeć. Zob. K. Lechner: *Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses...*, s. 26.

natomiast bezwzględności charakteru *lex fori* dla określonego charakteru spraw. W tym zakresie ustawodawca unijny przyjął inne rozwiązanie niż *ordre public* — przez zastosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie (art. 30) — których celem raczej nie jest zabezpieczenie porządku publicznego, lecz interesów ekonomicznych, rodzinnych i społecznych. Wydaje się, że w art. 35 rozporządzenia nie chodzi o eliminację obcych przepisów, lecz skutków ich zastosowania, które z punktu widzenia porządku publicznego państwa forum byłyby szokujące, nie do przyjęcia. Zastosowanie klauzuli porządku publicznego powinno się więc ograniczać do tych wyjątkowych, rażących⁷² przypadków, w których zastosowanie wskazanego obcego prawa merytorycznego byłoby nie do pogodzenia z aktualnym porządkiem prawnym sądu państwa forum. Należy także przyjąć, że zastosowanie klauzuli porządku publicznego przez państwa członkowskie mogłoby się sprowadzać do sytuacji, w których prawo wskazane byłoby sprzeczne z międzynarodowym porządkiem publicznym, dla którego źródłem jest Powszechna deklaracja praw człowieka z 1948 r. czy Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie z Helsinek z 1975 r.⁷³, bądź unijnym porządkiem publicznym⁷⁴. Należy jednak wziąć pod uwagę, że jeśli prawem, przeciwko zastosowaniu którego miałyby zostać użyta klauzula porządku publicznego, jest prawo innego państwa członkowskiego stosującego rozporządzenie, to motyw 58. tego rozporządzenia nakłada na państwa członkowskie obowiązek sprawdzenia, czy zakwestionowanie danego rozwiązania przewidywanego przez prawo innego państwa członkowskiego stosującego rozporządzenie nie byłoby sprzeczne z Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej, w szczególności z jej art. 21 zakazującym wszelkich form dyskryminacji⁷⁵.

Zastosowanie klauzuli porządku publicznego w sprawach spadkowych powinno sprowadzać się do tych wyjątkowych sytuacji, w których właściwość obcego prawa merytorycznego stanowiłaby przejaw dyskryminacji ze względu na płeć, religię, urodzenie. Część doktryny proponuje odwoływać się do *ordre public* w przypadku związków partnerskich, małżeństw osób tej samej płci, konkubinatów, testamentów wspólnych,

⁷² Na ten przymiotnik wraca uwagę A. Wysocka-Bar, w: *Unijne rozporządzenie...*, s. 217.

⁷³ W literaturze neguje się też pojęcie międzynarodowego porządku publicznego, wskazując, że nie istnieje ono i nie będzie istnieć tak długo, jak długo w różnych częściach świata różne wartości będą miały przymiot fundamentalnych. Przymiotnik „międzynarodowy” oznacza więc raczej pewne wartości o charakterze podstawowym. Por. A. Wysocka-Bar, w: *Unijne rozporządzenie...*, s. 218.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (2007/C 303/01) z dnia 14 grudnia 2007 r. Dz.Urz. UE C nr 303, s. 1. Zwraca na to uwagę M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 30, teza 8.

umów dotyczących dziedziczenia, a nawet zabezpieczenia członków najbliższej rodziny (zachowku czy systemu rezerwy)⁷⁶. Należy jednak uznać, że brak podstaw do zastosowania klauzuli porządku publicznego w sprawach opartych na innym światopoglądzie, rozwiązaniu prawnym czy też odmiennych zasadach zabezpieczenia członków najbliższej rodziny (a nawet ich braku)⁷⁷. Kwestie te powinny być konsekwentnie wyłączone z zakresu zastosowania *ordre public*.

Okolicznością, która może sprzyjać rozszczepieniu statutu spadkowego, jest — przynajmniej *prima facie* — bezdziedziczność spadku (*bona vacantia*), (art. 33 rozporządzenia). W systemach prawa kontynentalnego problem spadków bezdziedzicznych rozwiązywany jest wedle dwóch modeli — przez ustanowienie państwa, w razie braku innych spadkobierców, spadkobiercą ustawowym⁷⁸ bądź przez przypisanie państwu (fiskusowi) praw zwierzchnich względem spadku bezdziedzicznego⁷⁹. Każdy model implikuje określone rozwiązania w sferze kolizyjnoprawnej. Model przejęcia przez państwo spadku bezdziedzicznego determinuje sposób jego traktowania w prawie międzynarodowym prywatnym. Systemy prawne, które przyjmują koncepcję dziedziczenia *bona vacantia* przez państwo, z reguły poddają skutki dziedziczenia statutowi spadkowemu, obejmując nim spadek bez względu na miejsce położenia jego składników⁸⁰. W syste-

⁷⁶ W niektórych systemach prawnych normy gwarantujące zachówek traktowane są jako normy *public policy*. Th.M. de Boer: *Unwelcome foreign law Public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community*. In: *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*. Eds. A. Malatesta, S. Bariatti, F. Pocar. Padova 2008, <http://dare.uva.nl/document/2/58767> [Dostęp: 11.10.2016 r.]. Kwestię tę analizuje M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 35, tezy 10—11 wraz z przywołaną tam literaturą.

⁷⁷ Odmienne E. Macierzyńska-Franaszczyk, która wskazuje, że art. 35 rozporządzenia mógłby znaleźć zastosowanie w sytuacji, gdy normy *legis successions* ustalonej według rozporządzenia spadkowego w ogóle nie przewidują roszczeń najbliższych członków rodziny spadkodawcy albo roszczenia te drastycznie ograniczają, w porównaniu z roszczeniami, które by im przysługiwały na mocy prawa państwa członkowskiego sądu, w szczególności gdy *lex fori* uznaje normy chroniące członków rodziny spadkodawcy za normy porządku publicznego. Zob. E. Macierzyńska-Franaszczyk: *Prawo właściwe dla odpowiedzialności za długi spadkowe według rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe...*, s. 185—186; Th.M. de Boer: *Unwelcome foreign law Public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community...* [Dostęp: 11.10.2016 r.].

⁷⁸ Zob. art. 923, art. 935 § 2 k.c., § 1936 sec. 1. BGB, art. 956 k.c. hiszpańskiego. Zob. szerzej E. Macierzyńska-Franaszczyk: *Prawo właściwe...*, s. 178 i nast.; A. Machnikowska, w: *Unijne rozporządzenie...*, s. 197—198.

⁷⁹ Taki model został przyjęty w prawie: austriackim, holenderskim, francuskim i angielskim. Por. E. Macierzyńska-Franaszczyk: *Prawo właściwe...*, s. 178.

⁸⁰ Ibidem, s. 179.

mach prawnych przyjmujących nabycie na podstawie praw zwierzchnich przejęcie spadku bezdziedzicznego podlega zazwyczaj prawu publicznemu, które przyznaje państwu prawo do zawłaszczenia spadku bezdziedzicznego znajdującego się na jego terytorium, zgodnie z zasadą *legi rei sitae*⁸¹. Czy opisane sytuacje mogą prowadzić do rozszczępienia statutu spadkowego? Zgodnie z art. 33 rozporządzenia, jeżeli na podstawie prawa właściwego dla dziedziczenia na mocy niniejszego rozporządzenia nie ma spadkobiercy ani zapisobiercy co do żadnych składników majątku na podstawie rozrządzenia na wypadek śmierci, ani osoby fizycznej powołanej do spadku na podstawie ustawy, stosowanie prawa tak ustalonego nie wyklucza uprawnienia państwa członkowskiego lub podmiotu wyznaczonego w tym celu przez to państwo członkowskie do przejęcia na mocy prawa tego państwa składników majątku spadkowego położonych na jego terytorium, pod warunkiem, że wierzyciele są uprawnieni do ubiegania się o zaspokojenie swoich roszczeń ze wszystkich składników majątku spadkowego. Artykuł 33 rozporządzenia wprowadza zatem element ochrony wierzycieli. W świetle tego przepisu uprawnienie państwa do zawłaszczenia spadku nie może być skuteczne względem uprawnień wierzycieli do zaspokojenia z całego majątku spadkowego. Oznacza to, że nie ma podstaw do przyjęcia, że na skutek „zawłaszczenia” spadku dochodzi do skutecznego względem wierzycieli rozszczępienia statutu spadkowego⁸². Zgodnie z art. 23 ust. 2 lit. g rozporządzenia, uprawnienia wierzycieli spadkowych objęte są zakresem statutu spadkowego i podlegają prawu wskazanemu przez rozporządzenie spadkowe, niezależnie od faktu „zawłaszczenia” części spadku przez inne państwo członkowskie. Wierzyciele spadkowi mogą więc dochodzić swoich roszczeń niepodzielnie z całego spadku na podstawie prawa ustalonego zgodnie z rozporządzeniem spadkowym. Stosowanie tego prawa przy wykonywaniu uprawnień przez wierzycieli nie stoi na przeszkodzie przejęciu składników spadku zgodnie z *legem rei sitae*. Oznacza to, że państwo członkowskie może wykonywać swoje uprawnienia względem przejętych składników spadku zgodnie ze swoim prawem, przy zastrzeżeniu pierwszeństwa roszczeń wierzycieli spadkowych⁸³. Nie mamy więc w tym przypadku do czynienia z klasycznym rozszczępieniem statutu spadkowego, choć w danej sprawie spadkowej będą *de facto* stosowane reżimy prawne różnych państw.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem, s. 182.

⁸³ Ibidem, s. 183. Zob. też M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 33 wraz z przywołaną tam literaturą.

4. Wnioski

Krótki czas obowiązywania rozporządzenia nr 650/2012 nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, czy i w jakim zakresie wprowadzona przez prawodawcę unijnego zasada jednolitości statutu spadkowego może być zrealizowana i jakie problemy mogą powstać w praktyce orzeczniczej. Zasygnalizowane w niniejszym artykule regulacje przepisów art. 30 i art. 35 oraz art. 33 rozporządzenia prowadzą do wniosku, że stosowanie wskazanego w rozporządzeniu prawa właściwego dla dziedziczenia może i będzie podlegać ograniczeniom wynikającym z obowiązujących regulacji kolizyjnych dotyczących przepisów wymuszających swoje zastosowanie oraz klauzuli porządku publicznego (*ordre public*)⁸⁴. Wartości, jakie te przepisy chronią, mogą wyjątkowo stanowić uzasadnienie dla odstępstwa od zasady jednolitego statutu spadkowego w międzynarodowym prawie spadkowym. Jednak przy wykładni analizowanych przepisów niezbędne jest ściśle interpretowanie wyjątków, a wręcz ich wąska wykładnia, i to zgodna z celem rozporządzenia spadkowego⁸⁵.

Największe wątpliwości interpretacyjne budzi regulacja art. 30 rozporządzenia. W szczególności w kontekście sformułowania użytego w tym przepisie: „W przypadku gdy prawo państwa, w którym znajdują się niektóre nieruchomości, niektóre przedsiębiorstwa lub inne szczególne kategorie składników majątku, zawiera szczególne przepisy nakładające z przyczyn ekonomicznych, rodzinnych lub społecznych ograniczenia dotyczące dziedziczenia lub wpływające na dziedziczenie w odniesieniu do tych składników majątku, te szczególne przepisy mają zastosowanie do dziedziczenia w takim zakresie, w jakim na mocy prawa tego państwa mają one zastosowanie bez względu na prawo właściwe dla dziedziczenia”. Te szczególne przepisy państwa *lex rei sitae*, które **na mocy prawa tego państwa** [podkr. K.A.D.] mają mieć zastosowanie do dziedziczenia, wprowadzają szczególny reżim materialnoprawny, mający pierwszeństwo przed postanowieniami statutu spadkowego, bez względu na to, czy ten ostatni podlega ustaleniu na podstawie łączników obiektywnych, czy w drodze wyboru prawa⁸⁶. Chodzi o przepisy merytoryczne państwa miejsca położenia poszczególnych składników spadku regulujące wprost daną sytuację życiową objętą zakresem art. 30 rozporządzenia — *legis*

⁸⁴ Por. K. Sznajder-Peroń: *Zagadnienia związane z pojmowaniem i stosowaniem prawa właściwego*. „Studia Prawa Prywatnego” 2014, nr 2.

⁸⁵ Por. E. Macierzyńska-Franaszczyk: *Prawo właściwe...*, s. 184 i nast.

⁸⁶ M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 30, teza 3; M. Matczyński: *Przepisy ograniczające...*, s. 299.

rei sitae, z których sformułowania lub celu wynika, że są przepisami wymuszającymi swoje zastosowanie⁸⁷. O ile wykładnia językowa nie naręcza wielu problemów, o tyle ustalenie *ratio legis* regulacji ustawowej nie zawsze jest łatwe. Warto więc przy wykładni i stosowaniu art. 30 rozporządzenia uwzględnić dorobek doktryny i judykatury wypracowany na gruncie analogicznych rozwiązań przyjętych w art. 9 rozporządzenia Rzym I⁸⁸ i art. 16 rozporządzenia Rzym II⁸⁹, w tym orzecznictwo TSUE dotyczące przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁹⁰.

Odwolanie się do klauzuli *ordre public* powinno ograniczać się do tych wyjątkowych sytuacji, gdyż zastosowanie prawa wskazanego przez normę kolizyjną w rozporządzeniu spadkowym byłoby szokujące, nie do pogodzenia z porządkiem publicznym państwa forum. Naruszenie krajowego porządku publicznego, które uzasadnia wyłączenie właściwego prawa obcego, powinno mieć charakter kwalifikowany i oczywisty (*manifestly incompatible with the public policy*)⁹¹. Owa oczywistość powinna odnosić się do szczególnej wagi naruszenia krajowego porządku publicznego, której intensywność musi być z punktu widzenia porządku prawnego państwa forum nie do zaakceptowania⁹². Warto podkreślić, że kompetencje Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie obejmują kontroli krajowych porządków publicznych, tj. podstaw stosowania klauzuli, ale rozciągają się na granice dopuszczalności powoływania się przez państwa członkowskie na własny porządek publiczny⁹³.

Nielatwa ocena charakteru prawnego i odpowiednia kwalifikacja przepisu prawa merytorycznego (jako wymuszającego swoje zastosowanie) czy konieczność zastosowania klauzuli porządku publicznego wyłączającej stosowanie tych regulacji obcego prawa merytorycznego, które są szokujące (nie do przyjęcia) z punktu widzenia prawa państwa forum, oraz w konsekwencji ewentualne zastosowanie praw merytorycznych

⁸⁷ Tak M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 30, teza 6.

⁸⁸ Rozporządzenie (WE) nr 593/2008 dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań umownych [Rzym I]. Dz.Urz. UE z dnia 17 czerwca 2008 r., L 177, s. 6 i nast.

⁸⁹ Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych [Rzym II]. Dz.Urz. UE z dnia 31 lipca 2007 r., L 199, s. 40 i nast.

⁹⁰ Ibidem. Zob. wyrok ETS z dnia 23 listopada 1999 r., C-369/96, w szczególności pkt. 51, 60, 80 w sprawie *Arblade*, <http://inicjatywa.eu/wp-content/uploads/2015/08/Wyrok-Trybuna%C5%82u-Arblade-i-in.-po%C5%82%C4%85czzone-C-369-96-C-376-96-z-dnia-23-listopada-1999-r..pdf> [Dostęp: 16.10.2016 r.].

⁹¹ M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 35 tezy 5 wraz z przywołaną tam literaturą.

⁹² Tak D. Looschelders, in: *Rom-Verordnungen*. Bd. 6. Hrsg. R. Hüßtege, H.P. Mansel. Baden-Baden 2015, art. 35 rozp. spad., nb 14.

⁹³ M. Margoński, w: *Rozporządzenie spadkowe...*, kom. do art. 35, teza 11.2. Zob. wyrok ETS przywołany w przyp. 90.

różnych państw w jednej sprawie spadkowej należeć będą ostatecznie do organu orzekającego w konkretnej sprawie spadkowej, z reguły sądu państwa forum. W procesie trwającej unifikacji norm kolizyjnych będą to kwestie o fundamentalnym znaczeniu. Nadmierne odwoływanie się przez sądy orzekające do przepisów wymuszających swoje zastosowanie czy stosowanie *ordre public* czyniłoby w efekcie dążenie prawodawcy unijnego do zachowania proklamowanej w rozporządzeniu zasady jednolitości statutu spadkowego praktycznie niemożliwym. Tym samym możliwość stosowania przewidywalnego i jednego prawa merytorycznego w danej sprawie spadkowej stanowi, na styku z klauzulą porządku publicznego oraz przepisami wymuszającymi swoje zastosowanie, newralgiczny punkt europejskiego kolizyjnego prawa spadkowego, a tym samym jedno z istotnych zagrożeń na drodze zmierzającej „ku jednolitemu europejskiemu prawu spadkowemu”.

Łukasz Chyla^{a)}

Obecna sytuacja arbitrażu korporacyjnego w prawie polskim

Abstract: In many countries in the world, corporate arbitration is considered as an effective way of solving the “corporate disputes”, in particular those regarding challenging of the shareholders’ resolutions. In Poland, as a result of faulty regulation of both art. 1157 and art. 1163 of Polish Code of Civil Procedure, the objective arbitrability of such disputes is highly questionable and therefore subject to numerous controversies in the legal doctrine. Attempts to find the answer to the question of the existence and potential scope of the arbitration in cases of appealing the resolutions of the meetings of the capital companies require an in-depth legal analysis, a thorough assessment of the material nature of corporate disputes and the general reconstruction of the terms of arbitrability. It is worth pointing out both the legal obstacles to the recognition of arbitrability of resolutions on the one hand, and on the other one, the systemic and functional arguments in favor of arbitration in this legal field (especially the controversial idea that the article 1163 of the CCP shall in fact serve as *lex specialis* in relation to the Article 1157 of the CCP).

Keywords: Intra-corpore disputes, corporate arbitration, objective arbitrability

1. Wprowadzenie

Wiele państw, rozpoznając prawidłowo najnowsze wyzwania prawa arbitrażowego, postanowiło w ostatnich latach nowelizować swoje prawo arbitrażowe, liberalizując tym samym kwestię zdadności arbitrażo-

^{a)} Mgr, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie.

wej sporów uchwałowych (i pozostałych sporów powstałych ze stosunku spółki)¹. Z państw, z których w głównej mierze wywodzi się nasz system prawny, Austria zdecydowała się na taki krok w 2012 r., natomiast Francja — w 2011 r. Z kolei w Niemczech w 2009 r. Trybunał Federalny wydał przełomowe orzeczenie *Zdatność arbitrażowa II*², które pchnęło dyskusję nad szeroko rozumianą zdatnością arbitrażową na nowe tory, otwierając drogę do przyznania sądom polubownym kognicji w sporach o zaskarżanie uchwał.

Najnowszych zmian na płaszczyźnie prawa arbitrażowego na przestrzeni ostatnich lat dokonały między innymi: Belgia, która reformowała swoje prawo w 2013 r., Singapur w 2012 r., Kolumbia w 2012 r., a także Hiszpania w 2011 r. Podobna tendencja dotyczy stałych sądów arbitrażowych, których regulaminy, w celu przystosowania do panujących realiów gospodarczych, również zostały poddane gruntownej rewizji. Wśród nich, w kolejności najbardziej znaczących, wymienia się przede wszystkim: Regulamin UNCITRAL (2010), a także regulaminy — Szwajcarskiej Izby Handlowej ICC (2012), Austriackiej Federalnej Izby Gospodarczej VIAC (2013), Międzynarodowego Centrum Arbitrażowego w Hongkongu HIACK (2013), Chińskiej Komisji Międzynarodowego Handlu CIETAC (2012) oraz Międzynarodowego Centrum Arbitrażu w Singapurze SIAC (2013).

Światowe trendy w zakresie arbitrażu korporacyjnego i sporów uchwałowych kierują się zasadą, że prawidłowo przeprowadzone postępowanie arbitrażowe oznacza deeskalację napięć i rozwiązywanie zaistniałych sporów w szybki, profesjonalny i sprawny sposób³.

Mimo licznych zalet (jak: szybkość, fachowość, tajność i pewność arbitrażu) związanych z poddaniem spraw z zakresu sporów o uchylenie lub nieważność uchwał pod jurysdykcję sądów arbitrażowych, na gruncie prawa polskiego w doktrynie wymienia się wiele przeszkód prawnych, które podają w wątpliwość kognicję sądów polubownych w sprawach dotyczących sporów uchwałowych.

¹ Analiza na podstawie: S.L. Brekoulakis: *On arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*. In: *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Eds. L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis. Austin—Boston—Chicago—New York—The Netherlands 2009; M. Orecki: *Polskie przepisy o sądzie polubownym (arbitrażowym) — uwagi „de lege ferenda”*. „Polski Proces Cywilny” [dalej: PPC] 2014, nr 2.

² S.L. Brekoulakis: *On arbitrability...*, s. 16.

³ A. Szumański: *Przeszkody prawne w przyjęciu kognicji sądów arbitrażowych w sporach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych (uwagi „de lege lata” oraz „de lege ferenda”)*. [Niepubl.], s. 5; K. Pörnbacher, A. Dolgorukow: *Zdatność arbitrażowa sporów korporacyjnych (o zaskarżanie uchwał) — perspektywa niemiecka*. „Przegląd Prawa Handlowego” [dalej: PPH] 2015, nr 10, s. 46.

Osią sporu jest abstrakcyjne kryterium zdatności arbitrażowej⁴ (*arbitrability*), mające swe źródło w treści art. 1157 k.p.c.⁵, który definiuje je, przyjmując równie nieostre pojęcie „zdatność ugodowa”⁶. Nie mniej wątpliwości wywołuje także nieprecyzyjna konstrukcja wskazanego art. 1157 k.p.c., niedająca jasnej odpowiedzi na pytanie, czy przytoczone kryterium zdatności ugodowej znajduje zastosowanie zarówno do sporów o prawa majątkowe i niemajątkowe, czy też, jak utrzymują niektórzy przedstawiciele doktryny, jedynie do sporów o prawa „niemajątkowe”. Ewentualne przyjęcie tej ostatniej koncepcji prowadzi do przesunięcia ciężaru rozważań nad zdatnością arbitrażową na analizę majątkowego charakteru samych sporów korporacyjnych.

2. Analiza prawnohistoryczna kształtowania zdatności arbitrażowej w Polsce

Rozważania nad polską tradycją regulowania zdatności arbitrażowej należy rozpocząć od art. 486 § 1 k.p.c. z 1930 r.⁷, który stanowił: „Strony w granicach swej zdolności do samodzielnego zobowiązywania się mogą zawrzeć umowę o oddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (zapis na sąd polubowny)”. Wskazywano przy tym na podobieństwo do art. 2959 francuskiego Code Civil: „wszystkie osoby mogą poddawać pod rozstrzygnięcie polubowne prawa, co do których przysługuje im swobodna dyspozycja”. Przepis ten, uchodzący wówczas za liberalny, nie funkcjonował jednak dostatecznie długo, by wypracować konkretne rozwiązania dla praktyki⁸.

Z kolei powojenny przepis art. 697 § 1 k.p.c., który obowiązywał w czasach poprzedzających reformę z 2005 r. (utracił bowiem moc z dniem 17 października 2005 r.), brzmiał następująco: „Strony w granicach zdol-

⁴ A. Szumański: *Zapis na sąd polubowny w sprawie zaskarżenia uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej*. W: *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*. Red. W. Czapliński. Warszawa 2006, s. 889 i nast.

⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego. Tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 101 z późn. zm.

⁶ A. Szumański: *Przeszkody prawne...*, s. 5.

⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. Kodeks postępowania cywilnego. Dz.U. 1930, nr 83, poz. 651.

⁸ A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, status prawny arbitrażu i arbitrów*. Warszawa 2011, s. 193.

ności do samodzielnego zobowiązywania się mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe, z wyjątkiem sporów o alimenty i ze stosunku pracy”.

Sformułowanie „w granicach zdolności do samodzielnego zobowiązywania się” stanowiło, według doktryny, wymaganie, aby strony były władne dysponować i swobodnie się zobowiązywać w zakresie spornego prawa majątkowego⁹. Przepis ten nie różnił się znacząco od ówczesnych przepisów europejskich¹⁰. Wprowadzał jednak wiele wątpliwości odnośnie do zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych¹¹, będąc przedmiotem licznych orzecznictwa.

Ważnym odzwierciedleniem zachodzących dziś kontrowersji była dyskusja¹², jaką wywołała kwestia zdatności arbitrażowej podczas prac nad nowelizacją k.p.c., ostatecznie zakończona ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego¹³. W toku prac Komisji Kodyfikacyjnej zgłoszono ostatecznie pięć projektów, z których na szczególną uwagę zasługują projekt z dnia 4 lipca 2003 r. oraz ostateczny projekt z dnia 8 listopada 2004 r., skierowany następnie do dalszych prac w Sejmie. Pierwszy z nich ustanawiał między innymi art. 1157 k.p.c. w następującym brzmieniu: „Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądownemu spory o prawa majątkowe, z wyjątkiem spraw o alimenty, a także spory o prawa niemajątkowe w zakresie, w jakim mogą być przedmiotem ugody”.

Propozycja ta ograniczała test zdatności ugodowej odnoszący się obecnie do wszelkiego rodzaju sporów jedynie do sporów niemajątkowych, co w praktyce przesądzałoby o zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych *in genere* jako sporów uważanych przez większość doktryny za majątkowe. Przepis ten, obok przepisu art. 1163 § 2 k.p.c. stanowiącego, że zapis na sąd polubowny zawarty w umowie spółki wiąże jej współników,

⁹ B. Dobrzański, w: B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Warszawa 1975, s. 1007 i nast.

¹⁰ A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż...*, s. 193.

¹¹ Por. M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu uchwał korporacyjnych do sądu polubownego — uwagi „de lege ferenda”*. „Przegląd Sądowy” 2012, nr 4, s. 23—24.

¹² A.W. Wiśniewski: *Rozstrzyganie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji zdatności arbitrażowej sporów*. W: *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*. Red. P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczo-but, A. Szumański, A. Tynel. Warszawa 2008, s. 269—271, a także W. Jurciewicz, C. Wiśniewski: *Zdatność arbitrażowa sporów korporacyjnych — perspektywa polska*. PPH 2015, nr 10, s. 5.

¹³ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego. Dz.U. 2005, nr 178, poz. 1478 weszła w życie dnia 17.10.2005 r., dodając do k.p.c. część piątą, dotyczącą sądownictwa polubownego.

wpisywał się w liberalne tendencje prawa niemieckiego oraz szwajcarskiego, które podobnie jak prawo francuskie czy austriackie najbardziej przystają do polskiego porządku arbitrażowego.

Drugi projekt, będący chronologicznie piątą i ostatnią propozycją, a zarazem ostatecznym projektem Komisji Kodyfikacyjnej, zrewidował postanowienia swoich poprzedników. W wyniku długotrwałej dyskusji w samej Komisji, dotyczącej problematyki rozszerzonej skuteczności wyroków uchylających uchwały organów właścicielskich spółek kapitałowych, zaproponowano art. 1157 k.p.c. w brzmieniu definitywnie rozszerzającym test zdatności ugodowej na spory o charakterze majątkowym: „Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądownie polubownemu spory, które mogą być przedmiotem ugody, z wyjątkiem sporów o alimenty”.

Co więcej, przeciwnicy liberalizacji przevorsowali art. 1157 § 2 k.p.c. ucinający wprost zaawansowaną debatę nad zdatnością arbitrażową sporów korporacyjnych. Przepisowi temu, zgodnie z projektem, nadano następujące brzmienie: „Nie można poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego żądania uchylenia lub stwierdzenia nieważności uchwał organów osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną”. Jak słusznie zauważył A.W. Wiśniewski, paragraf ten objął również uchwały organów menedżerskich, mimo braku rozszerzonej skuteczności wyroków sądów ich dotyczących¹⁴.

Projekt art. 1157 k.p.c., który w zaprezentowanym brzmieniu trafił do Sejmu, został w toku prac Podkomisji Nadzwyczajnej do nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego i ustawy — Prawo upadłościowe i naprawcze zmieniony przez — po pierwsze — usunięcie § 2 (w wyniku innego układu sił w Podkomisji), a po drugie — przez zmiany § 1. Ostateczne brzmienie przepisu regulującego kwestię zdatności arbitrażowej sporów, wprowadzone nowelizacją k.p.c. z 2005 r.¹⁵, pozostaje do tej pory bez zmian: „Jeśli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory niemajątkowe — mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty”.

¹⁴ O skutkach wyroku sądu powszechnego w kontekście organów menedżerskich w spółkach kapitałowych por. m.in. A. Opalski, S. Sołtysiński: *Zaskarżanie uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych*. PPH 2010, nr 11, s. 14—15, a także A. Sikorska-Lewandowska: *Sanckje wadliwych uchwał rad nadzorczych spółek kapitałowych i spółdzielni*. Toruń 2013, s. 372.

¹⁵ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego.

Na kanwie tej drogi legislacyjnej zarysował się ważny argument o charakterze historycznym¹⁶, którego zwolennicy wskazują przede wszystkim na intencję ustawodawcy, by jednoznacznie uregulować problem zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych. O ile bowiem oryginalna treść projektu art. 1157 k.p.c. wymagała przeprowadzenia testu zdatności ugodowej jedynie w stosunku do sporów o prawa niemajątkowe, o tyle następne zakładały kolejno bądź to całkowite wyabstrahowanie zdatności ugodowej od podziału praw na majątkowe i niemajątkowe, bądź też przeciwnie: wprowadzenie osobnego paragrafu wprost wykluczającego poddanie sporów uchwałowych pod rozstrzygnięcie sądów arbitrażowych.

Jako że przedmiot rzeczzonej kontrowersji został całkowicie pozostawiony analizie doktryny i judykatury, posłużyło to zwolennikom kognicji sądownictwa arbitrażowego za argument, że racjonalny ustawodawca, dostrzegając oczywisty problem stosunku art. 1157 k.p.c. do art. 1163 k.p.c., nie uregulował go. Tym samym, zdaniem niektórych komentatorów, miałby on pozostawić kwestię poddania pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wszelkiego rodzaju sporów korporacyjnych wyraźnej, gdyż zawartej w umowie spółki lub statucie, woli stron¹⁷.

Wiele wątpliwości¹⁸ i rozbieżności interpretacyjnych¹⁹ wywołuje przede wszystkim nieprecyzyjna konstrukcja wskazanego art. 1157 k.p.c., nie dająca jasnej odpowiedzi na pytanie, czy przytoczone kryterium zdatności ugodowej znajduje zastosowanie tylko do „sporów o prawa niemajątkowe”, czy także do sporów o charakterze „majątkowym”. Wadliwe sformułowanie wskazanego przepisu spotkało się ze stanowczą dezaprobatą doktryny²⁰. A. Szumański mówi tu wprost o „oportunizmie ustawodawcy”²¹, który zamiast rozstrzygnąć ważny (a co więcej — rozpoznany przez siebie) problem prawny, woli pozostawić decydujący głos doktrynie i judykaturze.

Z uwagi na tak niefortunną redakcję art. 1157 k.p.c. część doktryny²² wyraźnie opowiada się za stanowiskiem, że test zdatności ugado-

¹⁶ A. Szumański: *Przeszkody prawne...*, s. 4—5.

¹⁷ Zob. A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż...*, s. 278 i nast.

¹⁸ W. Wiśniewski, w: „System Prawa Handlowego”. T. 8: *Arbitraż handlowy*. Red. A. Szumański. Warszawa 2010, s. 287—288, nb. 24.

¹⁹ M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 26 oraz powołana tam literatura.

²⁰ A. Szumański: *Zapis na sąd polubowny...*, s. 890—892.

²¹ A. Szumański: *Przeszkody prawne...*, s. 5.

²² Tak np.: A. Zieliński: *Kodeks postępowania cywilnego*. T. 2: *Komentarz do art. 507—1217*. Warszawa 2006, s. 1359; *Mediacja i arbitraż*. Red. R. Morek. Warszawa 2006, s. 115, a także K.A. Piwowarczyk: *Umowa o arbitraż w świetle ustawy z 28.07.2005 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego*. „Prawo Spółek” 2006, nr 6, s. 51.

wej stosuje się wyłącznie do sporów niemajątkowych. Konsekwencją tak liberalnego podejścia miałyby być całkowite uniezależnienie sporów uchwałowych od kryterium zdatności ugodowej. Skoro bowiem spory korporacyjne mają zasadniczo charakter sporów o prawa majątkowe, problem zdatności ugodowej, a tym samym zdatności arbitrażowej, nie dotyczy powództw o uchylenie bądź stwierdzenie nieważności uchwały. Na poparcie tej tezy przytacza się argumenty natury czysto językowej i formalnej, jakoby lokalizacja myślnika w art. 1157 k.p.c. odnosiła się wyłącznie do sporów o prawa niemajątkowe, z wyłączeniem sporów o alimenty.

Zdaniem stanowiących zdecydowaną większość przeciwników tej tezy²³, jeśli wziąć pod uwagę, że po pierwsze, spory o alimenty są sporami o prawa majątkowe, a po drugie, požądane przez prawodawcę było ich wyłączenie spod kognicji sądów arbitrażowych, to staje się jasne, że kryterium zdatności ugodowej powinno być przypisane zarówno sporom o prawa majątkowe, jak i niemajątkowe²⁴. Objęcie obu rodzajów sporów jednolitym kryterium zdatności ugodowej znalazło też swoje odzwierciedlenie w judykaturze, w tym w orzecznictwie Sądu Najwyższego²⁵ (w szczególności w uzasadnieniu uchwały z dnia 7 maja 2009 r.²⁶).

3. Majątkowy charakter prawny sporów korporacyjnych

W kontekście omawianych wyżej wariantów zakresu oddziaływania testu zdatności ugodowej istotna i wciąż dyskusyjna jest kwestia charakteru prawnego sporów korporacyjnych (w tym uchwałowych), a konkretnie — konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy spory te zaliczyć należy do sporów o prawa majątkowe, czy niemajątkowe.

Przedwojenna doktryna prawa handlowego rozróżniała prawa korporacyjne (prawo do udziału w zgromadzeniu, uprawnienia informacyjne itp.) oraz prawa majątkowe (prawo poboru, prawo do dywidendy itp.), określając jednocześnie te pierwsze mianem praw niemajątkowych²⁷. Współczesna doktryna prawa handlowego w większości uważa natomiast, że wszelkie spory dotyczące uchwał zgromadzeń mają charakter

²³ M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 26 i powołana tam literatura.

²⁴ A.W. Wiśniewski: *Rozstrzyganie sporów...*, s. 271.

²⁵ M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 26 i powołane tam orzecznictwo.

²⁶ Uchwała SN z dnia 7 maja 2009 r., sygn. III CZP 13/09. OSNC 2010/1/9.

²⁷ A. Szumański: *Przeszkody prawne...*, s. 5.

majątkowy²⁸. Wynikać to ma między innymi z analizy funkcji i celu gospodarczego stosunków handlowych²⁹.

Zagadnienie to podnoszono wielokrotnie w kontekście omawianego już (a zastąpionego nowelizacją z 2005 r.) przepisu art. 697 § 1 k.p.c., który obok zdolności do samodzielnego zobowiązywania się (rozumianej *nota bene* liberalniej niż zdatność ugodowa), uzależniał zdatność arbitrażową od charakteru sporu: „W granicach zdolności do samodzielnego zobowiązywania się strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe, z wyjątkiem sporów o alimenty i ze stosunku pracy”.

Zatem by zdeterminować charakter prawny sporu korporacyjnego, należy w pierwszej kolejności zastanowić się, czy skarżona uchwała dotyczy praw *stricto* majątkowych, czy jedynie tych o charakterze czysto organizacyjnym (jak np. kwestie personalne i kadrowe w spółce)³⁰. Niektórzy komentatorzy uznają je za prawa o charakterze niemajątkowym³¹. Inni przedstawiciele doktryny uważają z kolei, że spory ze stosunku spółki są co do zasady sporami o prawa majątkowe, prawa korporacyjne zaś służą ich urzeczywistnieniu³².

Zdaniem A. Szumańskiego, prawa korporacyjne nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu w oderwaniu od praw majątkowych³³. M. Tomaszewski w tym kontekście³⁴ zwraca uwagę na znaczące różnice poglądów w tej materii w rozstrzygnięciach samego sądownictwa polubownego (władnego *nota bene* rozstrzygać o swej kognicji zgodnie z zasadą *Competence-Competence*)³⁵.

Również sądownictwo powszechne wyartykułowało wskazane rozbieżności w swoim dorobku, czego najlepszym przykładem jest bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego³⁶. *Summa summarum* doszedł on kilkakrotnie do wniosku, że charakter sprawy dotyczącej uchwał zgromadzeń

²⁸ S. Sołtysiński, w: S. Sołtysiński, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych*. T. 3: *Komentarz do artykułów 301—458*. Warszawa 2008, s. 244—245.

²⁹ W. Jurcewicz, C. Wiśniewski: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 5.

³⁰ Por. M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 23; E. Marszałkowska-Krześ: *Zaskarżenie uchwały wspólników do sądu polubownego*. PPH 1998, nr 3, s. 37.

³¹ I. Weiss, A. Szumański, w: W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss: *Prawo spółek*. Warszawa 2014, s. 370 i nast., nb. 964 i nast.

³² Por. M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 23; A. Szumański, w: *Prawo spółek*. Red. S. Włodyka. Kraków 1981, s. 148; A.W. Wiśniewski: *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*. T. 3: *Spółka akcyjna*. Warszawa 1993, s. 122—124.

³³ I. Weiss, A. Szumański, w: W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss: *Prawo spółek...*, s. 634—635.

³⁴ M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 24.

³⁵ Oznaczająca, że arbitrzy sami są władni ocenić własną kompetencję do orzekania danego sporu.

³⁶ M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 24.

należy ocenić *in casu*, zależy on bowiem od jej przedmiotu i treści i tym samym powinien podlegać indywidualnemu zbadaniu³⁷.

Biorąc jednak pod uwagę względy czysto funkcjonalne³⁸, a także naturę spółek kapitałowych, trafne dla większości doktryny wydaje się stwierdzenie, że spory uchwalowe mają zasadniczo charakter majątkowy. Różnicowanie w obrębie tej grupy doprowadziłoby bowiem do niebezpiecznej z punktu widzenia stabilności obrotu prawnego konstatacji, że (abstrahując od kryterium ugodowości sporu) niektóre uchwały mogłyby być skarżone do sądu powszechnego, a niektóre bezpośrednio do sądu polubownego, co nie jest rozwiązaniem celowościowo trafnym.

4. Kryterium zdatności ugodowej w kontekście sporów uchwalowych

Przytoczona analiza przesuwaa ostatecznie ciężar odpowiedzi na pytanie o zdatność arbitrażową sporów uchwalowych w kierunku zdatności ugodowej tych sporów. Sformułowanie jednoznacznej tezy w tym zakresie nie jest zadaniem prostym, w szczególności z uwagi na nieostre określenie zdatności ugodowej w prawie polskim. Złożona prawnie struktura spółki kapitałowej³⁹ potęguje skomplikowanie tej kwestii. Nie mamy tu bowiem do czynienia ze zwykłą sytuacją, w której dwie strony stosunku prawnego dysponują wzajemnymi uprawnieniami, ale z wieloma podmiotami (zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie podejmujące sporną uchwałę, wspólnicy lub akcjonariusze wytaczający powództwo przeciwko spółce oraz spółka reprezentowana najczęściej przez zarząd), których możliwość zawarcia ugody określonej treści jest tym samym kontrowersyjna⁴⁰.

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem, „zdatność ugodowa oznacza możliwość zawarcia ugody w sprawie, w której przedmiotem postępowania jest stosunek prawny, w zakresie którego istnieje, w świetle pra-

³⁷ T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy*. Warszawa 2008, s. 119; M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 24, a także W. Jurcewicz, C. Wiśniewski: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 5.

³⁸ W. Jurcewicz, C. Wiśniewski: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 6—9.

³⁹ A. Szumański: *Zapis na sąd polubowny...*, s. 893—895.

⁴⁰ G. Suliński: *Zdolność ugodowa sporów o zaskarżanie uchwał spółek kapitałowych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2014, nr 3; W. Jurcewicz, C. Wiśniewski: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 5 i nast.

wa materialnego, możliwość samodzielnego dysponowania przez strony prawami lub roszczeniami (wynikającymi z tego stosunku)⁴¹. Zdaniem części przedstawicieli doktryny, zdatność ugodowa zupełnie „nie przystaje” do sporów uchwałowych, na poparcie czego wskazuje się na ogólną dysharmonię⁴² reżimów k.p.c. oraz k.s.h.⁴³ Przytacza się zatem wiele argumentów krytycznych wobec przyznania jej tym sporom, z których do głównych przyczyn braku zdatności arbitrażowej sporów uchwałowych zalicza się powszechnie dwie zasadnicze kwestie⁴⁴.

Pierwsza z nich dotyczy odmowy przyznania im zdatności ugodowej (*sensu stricto*) przez wzgląd na okoliczność, że stronom sporu rzekomo brakuje kompetencji do autonomicznego rozporządzania i dysponowania przedmiotem sporu. Druga kwestia dotyczy problematyki skutków wpływu orzeczenia arbitrażowego na sytuację prawną osób trzecich z uwagi na brak rozszerzonej skuteczności orzeczenia w przypadku, gdy doprowadza ono do upadku uchwały (bądź to w wyniku jej uchylenia, bądź też stwierdzenia jej nieważności). Według wielu przedstawicieli doktryny, również ona wpływa, choć pośrednio, na negatywną ocenę zdatności ugodowej sporów uchwałowych, jako że samo posiadanie kompetencji do samodzielnego dysponowania przedmiotem sporu może nie być wystarczające, jeżeli nie nosi znamion rozszerzonej rzeczy powagi osądzonej.

Jeśli zaś chodzi o zdatność ugodową, to po pierwsze, wskazuje się, że roszczenie do zaskarżania uchwały jest prawem wykonywanym w interesie porządku prawnego i porządku publicznego, a nie uprawnieniem przysługującym jednostce jako „własne”⁴⁵ roszczenie, którym można swobodnie dysponować i rozporządzać. Koncepcja ta, dotycząca specjalnej natury i specyfiki sporów uchwałowych, została już wyrażona w dwudziestoleciu międzywojennym⁴⁶. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w ocenie dzisiejszych krytyków zdatności ugodowej tych sporów, którzy negują możliwość uczynienia przedmiotem ugody kwestii zgodności uchwały z bezwzględnie obowiązującym prawem czy też sądowej interpretacji przepisu ustawy, które sporna uchwała narusza⁴⁷.

Po drugie, swoista natura sporu uchwałowego, a także specyfika konfiguracji podmiotowej tych sporów wywołuje wiele zasadnych zastrzeżeń.

⁴¹ T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd...*, s. 119.

⁴² Tak m.in. M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 28.

⁴³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych. Tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 1578 z późn. zm.

⁴⁴ R. Kos: *Zdatność arbitrażowa sporów o ważność uchwał spółek kapitałowych*. PPH 2014, nr 3, s. 29.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ A. Jackowski: *Sprawy o unieważnienie uchwał zgromadzeń w spółkach kapitałowych a sąd polubowny*. PPC 1937, nr 11—12, s. 359.

⁴⁷ R. Kos: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 31.

W przypadku uchwał inne osoby biorą udział w ich podjęciu (wspólnicy, akcjonariusze), a inne występują w charakterze stron procesu mającego ocenić ich zgodność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa bądź też innymi normami (spółka reprezentowana przez zarząd, radę nadzorczą lub pełnomocnika). Z kolei według przedstawicieli części doktryny, sama spółka nie może być uważana za związaną zapisem na sąd polubowny stroną umowy (statutu) spółki, ponieważ w ogóle nie może być stroną spółki. Nie mogłaby tym samym czynić żadnych ustępstw w zakresie treści stosunku prawnego spółki⁴⁸, a wspólnikowi nie przysługiwałaby odpowiednia kompetencja do układania się z pozwaną spółką.

Po trzecie, by pozbawić mocy uchwałę korporacyjną, należy to uczynić albo przez zaskarżenie jej do sądu powszechnego, w celu uzyskania prawomocnego wyroku ją uchylającego bądź stwierdzającego jej nieważność, albo przez podjęcie nowej uchwały uchylającej tę pierwszą. Miałby tego dokonać ten sam organ, który podjął uchwałę pierwotną, będącą przedmiotem kontrowersji. Autorzy twierdzą jednak, że uchwały te nie mogą być zmienione, uchylone ani unieważnione w drodze umowy lub ugody przed sądem polubownym, gdyż żadne porozumienie między stronami nie może uzdrawiać wad i braków wynikłych ze sprzeczności czynności z prawem⁴⁹. Zdaniem przedstawicieli części doktryny, sam ten argument kończy dalsze rozważania nad zdatnością ugodową tych sporów.

Pomimo tych argumentów, poszczególni komentatorzy starają się uzasadnić przyznanie zdatności arbitrażowej sporom uchwałowym, wskazując na potencjalnie możliwe sytuacje przypisania im zdatności ugodowej. Według nich, nie jest wykluczone, że w zamian za pewne ustępstwa lub świadczenia wspólnik bądź akcjonariusz zgodzi się zrezygnować z popierania wniesionego powództwa⁵⁰. Niektórzy zwolennicy zdatności arbitrażowej postulują z kolei całkowitą zmianę dyskursu nad kwestią zdatności ugodowej⁵¹. Zwraca się także uwagę na to, że sama kwestia dopuszczalności (lub niedopuszczalności) zawarcia ugody o określonej treści nie powinna być utożsamiana z kryterium zdatności ugodowej sporów o uchylene lub stwierdzenie nieważności uchwały. Tym samym ogólne kryterium zdatności ugodowej miałyby się odnosić do danej kategorii sporów, a nie do indywidualnej i konkretnej sytuacji faktycznej sporu⁵².

A.W. Wiśniewski proponuje odróżnienie problematyki potencjalnej zdatności ugodowej danej kategorii sporów od konkretnej klauzuli arbi-

⁴⁸ Ibidem, s. 29.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ W. Jurcewicz, C. Wiśniewski: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 6.

⁵¹ Ibidem, s. 7.

⁵² A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż...*, s. 275; T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd...*, s. 119.

trażowej, której możliwość realizacji (a tym samym zdatność ugodową) należy oceniać *ex ante* w konkretnym sporze, a w razie potrzeby poddać kontroli sądowej na poziomie *ex post*⁵³. Wymieniony autor opowiada się zatem za generalnym przyznaniem zdatności ugodowej, a zarazem arbitrażowej sporom uchwałowym *in abstracto*. Twierdzi, że zdatność arbitrażowa konkretnego sporu powinna być oceniana *in concreto*, czego efektem byłoby przyznanie lub odmowa przyznania danym sporom zdatności arbitrażowej w stadiach postarbitrażowych, tj. w ramach kontroli wyroku przez sąd powszechny z uwagi na zgodność z klauzulą porządku publicznego⁵⁴.

R. Kos wskazuje z kolei, że nie można odmawiać przyznania sporom uchwałowym przymiotu ugodowości tylko przez wzgląd na rozstrzygnięcie dotyczące nieważnej uchwały bądź nawet znacząco zawyżone prawdopodobieństwo uzyskania wadliwej prawnie ugody (choćaby przez skomplikowaną wielopodmiotową konfigurację w tych sporach)⁵⁵. W opinii tego autora, dopuszczalność i możliwość zawarcia ugody powinny być rozpatrywane *in abstracto*, a kontrola sądu powszechnego nie ma *ex post* żadnego wpływu na ocenę zdatności arbitrażowej *ex ante*. Zwolennicy zdatności ugodowej nie zgadzają się też ze stwierdzeniem, że przedmiotem ugody nie można uczynić zgodności uchwały z normami imperatywnymi. Ich zdaniem, prowadziło to do absurdalnego wniosku, że przedmiotem kognicji sądów polubownych nie mogą być żadne spory dotyczące naruszenia przepisów imperatywnych (bezwzględnie obowiązujących)⁵⁶, co potwierdził Sąd Najwyższy⁵⁷.

Na poparcie tezy o zdatności ugodowej, a tym samym arbitrażowej sporów uchwałowych przytacza się wiele rozmaitych orzeczeń⁵⁸. Jak wskazuje R. Kos, ocena zdatności arbitrażowej powinna być dokonywana w odniesieniu do „kategorii prawa lub kategorii stosunku prawnego, a nie pewnych roszczeń czy innych częściowych uprawnień”, czego wyrazem są postanowienie Sądu Apelacyjnego⁵⁹ oraz uchwała Sądu Najwyższego⁶⁰ podjęta w związku z przedstawieniem tej kwestii do rozstrzygnięcia jako zagadnienia budzącego poważne wątpliwości (w trybie art. 390 k.p.c.).

⁵³ A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż...*, s. 276.

⁵⁴ Ibidem, s. 239—240.

⁵⁵ R. Kos: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 31.

⁵⁶ Ibidem; A.W. Wiśniewski: *Międzynarodowy arbitraż...*, s. 240.

⁵⁷ Postanowienie SN dnia 21.05.2010 r., II CSK 670/09, <http://arbitraz.laszczuk.pl/orzecznictwo> (337).

⁵⁸ R. Kos: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 31.

⁵⁹ Postanowienie SA w Gdańsku z dnia 29.03.2010 r., ACz 277/10, <http://arbitraz.laszczuk.pl/orzecznictwo> (344).

⁶⁰ Uchwała SN z dnia 23.09.2010 r., III CZP 57/10, <http://arbitraz.laszczuk.pl/orzecznictwo> (340).

Według powołanego autora, u podstaw dopuszczalności poddania sporu pod kognicję sądów polubownych leżą stosunki prawne określone w sposób abstrakcyjny, będące przedmiotem umowy o arbitraż, co potwierdza postanowienie Sądu Najwyższego⁶¹.

Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, prowadzi to do wniosku jakoby chodziło o czysto hipotetyczną ewentualność zakończenia wynikłego sporu przez zawarcie ugody⁶², a więc *de facto* o to, czy zakończenie sporu w ten sposób może leżeć w gestii stron (przy założeniu, że działają one zgodnie). Nie miałby zatem wpływu na zdolność ugodową fakt, czy uгода o danej treści narusza prawo i spełnia przesłankę wzajemnych ustępstw z art. 917 k.c.⁶³, ponieważ dopuszczalność zawarcia ugody zgodnie z treścią art. 917 k.c. nie jest znaczeniowo tożsama z pojęciem zdatności arbitrażowej, o której mowa w art. 1157 k.p.c.⁶⁴ Treść konkretnej ugody, a także kryterium wzajemnych ustępstw podlegają co prawda analizie z punktu widzenia dopuszczalności zawarcia takiej ugody, jednak test taki dokonywany jest jedynie *ex post* i nie wpływa na pierwotną zdadność ugodową danego sporu.

Zwolennicy zdadności ugodowej rzeczonych sporów wskazują także na obecną w prawie autonomię stron w dowolnym kształtowaniu stosunku prawnego. Argumentuje się, że państwo decyduje się zachować monopol jurysdykcyjny w dwóch przypadkach — wtedy, gdy jedna ze stron jest znacząco słabsza i zagrożona jest symetria stron w postępowaniu polubownym, lub gdy osiągnięcie skutków prawnych nie jest w ogóle możliwe na drodze umowy stron ani też wyroku sądu polubownego umocowanego do tego wola stron.

Pierwsza z wymienionych sytuacji nie może mieć miejsca, ponieważ ustawodawca wskazuje *expressis verbis* na brak zdolności ugodowej niektórych rodzajów sporów (np. w art. 477 k.p.c.¹² dotyczących postępowania w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych), uznając właśnie, że asymetryczna pozycja stron wymaga przyznania słabszej z nich wzmocnionej ochrony⁶⁵. Nie czyni tego jednak w odniesieniu do sporów uchwałowych, co prowadzi do konstatacji, że racjonalny ustawodawca nie pozostawiłby luki w tak ważnej sprawie jak zdadność arbitrażowa spo-

⁶¹ Postanowienie SN z dnia 18.06.2010 r., V CSK 434/09, <http://arbitraz.laszczuk.pl/orzecznictwo> (338).

⁶² R. Kos: *Zdadność arbitrażowa...*, s. 32; A. Wolak-Danecka: *Rozstrzyganie sporów przez sąd polubowny — próba ujęcia zdadności arbitrażowej*. „Rejent” 2013, nr 4, s. 131.

⁶³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny. Tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 380 z późn. zm.

⁶⁴ Postanowienie SN dnia 21.05.2010 r., II CSK 670/09; R. Kos: *Zdadność arbitrażowa...*, s. 32.

⁶⁵ W. Jurcewicz, C. Wiśniewski: *Zdadność arbitrażowa...*, s. 273.

rów uchwałowych, a co za tym idzie, opowiedział się, choć nie wprost, za pozostawieniem tej kwestii zgodnej woli stron.

Odnosnie do drugiego przypadku (braku możliwości sanowania stanu sprzecznego z prawem umową stron), zdaniem Sądu Najwyższego, zdatność arbitrażowa cechuje wszelkie spory o prawa z każdego stosunku prawnego, jeżeli tylko strony mogą (teoretycznie) tymi prawami dysponować⁶⁶. Zdaniem R. Kosa, należy więc odpowiedzieć na pytanie, czy w gestii stron stosunku prawnego leży kompetencja do swobodnego dysponowania przedmiotem sporu o ważność uchwały, przy czym chodzi tu o kompetencję stron stosunku podstawowego (stron objętych zapisem), a nie stron procesu przed sądem arbitrażowym. Jak argumentuje jurysta, zdatność ugodowa i arbitrażowa powinna być zatem zupełnie wyabstrahowana zarówno w konkretnej konfiguracji podmiotowej, wynikłej z zaistnienia sporu między skonkretyzowanymi stronami, jak i w poszczególnych żądaniach kierowanych pod adresem pozwanej spółki.

Zgodnie z poglądem przedstawionym na ten temat przez R. Kosa, by odeprzeć podstawowy argument odmawiający zdatności ugodowej sporem uchwałowym, wystarczy wykazać kompetencję stron stosunku podstawowego do dysponowania przedmiotem sporu, tzn. ważnością podjętej uchwały. Zdaniem komentatora, abstrakcyjna ocena tej kompetencji powinna dotyczyć tylko i wyłącznie hipotetycznej możliwości dysponowania przedmiotem sporu przez wszystkich współników (akcjonariuszy). Oznaczałoby to, że bez względu na skomplikowany układ podmiotowy i konfigurację pozycji współników (akcjonariuszy) w spółce wskazanie potencjalnego tylko sposobu ugodowego rozwiązania określonej kwestii spornej przez strony dowodzi istnienia zdatności ugodowej i arbitrażowej danej kategorii sporów uchwałowych.

Zachodzi wątpliwość, czy zgodna wola po stronie współników (akcjonariuszy) wystarczy do unieważnienia uchwały niezgodnej z prawem. Autor, rozwiewając tę wątpliwość, twierdzi, że nie chodzi tu o możliwość uczynienia przedmiotem ugody kwestii zgodności uchwały z bezwzględnie obowiązującym prawem czy też sądowej interpretacji przepisu ustawy, lecz o samą możliwość osiągnięcia skutku (celu) wyroku przez czynności konwencjonalne stron. Za przykład takiego działania można uznać tzw. *actus contrarius*, a więc uchwałę przeciwną uchwałę będącej przedmiotem sporu. Autor posługuje się tu obrazowo odwrotną analogią do zdatności ugodowej sporu o unieważnienie małżeństwa. Argumentuje, że „spory te nie mają zdolności ugodowej nie dlatego, że strony nie mogą czynić sobie w tym zakresie wzajemnych ustępstw, ale jedynie z tego po-

⁶⁶ R. Kos: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 32; Postanowienie SN z dnia 21.05.2010 r., II CSK 670/09.

wodu, że skutku unieważnienia małżeństwa nie są w stanie osiągnąć w drodze jakiegokolwiek czynności prawnej między sobą”. Zdatność ugodowa sporu o ważność uchwały miałyby więc w istocie zależeć od tego, czy wspólnicy w wyniku współdziałania mogą osiągnąć skutek wyroku stwierdzającego nieważność uchwały, a nie od dopuszczalności stwierdzenia jej nieważności ugodą.

Na potwierdzenie tej argumentacji wskazuje się wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1974 r.⁶⁷, z którego wynika, że uгода materialnoprawna może dotyczyć ważności czynności prawnej, a nawet istnienia bądź nieistnienia między stronami stosunku prawnego⁶⁸. W konsekwencji, jeżeli tylko wspólnicy (akcjonariusze) zgodnym współdziałaniem i na drodze konsensualnej mogą osiągnąć skutek odpowiadający wyrokowi sądu powszechnego w tym przedmiocie, określonej kategorii sporów uchwałowych należy przyznać zdatność ugodową wynikającą z abstrakcyjnej kompetencji stron do dysponowania przedmiotem sporu.

5. Koncepcja uznająca art. 1163 k.p.c. jako *lex specialis* względem art. 1157 k.p.c.

Pomimo przyjęcia testu zdatności ugodowej jako generalnego wyznacznika zdatności arbitrażowej, nadal podnoszono w doktrynie argumenty przemawiające za dopuszczalnością kognicji sądów arbitrażowych w sprawach dotyczących sporów uchwałowych. Część komentatorów jako uzasadnienie adekwatne do takiego kierunku rozważań powołuje koncepcję, w myśl której art. 1163 k.p.c. stanowi w istocie *lex specialis* względem art. 1157 k.p.c.⁶⁹

Według przedstawicieli piśmiennictwa optujących za zdatnością arbitrażową omawianych sporów⁷⁰, pomocna w tym względzie może okazać się właściwa interpretacja art. 1163 § 1 k.p.c. wskazującego *explicite* na dopuszczalność arbitrażu korporacyjnego w realiach polskich, pozornie kolizyjnego względem wspomnianego wcześniej art. 1157 k.p.c. Zgodnie

⁶⁷ Wyrok SN z dnia 24.06.1974 r., sygn. III CRN 110/74. OSP 1975/4/98.

⁶⁸ A. Szpunar: *Uгода w prawie cywilnym*. „Przegląd Sądowy” 1995, nr 9, s. 5—6.

⁶⁹ W. Jurcewicz, C. Wiśniewski: *Zdatność arbitrażowa...*, s. 6.

⁷⁰ A. Szumański: *Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sprawach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*. W: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*. Red. W. Popiołek, L. Ogiegło, M. Szpunar. Kraków 2005, s. 528, 534.

z prezentowanym przez nich poglądem, przepis ten stanowi normę szczególną względem art. 1157 k.p.c., regulując zagadnienie zdatności arbitrażowej *in extenso*. Zatem w przypadku odpowiednio sformułowanej klauzuli arbitrażowej zawartej w umowie lub statucie spółki spór uchwałowy mógłby być przedmiotem postępowania przed sądem polubownym, za czym ma przemawiać przynajmniej kilka rzeczowych argumentów, które przytaczają zwolennicy tej tezy. W rzeczywistości koncepcja ta znacząco podzieliła doktrynę⁷¹.

A. Szumański uważa na przykład, że „nie jest trafnym stwierdzenie, że art. 1157 k.p.c. posiada monopol na regulację zdatności arbitrażowej, skoro rozpoczyna się od słów *jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej*”⁷². Autor ten twierdzi, że sama „formuła legislacyjna” mogąca wskazywać *explicite* w art. 1157 k.p.c. na odniesienie do art. 1163 k.p.c. miałyby charakter „nadregulacji”. Umieszczenie art. 1163 w tytule II części piątej k.p.c. pt. *Zapis na sąd polubowny* miało z kolei wymiar pragmatyczny, niewykluczający faktu regulowania zakresu zdatności arbitrażowej również przez ten artykuł. Wskazuje się także, że art. 1163 k.p.c. (w przeciwieństwie do art. 1157 k.p.c., który traktuje o zdatności arbitrażowej ogólnie) określa właściwość sądownictwa polubownego w sprawach *stricto* z zakresu prawa spółek kapitałowych.

Kolejnym argumentem stosunkowo często podnoszonym w doktrynie jest argument o charakterze historycznym⁷³, przybliżający meandry prac nad nową regulacją z 2005 r. Chodzi tu przede wszystkim o przepis art. 1157 § 2 k.p.c., który w wyniku ostatecznej dyskusji zwolenników i przeciwników zdatności arbitrażowej sporów uchwałowych został skreślony. Według G. Sulińskiego, „dowodzi to, iż wolą Ustawodawcy jest dopuszczenie kognicji sądu polubownego w tych sprawach”⁷⁴. Autor ten na poparcie swej tezy przywołuje szczegółowy przebieg dyskusji na 105. posiedzeniu Sejmu, w dniu 15 czerwca 2005 r., w tym szczególnie wypowiedź posła sprawozdawcy, wskazującego na intencję podkomisji nadzwyczajnej dla poddania sporów uchwałowych pod kognicję sądownictwa polubownego.

Innymi słowy, zaaprobowanie takiego podejścia oznaczałoby w praktyce, że przeprowadzenie testu zdatności ugodowej, o którym mowa

⁷¹ A. Szumański: *Sąd polubowny a ugoda sądowa*. „Glosa” 2010, nr 1, s. 15.

⁷² A. Szumański: *Przeszkody prawne...*, s. 4; Idem: *Zapis na sąd polubowny...*, s. 892.

⁷³ A. Szumański: *Przeszkody prawne...*, s. 5; G. Suliński: *Rozstrzyganie sporów ze stosunku spółki kapitałowej przez sąd polubowny*. Warszawa 2008, s. 103.

⁷⁴ G. Suliński: *Rozstrzyganie sporów...*, s. 103; Idem: *Dopuszczalność poddania sporu ze stosunku spółki pod rozstrzygnięcie sądu polubownego*. PPH 2005, nr 12, s. 31 i 34.

w art. 1157 k.p.c., ma znaczenie jedynie przez pryzmat zapisów na sąd polubowny, które nie są zawarte w umowie spółki (statucie)⁷⁵. Wpisanie klauzuli arbitrażowej ucinąłoby natomiast wszelką dyskusję nad zdolnością ugodową, a tym samym arbitrażową sporów ze stosunku spółki (a zwłaszcza sporów uchwałowych)⁷⁶.

Przeciwnicy podanego stanowiska wskazują, że funkcja art. 1163 k.p.c. tkwi w objęciu zapisem na sąd polubowny również osób, które go nie podpisały, a jedynie konkludentnie się nań zgodziły, przystępując do udziału w spółce jako wspólnik (akcjonariusz) lub przystępując do pełnienia w niej funkcji (np. członka zarządu, rady nadzorczej czy też komisji rewizyjnej). I tak T. Ereciński uważa, że „materiał przepisu art. 1163 nie jest zakres przedmiotowy spraw mogących stanowić przedmiot rozpoznania przez sąd polubowny, a jedynie granice podmiotowe oraz forma zapisu na sąd polubowny zawartego w umowie (statucie) spółki”⁷⁷. Tym samym wspomniany autor zwraca uwagę na zupełnie różny przedmiot regulacji obu przepisów.

A.W. Wiśniewski z kolei, widząc i aprobuując celowościowy sens tezy jakoby art. 1163 k.p.c. stanowił przepis szczególny, nie dostrzega argumentów wystarczających na jej poparcie⁷⁸. Polemizując z A. Szumańskim, wyraża przekonanie, że uznanie przez niego, że art. 1163 k.p.c. reguluje kwestię zdolności arbitrażowej „całościowo” prowadzi do dalej idących konsekwencji. Analogicznie bowiem można by taką wartość przypisać także art. 1164 k.p.c., „uwalniając tym samym spory ze stosunku pracy od kryterium zdolności ugodowej”. To samo dotyczyłoby sporów o prawa niemajątkowe ze stosunku pracy oraz ewentualnie wynikłych ze stosunku spółki (mimo że, jak już wspomniano, co do zasady są to spory o prawa majątkowe).

Warto nadmienić, że zwolennikami przyjęcia tezy, że art. 1163 k.p.c. stanowi *lex specialis* względem art. 1157 k.p.c. są między innymi: A. Szumański⁷⁹, G. Suliński⁸⁰, P. Bielarczyk⁸¹, T. Kurnicki⁸², A. Kańko-

⁷⁵ G. Suliński: *Rozstrzyganie sporów...*, s. 104.

⁷⁶ M. Tomaszewski: *O zaskarżaniu...*, s. 27; G. Suliński: *Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sporze o rozwiązanie spółki z o.o. „ADR. Arbitraż i Mediacja”* 2008, nr 3, s. 31; Idem: *Rozstrzyganie sporów...*, s. 104.

⁷⁷ T. Ereciński, w: J. Ciszewski, T. Ereciński: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Cz. 5: Sąd polubowny*. Warszawa 2006, s. 358.

⁷⁸ A.W. Wiśniewski: *Rozstrzyganie sporów...*, s. 273.

⁷⁹ A. Szumański: *Dopuszczalność kognicji...*, s. 528.

⁸⁰ G. Suliński: *Rozstrzyganie sporów...*, s. 103; Idem: *Dopuszczalność kognicji...*, s. 31, 34.

⁸¹ P. Bielarczyk: *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego*, „Monitor Polski” [dalej: M.P.] 2005, nr 22, s. 4.

⁸² T. Kurnicki: *Znowelizowane postępowanie przed sądem polubownym*. M.P. 2005, nr 22, s. 1120.

lecki⁸³, K. Falkiewicz czy R.L. Kwaśnicki⁸⁴. Jako przeciwników tej interpretacji należy natomiast przywołać takich autorów, jak: T. Ereciński⁸⁵, A.W. Wiśniewski⁸⁶, R. Uliasz⁸⁷, M. Kocur i B. Sołtys⁸⁸.

Summa summarum skład orzekający w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2009 r.⁸⁹ (w składzie SSN Marian Kocan, SSN Huber Wrzeszcz, SZN Józef Frąckowiak⁹⁰) przyznał rację tym drugim, stwierdzając, że przepis art. 1163 k.p.c. nie zawiera normy szczególnej w stosunku do art. 1157 k.p.c. w zakresie wymogu, aby spory poddane pod rozstrzygnięcie sądu polubownego mogły być przedmiotem ugody sądowej. Sąd Najwyższy uznał, że po pierwsze, art. 1157 k.p.c. ma wyłączność na określanie zdatności arbitrażowej, a po drugie, umieszczenie art. 1163 k.p.c. w tytule II części piątej k.p.c. pt. *Zapis na sąd polubowny* przesądza o jego wyłączeniu z tej materii. Sąd odrzucił także argumenty wagi historycznej, utrzymując, że mimo dorozumianego przyzwolenia prawodawcy na potencjalną kognicję arbitrażu w powyższych sprawach, nie można z tego wyprowadzać wykładni przepisów art. 1157 k.p.c. i art. 1163 k.p.c. Ponadto SN argumentował, że zdatność arbitrażowa sporów (z uwagi na podleganie testowi zdatności ugodowej) nie może zależeć od tego, czy zapis na sąd polubowny zawarty został w umowie (statucie) spółki, czy też w osobnej umowie (umowie o arbitraż czy tzw. kompromisie) między stronami.

Ostatecznie SN podzielił również uwagi A.W. Wiśniewskiego dotyczące potencjalnego analogicznego (a niepożądanego) wyłączenia przez przepis art. 1164 k.p.c. mocy art. 1157 k.p.c. przy przyjęciu, że art. 1163 k.p.c. stanowi *lex specialis*⁹¹. Dodał także, że mogłoby to godzić w ochronę pracownika. Stwierdzenie to spotkało się jednak z głosem sprzeciwu nawet w aprobującej glosie P. Błaszczyka, który uważa, że ograniczenia zawar-

⁸³ A. Kąkolecki: *Nowelizacja k.p.c. w zakresie sądownictwa polubownego (arbitrażowego)*. „Radca Prawny” 2005, nr 5, s. 100–101.

⁸⁴ K. Falkiewicz, R.L. Kwaśnicki: *Arbitraż i mediacja w świetle najnowszej nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*. PPH 2005, nr 12, s. 34.

⁸⁵ T. Ereciński: *Zdatność arbitrażowa (art. 1157 k.p.c.)*. W: *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku...*, s. 10–12.

⁸⁶ A.W. Wiśniewski: *Rozstrzyganie sporów...*, s. 272–273.

⁸⁷ R. Uliasz: *Zdolność arbitrażowa sporów wynikłych z zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*. W: J. Oszewski, B. Sagan, R. Uliasz: *Arbitraż i mediacja jako instrumenty wspierania przedsiębiorczości*. Rzeszów 2006.

⁸⁸ A. Szumański: *Zapis na sąd polubowny...*, s. 205–206.

⁸⁹ Uchwała SN z dnia 7.05.2009, sygn. III CZP 13/09. OSNC 2010, nr 1, poz. 9.

⁹⁰ R. Sikorski, w: *Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunki postulowanych zmian*. Red. B. Gessel-Kalinowska vel. Kalisz. Wrocław 2014, s. 54.

⁹¹ Ibidem, s. 56.

te w art. 1164 k.p.c. pozbawione są większego sensu⁹². Sąd Najwyższy uznał ponadto, że w przypadku przyjęcia, że art. 1163 k.p.c. stanowi rzeczywiście *lex specialis* wobec normy art. 1157 k.p.c. doszłoby *de iure* do niepożądanego rozróżnienia między sytuacją zapisu na sąd polubowny zawartego w statucie i poza nim⁹³. W tym drugim bowiem przypadku (np. w sytuacji odrębnej umowy) zdadność arbitrażową sporu należałoby ocenić przez pryzmat art. 1157 k.p.c., z pominięciem art. 1163 k.p.c.⁹⁴ Rozróżnienie takie mogłoby godzić w pewność obrotu prawnego. Warto zaznaczyć, że powołana uchwała, wraz z zawartą w niej argumentacją, stała się jednocześnie przedmiotem kilku glos krytycznych i aprobowanych ze strony poszczególnych jurystów.

A. Szumański w krytycznej glosie do kontrowersyjnej uchwały⁹⁵ uważa, że przepis art. 1157 k.p.c. nie brzmi: „jeżeli przepis szczególny niniejszego tytułu stanowi inaczej”, a zatem trudno oczekiwać, by przepisy szczególne (jak dyskusyjny art. 1163 k.p.c.) w celu zachowania swojego szczególnego charakteru musiały być umiejscowione wyłącznie w przepisach ogólnych, a nie w innym tytule. Wspomniany autor zwraca jednocześnie uwagę, że art. 1163 k.p.c. byłby, zgodnie z argumentacją Sądu Najwyższego, przepisem martwym, pustym i stanowiłby jedynie zbędne *superfluum* jako norma instruktażowa o rozszerzającym związaniu zapisem na sąd polubowny, którą *de facto* wyciągano już wcześniej z doktryny⁹⁶ i orzecznictwa⁹⁷. A. Szumański twierdzi także, że mająca pomniejszą wagę argumentacja SN dotycząca art. 1164 k.p.c. jest nieadekwatna. Rola tego przepisu, zdaniem wymienionego autora, polega głównie „na przyznaniu możliwości dokonania zapisu na sąd polubowny”, jako że spory z zakresu prawa pracy zasadniczo nie są objęte zdadnością arbitrażową jedynie przez wzgląd na słabszą pozycję pracownika względem przedsiębiorcy.

Także aprobowane glosy K. Weitza⁹⁸ oraz P. Błaszczyka⁹⁹ zawierają wiele uwag dotyczących samego uzasadnienia podjętej uchwały Sądu Najwyższego. P. Błaszczyk uważa, że potencjalne zróżnicowanie zdadności arbitrażowej w zależności od tego, czy zapis na sąd polubowny znajduje się w umowie (statucie) spółki, czy też nie ma swój cel. W tym drugim przypadku test zdadności ugodowej jest bowiem uzasadniony.

⁹² P. Błaszczyk: *Zdadność arbitrażowa sporów ze stosunku spółki handlowej*. „Glosa” 2010, nr 1, s. 26.

⁹³ R. Sikorski: *Diagnoza arbitrażu...*, s. 56—57.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ A. Szumański: *Sąd polubowny a ugoda...*, s. 15—17.

⁹⁶ Ibidem, s. 17.

⁹⁷ Postanowienie SN z dnia 1.03.2000 r., I CKN 849/99. Lex nr 529751.

⁹⁸ K. Weitz: *Granice zdadności arbitrażowej sporów ze stosunku spółki (relacja między art. 1157 i art. 1163 § 1 k.p.c.)*. „Palestra” 2009, nr 11—12, s. 252—255.

⁹⁹ P. Błaszczyk: *Zdadność...*, s. 26—27.

Dla przypomnienia, na marginesie przytoczonych rozważań, należy również wskazać, że w uzasadnieniu do prezentowanej uchwały SN zajął stanowisko, że test zdatności ugodowej sporu determinuje zdatność arbitrażową sporów zarówno o prawa majątkowe, jak i niemajątkowe¹⁰⁰.

Reasumując, mimo wielu słusznych argumentów zaprezentowanych przez zwolenników koncepcji, zgodnie z którą brak wyraźnego odniesienia art. 1157 k.p.c. do art. 1163 § 1 k.p.c. prowadzi do niejasnej relacji obu norm, która skutkować ma przyjęciem rozwiązania proarbitrażowego (*favor arbitri*), zarówno znaczna część doktryny¹⁰¹, jak i orzecznictwo¹⁰² wyraźnie odmówiły zastosowania art. 1163 § 1 k.p.c. jako przepisu szczególnego wobec art. 1157 k.p.c., dając temu drugiemu prymat w wyznaczeniu prawnych ram dla zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych.

6. Podsumowanie

W perspektywie przedstawionych wątpliwości, w tym w szczególności odrzucenia przez większą część doktryny poglądu o zdatności ugodowej tych sporów, a także w obliczu dezaprobaty dla teorii art. 1163 k.p.c. jako *lex specialis* w stosunku do art. 1157 k.p.c. (która to teoria, zdaniem A. Szumańskiego i G. Sulińskiego, pozwalałaby na zdatność arbitrażową sporów nieposiadających w swej istocie zdatności ugodowej), przyjmuje się z pragmatycznego względu brak zdatności arbitrażowej sporów uchwałowych¹⁰³.

Wynika to głównie z niebezpieczeństwa, jakie niesie z sobą aprobatą w praktyce gospodarczej awangardowego poglądu o zdatności arbitrażowej (bez względu na uzasadnienie)¹⁰⁴. Istnieje bowiem znaczne ryzyko odmowy uznania lub odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego w tej sprawie (art. 1215 § 1 pkt 1 k.p.c.), a nawet jego uchylenia (art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c.) przez sąd powszechny w stadium kontroli postarbitrażowej. Efekt zawarcia w umowie spółki zapisu na sąd polubowny (klauzuli arbitrażowej) może okazać się wręcz odwrotny od zamierzonego, gdyż wspólnik może *de facto* stracić prawo do zaskarżania uchwał zgromadzenia wspólników. Wniesienie sprawy do sądu powszech-

¹⁰⁰ Ibidem, s. 25.

¹⁰¹ T. Ereciński, w: J. Ciszewski, T. Ereciński: *Kodeks...*, s. 357—358.

¹⁰² Uchwała SN z dnia 7.05.2009, sygn. III CZP 13/09. OSNC 2010, nr 1, poz. 9.

¹⁰³ G. Suliński: *Rozstrzyganie sporów...*, s. 191—192.

¹⁰⁴ Ibidem, s. 168.

nego (przy powołaniu się przez pozwaną spółkę na istniejący zapis na sąd polubowny) może skutkować odmową rozpoznania sprawy przez sąd ze względu na stwierdzenie swej niewłaściwości (art. 1180 k.p.c.). Biorąc pod uwagę krótkie terminy zawite (nawet 30 dni w spółkach publicznych), mogłoby to oznaczać bezpowrotną utratę ochrony prawnej legitymowanego współnika¹⁰⁵.

W chwili obecnej realna możliwość utracenia skutecznego dochodzenia roszczenia zarówno przed sądem polubownym, jak i przed sądem powszechnym skłania podmioty prawa gospodarczego do kategorycznej rezygnacji z dokonywania zapisów na sąd polubowny, co tak naprawdę oznacza brak praktycznego zastosowania art. 1163 k.p.c.¹⁰⁶ W konsekwencji należy, w ślad za A. Szumańskim, stwierdzić, że obecny stan dyskusji nad zdatnością arbitrażową prowadzi do całkowitej marginalizacji arbitrażu handlowego w sporach uchwałowych, a biorąc pod uwagę dominującą rolę tej kategorii sporów w sporach ze stosunku spółki kapitałowej — *de facto* całego arbitrażu korporacyjnego¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem, s. 190—191.

¹⁰⁷ A. Szumański: *Przeszkody prawne...*, s. 3.

Materiały

Hilmar Krüger^{a)}

Prawo małżeńskie i spadkowe w dzisiejszym świecie orientalnym*

Wprowadzenie

W prasie europejskiej (przede wszystkim w Niemczech, Francji, Anglii) od lat można znaleźć wiele na temat prawa islamskiego, głównie zaś zagadnień z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego. Kwestię tę, jak również problematykę prawa islamskiego w odniesieniu do żyjących w Europie muzułmanów, pomijam w niniejszym opracowaniu. Ponieważ zajmuję się prawem kolizyjnym i prywatnym, rozważania ograniczam do zagadnień stosowania prawa islamskiego prywatnego w Oriencie. Należy podkreślić, że znaczna część prawa cywilnego i ogółem prawo handlowe nie są oparte na szariacie, gdyż w tym wypadku mamy do czynienia ze zarabizowanym prawem francuskim. W obszarach tych, w szczególności w prawie umów obligacyjnych w państwach dużego egipskiego kręgu prawnego, obowiązuje bowiem prawo inspirowane głównie rozwiązaniami francuskimi. Problemy pojawiają się jedynie w kilku punktach, głównie w prawie dotyczącym odsetek. Ponieważ jednak tematem niniejszego opracowania jest jedynie prawo małżeńskie i spadkowe, przedstawiam te dwie główne dziedziny zastosowania obecnie prawa islamskiego.

^{a)} Prof. Dr., Instytut Międzynarodowego i Obcego Prawa Prywatnego Uniwersytetu w Kolonii.

* Niniejszy tekst stanowi treść wykładu, który wygłosiłem w dniu 10 maja 2013 r., na zaproszenie Katedry Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

Prawo islamskie (*szariat*) nie jest skodyfikowanym zbiorem ustaw. Powstawało ono w wyniku dysput uczonych, którzy rozwijali je od 1200 lat w komentarzach, nadkomentarzach oraz w opiniach prawnych (fatwach), stale powołując się na Koran i przekazy proroka (*sunna*). W odniesieniu do opinii prawnych dotyczy to w szczególności wielkich osmańskich muftich Stambułu.

Zgodnie z szariatem, *sensu stricto* skutecznie powstałe roszczenie nigdy nie ulega przedawnieniu. Takie założenie, choć może być zgodne z poczuciem sprawiedliwości, nie odpowiada pewności prawa. Instytucję przedawnienia wprowadził w XVI w. wielki osmański mufti Ebusu'ud Efendi. Według niego, jeżeli ktoś bez wystarczającego uzasadnienia nie dochodzi swojego roszczenia w określonych terminach, nie zostanie wysłuchany przez sąd. W takiej formie reguła ta obowiązuje jeszcze dzisiaj w Arabii Saudyjskiej, gdzie powództwa nie są wysłuchiwanie. W istocie chodzi o przedawnienie powództwa, a nie o przedawnienie roszczenia. Jako termin ogólny *mufti* wskazał 15 lat, po upływie których powództwo nie jest wysłuchiwanie. Warto zwrócić uwagę, że w państwach islamskich ta poniekąd niepozorna zmiana regulacji procesowych jest ulubionym środkiem służącym wprowadzaniu drogą okrężną nowych przepisów materialnoprawnych bez naruszania szariatu.

Fatwy były zawsze ważne dla rozwoju szariatu. Orzecznictwo praktycznie nie odgrywało roli w rozwoju prawa, gdyż wyroki — w przeciwieństwie do opinii — powszechnie nie były uznawane za wiążącą interpretację szariatu. Można zatem stwierdzić, że legislatywą islamu jest egzegeza jego kanonicznych tekstów (Koranu i *sunny*). W czasie ostatniego semestru zimowego jeden ze studentów w trakcie wykładu poprosił mnie o wskazanie niemieckiego tłumaczenia szariatu. Oczywiście, takiego tłumaczenia nie ma. Mógłbym mu podać zaledwie tytuły kilku ważnych komentarzy, ale i to nie zdałoby się na wiele, gdyż nie ma jednolitego prawa islamskiego. Do dziś istnieje wiele szkół prawa, które mimo jednolitych podstawowych struktur wskazanych w szczególności w drugiej i czwartej surze Koranu, w części znacznie się od siebie różnią pod względem merytorycznym. Dotyczy to przede wszystkim prawa małżeńskiego i spadkowego (np. małżeństwo na czas określony zna tylko szyicka szkoła prawa).

Prawo małżeńskie

Zagadnienia ogólne

W pierwszej kolejności przedstawię zagadnienia dotyczące prawa małżeńskiego w świecie orientalnym, które w Niemczech nierzadko odgrywa rolę z uwagi na łącznik prawa ojczystego stron uczestniczących w sporze, co dotyczy zawarcia małżeństwa, skutków prawnych małżeństwa, majątkowych ustrojów małżeńskich, podstaw rozvodu i skutków rozvodu. Dotyczy to oczywiście również prawa spadkowego. Orzecznictwo sądów w tym zakresie jest bogate.

Przede wszystkim należy przypomnieć, że po rozpadzie Imperium Osmańskiego, pod koniec pierwszej wojny światowej, Turcja obrała inną drogę. W 1926 r. jedynie z niewielkimi zmianami wprowadzono tam szwajcarski kodeks cywilny. Stan ten został utrzymany również po wejściu w życie w dniu 1 stycznia 2002 r. nowego tureckiego kodeksu cywilnego. Tureckie prawo rodzinne i spadkowe, którym niemiecka praktyka prawa zajmuje się najczęściej z uwagi na dużą liczbę obywateli tureckich w Niemczech, nie ma zatem już nic wspólnego z prawem islamskim. Nie można jednak zapominać, że część społeczeństwa tureckiego nadal po części przestrzega reguł starej tradycji osmańskiej.

Zdaniem Nadjmy Yassari (Hamburg), dar ślubny (*mahr*) jest kluczową figurą islamskiego prawa małżeńskiego, tak bowiem wspomniana autorka twierdzi w nieopublikowanej jeszcze obszernej analizie na temat mahru. Dlatego też początkowo turecki Sąd Kasacyjny uznał, że ta islamska instytucja prawna jest sprzeczna z porządkiem publicznym w Turcji. W nowszym orzecznictwie jest ona jednak powszechnie kwalifikowana jako wymagające formy pisemnej przyrzeczenie darowizny, a więc została przetransferowana do obowiązującego prawa tureckiego. Można zatem powiedzieć, że w Turcji dostrzega się pewne tendencje do reislamizacji prawa.

Przytoczę teraz kilka informacji na temat orientalnych porządków prawnych, w których szariat stanowi na mocy prawa konstytucyjnego źródło lub główne źródło prawa. Tak jest we wszystkich państwach Ligi Arabskiej, w Iranie i Afganistanie. Na wstępie należy podkreślić, że prawo rodzinne we wszystkich tych państwach zostało w międzyczasie skodyfikowane zgodnie z przyjętą w danym państwie szkołą prawa. Wyjątek stanowi Arabia Saudyjska, gdzie zasadniczo — choć nie zawsze — obowiązuje prawo islamskie w wersji hanabalickiej szkoły prawa. Nawet w pięciu małych państwach Zatoki Perskiej — w Kuwejcie od 1984 r.,

Omanie od 1997 r., Zjednoczonych Emiratach Arabskich od 2005 r., Katarze od 2006 r. i wreszcie w Bahrajnie od 2009 r. — istnieją ustawy o prawie rodzinnym, które częściowo zawierają również prawo spadkowe. W większych państwach arabskich oraz w Iranie przepisy ustawowe obowiązują już od dłuższego czasu. To samo dotyczy Afganistanu — od 1997 r. w odniesieniu do sunnitów, a od 2009 r. również w odniesieniu do szyitów. Po ostatnich politycznych wydarzeniach w świecie arabskim nie dokonano zmian ustaw w dziedzinie prawa rodzinnego i spadkowego. Dotyczy to również innych ustaw z zakresu prawa prywatnego, w szczególności kodeksów cywilnych i handlowych.

Jeśli chodzi o obecny stan prawny, to nie mogę oczywiście omówić każdego z państw, a w odniesieniu do przeszłości — przepisów każdej szkoły (czterech sannickich oraz jednej szyickiej). W nawiązaniu do obecnej sytuacji jako przykład zaprezentuję prawo Zjednoczonych Emiratów Arabskich, które jest mi dobrze znane, jeśli zaś chodzi o przeszłość, to spośród czterech sannickich szkół prawa (hanafitów, malikitów, szafi'itów i hanabalitów) przedstawię szkołę hanaficką.

Zagadnienia szczególne

Zaręczyny

W tradycyjnym prawie islamskim zaręczyny nie miały większego znaczenia. Nie oddzielano ich ściśle od zawarcia małżeństwa. Natomiast obecnie przewidziano specjalne przepisy dotyczące zaręczyn. Zaręczyny są kwalifikowane jako zwykłe wzajemne przyrzeczenie zawarcia małżeństwa. Obie strony mogą od niego odstąpić, gdyż nie chodzi o wiążącą umowę. Jak się wydaje, w większości porządków prawnych istotne z prawnego punktu widzenia są tylko skutki ustania zaręczyn. Jeżeli zaręczyny zostaną bezzasadnie zerwane przez jedną ze stron, wskutek czego druga strona poniesie uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, to może ona żądać odpowiedniego odszkodowania. Zwrot podarków jest obligatoryjny.

Zawarcie małżeństwa

Według szariatu, małżeństwo jest umową cywilnoprawną *sensu stricto*. Dochodzi do skutku, tak jak każda inna umowa obligacyjna, przez złożenie oferty i jej przyjęcie. Na mocy takiej umowy ma zostać ustanowione trwałe małżeństwo pod zwierzchnictwem męża. Umowa małżeństwa jest zawierana przez narzeczonego i opiekuna małżeńskiego kobiety. Opiekunem małżeńskim kobiety jest przede wszystkim jej ojciec, a w razie jego braku — mężczyzna będący krewnym narzeczonej w kolejności, w jakiej jest on uprawniony do dziedziczenia. Jeżeli nie ma osoby mogącej być opiekunem małżeńskim, ustawowym opiekunem małżeńskim jest właściwy sąd.

Istotnym elementem umowy małżeństwa jest dar ślubny (*mahr*), który naręczony zobowiązuje się przekazać swojej narzeczonej. Prawnicy nie są całkiem zgodni co do istoty daru małżeńskiego w przeszłości. Częściowo dar małżeński jest uznawany za *quasi*-cenę sprzedaży kobiety, częściowo za symbol, okazanie czci kobiecie lub za jej majątkowe zabezpieczenie. W sytuacji gdyby dar małżeński nie został przyrzeczony, za przyrzeczony uważa się zwyczajowy dar małżeński.

Należy zatem uznać, że małżeństwo nie może zostać zawarte przez samą kobietę, lecz przez jej opiekuna małżeńskiego. Zasadniczo nie musi on uzyskać jej zgody. Niemniej jednak kwestia ta jest różnie regulowana przez poszczególne szkoły prawa. Nie można jednak z całkowitą pewnością stwierdzić, że w przypadku kobiety pełnoletniej opiekun małżeński może zrezygnować z jej zgody. Wielożeństwo występuje nadal we wszystkich państwach orientalnych, z wyjątkiem Turcji. Oznacza to, że muzułmanin może w tym samym czasie pozostawać w związku małżeńskim aż z czterema kobietami. Tradycyjne zasady dotyczące przesłanek i skutków małżeństwa są dzisiaj w niemal wszystkich państwach uregulowane w ustawach zgodnie z prawem islamskim.

Forma zawarcia małżeństwa

Zgodnie z tradycyjnym prawem, zawarcie małżeństwa następuje w **dowolnej formie**. Oznacza to, że nie jest konieczny udział osoby duchownej lub urzędnika stanu cywilnego. W celu udowodnienia istnienia małżeństwa konieczna jest jednakże obecność dwóch muzułmańskich świadków płci męskiej lub mężczyzny i dwóch kobiet. W praktyce poszczególnych państw, np. dawniej w Imperium Osmańskim, a obecnie niejednokrotnie w Turcji, często angażowano i angażuje się osoby duchowne (imama), mimo że pod względem prawnym nie było i nie jest to konieczne. Dzisiaj bowiem w państwach orientalnych — inaczej niż

wcześniej — są urzędnicy stanu cywilnego. Tak jest od 1987 r. nawet w Arabii Saudyjskiej. Naruszenie przepisów dotyczących stanu cywilnego nie prowadzi jednak do nieważności małżeństwa. Niezgłoszenie sytuacji objętych zakresem stanu cywilnego skutkuje jedynie tym, że osoba zobowiązana do dokonania zgłoszenia musi zapłacić grzywnę. Chodzi więc tylko o *leges minus quam perfectae*.

Przeszkody małżeńskie

Wyróżnia się bezwzględne i względne przeszkody małżeńskie. Do bezwzględnych przeszkód małżeńskich należą w szczególności pokrewieństwo i powinowactwo. To samo dotyczy tzw. mlecznego pokrewieństwa, tj. przypadków, w których nupturienici w swoich dwóch pierwszych latach życia byli karmieni piersią przez tę samą mamkę.

Do względnych przeszkód małżeńskich należą w szczególności małżeństwo z piątą kobietą oraz zawarcie małżeństwa przez muzułmankę z niemuzułmaninem.

Umowa małżeństwa

W tym względzie zaprezentuję kilka uwag na przykładzie Zjednoczonych Emiratów Arabskich. W umowie małżeństwa zasadniczo musi być zawsze zawarta klauzula dotycząca daru małżeńskiego (*mahr*), który małżonek zapłacił, lub który częściowo ma zostać zapłacony później. W umowie takiej w razie wątpliwości powinno zostać zawarte postanowienie, że odroczony posag staje się wymagalny nie tylko w razie śmierci męża lub w razie rozwodu, lecz także że żona może domagać się zapłaty tytułem daru małżeńskiego w każdym czasie lub w określonym terminie (np. po upływie trzech lat od zawarcia małżeństwa). W umowie mogą być również przewidziane postanowienia dotyczące tego, czy kobieta musi zawsze mieszkać z mężem w tym samym domu, i czy musi udać się ze swoim mężem do innej miejscowości, jeśli taka będzie jego wola. Celowe jest także zawarcie klauzuli dotyczącej możliwości wykonywania przez kobietę działalności zawodowej również poza domem. Postanowienia umowne mogą też dotyczyć kształtu ciężącej na małżonku alimentacji. Mając na uwadze okoliczność, że mężczyzna może mieć więcej niż jedną żonę, w umowie możliwe są również postanowienia dotyczące tego, czy druga kobieta może mieszkać w tym samym domu, w którym mieszka pierwsza żona. W Zjednoczonych Emiratach Arabskich nie jest konieczne zawarcie klauzuli, na mocy której małżonka zostaje umocowana przez męża do wypowiedzenia wobec siebie w jego imieniu oświadczenia o porzuceniu (co jest równoznaczne z rozwodem). Klauzule tego rodzaju są konieczne tylko

w państwach islamskich, w których małżonka nie ma możliwości sądowego dochodzenia rozwiązania małżeństwa na swoje życzenie. Dotyczy to wielu państw, jednakże nie odnosi się do Zjednoczonych Emiratów Arabskich. Różnica wynika z tego, że poszczególne tradycyjne szkoły prawa nie rozwiązują tego problemu w ten sam sposób. Zgodnie z regułami niektórych szkół prawa, małżeństwo nie może zostać rozwiązane przez sąd.

Należy podkreślić, że jeżeli umowa małżeństwa nie zawiera wyżej przytoczonych klauzul, to małżonce nie przysługują wymienione prawa.

Osobiste skutki małżeństwa (w szczególności obowiązki posłuszeństwa i alimentacja)

Tradycyjne dzieła prawa nie zawierają szczególnego rozdziału dotyczącego ogólnych skutków prawnych wynikających z małżeństwa. Poszczególne właściwe normy są umiejscowione w różnych kontekstach. W tradycyjnym prawie islamskim brak jest pojęcia rodziny, do której istnienia mają przyczyniać się obie strony. W związku z tym szariat nie zna również pojęcia prawa rodzinnego. Przedmiotem regulacji zawsze są jedynie poszczególne instytucje prawne, jak zawarcie małżeństwa, rozwód czy też porzucenie (*talâq*). W Europie małżonkowie są zobowiązani do utrzymywania szerokiej wspólnoty życiowej. Nie znamy różnych katalogów szczególnych obowiązków dotyczących postępowania małżonka lub małżonki. Przede wszystkim wskazuje się obowiązek wierności i wzajemnej pomocy.

Zupełnie inaczej jest w Oriencie, tam bowiem istnieje hierarchiczny stosunek między małżonkiem a małżonką. Obowiązuje zasada obowiązkowego posłuszeństwa kobiety, której źródła można znaleźć w Koranie (sura IV werset 34). Prawa i obowiązki małżonka i małżonki nie są identyczne ani w odniesieniu do prawnej, ani społecznej strony małżeństwa. Punktem wyjścia jest założenie, że małżonek jako głowa rodziny może żądać od swojej małżonki posłuszeństwa. Wynika to zasadniczo z faktu, że mężczyzna musi utrzymywać swoją kobietę. Jeżeli kobieta nie wykonuje swoich obowiązków i w umowie małżeństwa nie ma odmiennych klauzul, to jest uważana za nieposłuszną, co prowadzi do utraty przez nią prawa do alimentacji.

W celu wyegzekwowania prawa do posłuszeństwa małżonek posiada, w świetle prawa islamskiego, jako ostatnią możliwość, jeżeli upomnienia nie skutkują, prawo do wychłostania swojej żony. W literaturze prawniczej jest to absolutnie bezsporne. Przedmiotem dyskusji nie jest to, czy mężczyzna ma prawo do stosowania chłosty, lecz jedynie to, jak może prawo to wykonywać. W prawie zawartym w ustawach można znaleźć tylko jeden wyjątek. W Tunezji prawo małżonka do wychłostania żony

zostało zakazane w 1993 r., w rezultacie zmiany stosownego przepisu w kodeksie rodzinnym. Nawet w prasie można znaleźć artykuły dotyczące prawa małżonka do stosowania chłosty. I tak w 1991 r. gazeta „Yemen Times” donosiła „There must be violence against women”, albowiem kobiety, które nie są posłuszne, naruszają честь całej rodziny.

W odniesieniu do alimentacji małżeńskiej należy zwrócić uwagę na rzecz następującą. Zgodnie z szariatem, wyłącznie małżonek ma obowiązek dostarczania środków utrzymania i tylko dopóty, dopóki kobieta jest posłuszna. Obowiązuje zasada: utrzymanie za posłuszeństwo. W razie nieposłuszeństwa kobieta nie ma żadnych praw do alimentacji. Do takiej utraty praw dochodzi np. wtedy, gdy kobieta odmawia mężczyźnie współżycia seksualnego lub bez uzasadnionego powodu odmawia wprowadzenia się do mieszkania małżeńskiego, jeśli bezprawnie opuści mieszkanie małżeńskie lub uniemożliwia mężowi wejście do mieszkania małżeńskiego, bądź jeśli bez powodu odmawia towarzyszenia mężowi w podróży. Ponadto obowiązuje tradycyjna reguła, że kobieta nie ma prawa do alimentacji wtedy, gdy wykonuje działalność zawodową lub studiuje poza domem bez zgody męża. Nie dotyczy to jednak wszystkich państw islamskich, np. zasada ta nie obowiązuje już w Egipcie i Zjednoczonych Emiratach Arabskich, aczkolwiek ma jeszcze zastosowanie w Iranie (małżonek może odmówić dostarczania środków utrzymania, jeżeli jego żona wykonuje bez jego zgody zawód nauczycielki).

Obowiązek małżonka dostarczania żonie środków utrzymania obowiązuje zasadniczo niezależnie od tego, czy jest ona zamożna. Ogólnie o zakresie alimentacji decyduje pozycja społeczna kobiety. W przedmiocie zakresu alimentacji należy stwierdzić, że obejmuje ona, niejednokrotnie dzisiaj unormowane ustawowo, koszty pożywienia, ubrania, odpowiednie mieszkanie wraz z umeblowaniem, opiekę medyczną i koszty utrzymania służby, jeżeli była ona zwyczajowo w rodzinie żony.

W odniesieniu do dalszych praw małżonka i wynikających z obowiązku posłuszeństwa małżonki skutków należy zauważyć, że mężczyzna ma prawo określenia miejsca zamieszkania, z czego oczywiście wynika obowiązek kobiety przestrzegania zasad ustanowionych przez niego w miejscu zamieszkania. Może on np. określić, kto może odwiedzać jego żonę, i jakie osoby może ona przyjmować w domu małżeńskim. Oczywiście, małżonek ma również zasadniczo prawo kontrolowania opuszczania domu przez żonę. Wreszcie małżonek może również określić — o ile, tak jak w wielu państwach, np. w Arabii Saudyjskiej i Iranie, nie istnieją zasady dotyczące ubioru wyznaczone przez prawo publiczne — jaki ubiór nosić powinna jego żona, pokazując się publicznie (chusta na głowę, szador itd.).

Prawo majątkowych ustrojów małżeńskich

W prawie islamskim, tak jak jeszcze dzisiaj w porządkach prawnych państw orientalnych, obowiązuje z dawien dawna ustawowy ustrój rozdzielności majątkowej. Każdy z małżonków może swobodnie rozporządzać majątkiem, który wnosi do małżeństwa lub nabywa w trakcie małżeństwa. Inaczej niż w ustawowych ustrojach majątkowych w europejskich porządkach prawnych (np. wcześniej w Niemczech z ustrojem obejmującym zarządzanie oraz użytkowanie majątku żony przez męża), żona w islamskim Oriencie mogła zawsze zachować swój majątek wniesiony do małżeństwa, nabywać inny majątek w trakcie małżeństwa i sama nim zarządzać, z czego prawnicy muzułmańscy są bardzo dumni. Jednakże jest to korzystne tylko dla kobiety, która jest lub stanie się majętna w trakcie małżeństwa. W przypadku małżonki, która ogólnie stosownie do społecznych stosunków w Oriencie, gdzie dominuje małżeństwo gospodyń domowych, nie uzyskuje dochodów lub nie posiada majątku, rozdzielność majątkowa jest wyłącznie niekorzystna. W razie rozwodu nie otrzyma ona bowiem niczego.

Tymczasem w krajach Maghrebu (Algieria, Maroko, Tunezja) widoczny jest nowy proces rozwojowy. W 1998 r. w Tunezji, na mocy ustawy o małżeńskim ustroju majątkowym, oprócz ustawowego ustroju majątkowego, został wprowadzony ustrój majątkowy na mocy wyboru. Wprawdzie nadal z mocy ustawy zasadniczo zastosowanie ma ustrój rozdzielności majątkowej, niemniej jednak pozycja prawna kobiety uległa polepszeniu. Małżonkowie mogą uzgodnić ustrój majątkowy na mocy wyboru przy okazji ślubu lub później. Tym samym ustawodawca tunezyjski uczynił pierwszy krok ku polepszeniu pozycji kobiety pod względem prawnomajątkowym.

Za tunezyjskim wzorcem poszły Maroko (2004) oraz Algieria (2005), wprowadzając jedynie niewielkie modyfikacje.

Interesujący pod tym względem, aczkolwiek nienależący ściśle do prawa ustrojów majątkowych małżeńskich, jest bieg wydarzeń w Iranie od 1992 r. W związku ze zmianą irańskiego prawa rozwodowego żona może bowiem teraz żądać wynagrodzenia za usługi świadczone przez nią w trakcie małżeństwa na polecenie męża. I tak kobieta nie jest zobowiązana do wykonywania prac domowych, jeżeli zaś je wykonuje, to w razie rozwiązania małżeństwa przez męża może dochodzić od niego roszczenia o odpowiednie wynagrodzenie. Pod uwagę należy brać przy tym zwykle okoliczności, jak wysokość dochodów męża oraz stosunki bytowe. Nie jest to regulacja z zakresu prawa ustrojów małżeńskich, jednak i w tym przypadku chodzi o problemy małżeńskiego prawa majątkowego.

Dar małżeński

Wspomniałem już, że „dar małżeński” to kluczowe pojęcie islamskiego prawa małżeńskiego. Prawo dotyczące instytucji daru małżeńskiego (*mahr*) jest bardzo ważną częścią islamskiego prawa rodzinnego, ale nie stanowi jego oryginalnej cechy, jak niekiedy twierdzą arabscy autorzy. Tymczasem instytucja ta pochodzi z czasów przedislamskich i jest znana również prawu żydowskiemu i rzymskiemu. *Donatio propter nuptias* zostało przejęte przez Justyniana do postklasycznego prawa rzymskiego z orientalnych praw ludowych. Dar małżeński występuje jeszcze dzisiaj we wszystkich prawach będących pod wpływem islamu i z tego względu odgrywa bardzo istotną rolę w judykaturze niemieckiej w przypadku sporów między Arabami, Irańczykami i Afgańczykami.

Instytucja daru małżeńskiego zajmuje pozycję obok uprawnień alimentacyjnych kobiety oraz od pewnego czasu obok innych ustawowych ustrojów majątkowych małżeńskich, o ile takie istnieją. W wielu przypadkach żądanie zapłaty z tytułu daru małżeńskiego jest jedynym majątkowym prawem małżonki i w większości przypadków następuje przy rozwodzie, jeżeli małżonek — jak prawie zawsze — przy ślubie zapłacił jedynie jego niewielką część.

Dar małżeński w niemieckim prawie kolizyjnym

Niełatwo udzielić odpowiedzi na pytanie, jak należy kwalifikować dar małżeński. Może on stanowić formalną lub materialną przesłankę małżeństwa lub też być osobistym lub związanym z ustrojem majątkowym skutkiem małżeństwa. Może mieć znaczenie nawet w prawie spadkowym. Dar małżeński z zakresu prawa islamskiego stanowi przykład problemów kwalifikacyjnych w niemieckiej judykaturze. W swoim ostatnim wyroku Bundesgerichtshof zakwalifikował dar małżeński jako osobisty skutek małżeństwa. Ja natomiast kwalifikuję tę instytucję do zakresu prawa ustrojów majątkowych. Oprócz tego dar małżeński jest traktowany jako instytucja mająca charakter alimentacyjnoprawny (tak powszechnie np. w Niderlandach) lub nawet jako instytucja o charakterze zobowiązania umownego. Żadna z tych kwalifikacji nie jest przekonująca. Być może zasadne byłoby inkorporowanie do naszego prawa prywatnego międzynarodowego odrębnej normy dotyczącej daru małżeńskiego. Jest to jednak pogląd mniejszościowy, który reprezentuje Nadjma Yassari.

Nowe procesy rozwojowe

Koncepcja uznająca dar małżeński za instytucję służącą zabezpieczeniu alimentacji kobiety po ustaniu małżeństwa stanowi głównie nową interpretację. O ile mi wiadomo, w tradycyjnych islamskich dziełach prawniczych wspomina się o tym bardzo rzadko. W każdym razie należy zauważyć, że nie ma granicy maksymalnej wysokości daru małżeńskiego, obowiązuje bowiem jedynie minimalna stawka, której wielkość różnie określają poszczególne szkoły prawa. Zasadniczo wysokość daru małżeńskiego jest ustalana według społecznej pozycji małżonki.

Z uwagi na dramatyczny wzrost inflacji w krajach Wschodu uzgodniony dar małżeński często praktycznie nie ma żadnej wartości w momencie jego dochodzenia. Częściowo dostrzega się, że ekonomiczne zabezpieczenie małżonki przez dar małżeński po śmierci małżonka na podstawie — niejednokrotnie zawartych w ustawach — reguł prawa islamskiego jest niewystarczające. Dary małżeńskie są najczęściej uzgadniane w kwotach pieniężnych w walucie danego kraju. Po części gwałtowny spadek jego wartości w okresie między zawarciem małżeństwa a wymagalnością daru małżeńskiego (w szczególności śmiercią małżonka lub rozwodem) skutkuje tym, że w przypadku dłużej trwającego małżeństwa praktycznie nie ma on — jak już wspomniałem — żadnej wartości. W związku z tym można poddać pod rozwagę dostosowanie wysokości daru małżeńskiego z chwili jego wymagalności do aktualnych stosunków gospodarczych.

Zadziwiające jest, że uczyniono to w Iranie, w porządku prawnym szczególnie kształtowanym przez tradycję, już przed 15 laty, aby odpowiednio polepszyć słabą pozycję małżonki w zakresie skutków rozwodu. Dotyczy to także instytucji daru małżeńskiego. W Iranie w obrocie prywatnoprawnym — zgodnie z prawem islamskim — zasadniczo obowiązuje zasada nominalizmu, jak np. w prawie niemieckim. Oznacza ona, że ryzyko normalnego spadku siły nabywczej (spadku wartości) pieniądza ponosi zasadniczo wierzyciel. Jest tak z pewnością również dzisiaj w odniesieniu do tzw. pełzającej inflacji. W przypadku dłużej trwającego małżeństwa i bardzo poważnej dewaluacji pieniądza można jednak rozważyć dostosowanie do stosunków gospodarczych z powodu braku podstawy handlowej stosunków umownych. Taką właśnie zasadę wprowadzono, w Iranie, prawdziwie konserwatywnym państwie.

Niewątpliwie rozwój gospodarczy skłonił ustawodawcę irańskiego — aczkolwiek *contra legem islamicam* — do wprowadzenia w 1997 r. do kodeksu cywilnego indeksacji wartości daru małżeńskiego. Okres, jaki upływa od zawarcia małżeństwa do momentu dochodzenia prawa do uzgodnionego daru małżeńskiego skutkuje tym, że — jak już powiedziano — cel tego prawa (pewne zabezpieczenie finansowe małżonki) nie

może być zrealizowany. Z tego też względu obecnie w Iranie obowiązuje zasada, zgodnie z którą wartość daru małżeńskiego w momencie wszczęcia postępowania rozwodowego jest każdego roku określana przez bank centralny w porównaniu z jego wartością z roku, w którym została zawarta umowa małżeństwa. Chodzi tu o wskaźniki, które są dopasowywane do rocznej stopy wzrostu inflacji. Tabele z aktualnymi danymi są regularnie publikowane przez bank centralny. Polepszenie pozycji prawnej małżonki jest więc zupełnie realne, jeśli oczywiście istnieje taka wola.

Rozwód

Zgodnie z prawem islamskim (wszystkich szkół), zasadniczo jedynie małżonek ma prawo do (jednostronnego) rozwiązania małżeństwa przez porzucenie (*talâq*). Chodzi o prywatną czynność prawną. Małżonce przysługuje prawo do rozwiązania małżeństwa lub udziału przy jego rozwiązywaniu tylko w wąskich granicach. W najczęściej enumeratywnie określonych przypadkach musi ona wtedy wystąpić — w przeciwieństwie do małżonka — o orzeczenie sądowe.

Jeżeli rozwiązanie małżeństwa inicjuje małżonek, to obowiązuje następujący stan prawny. Mający zdolność do czynności prawnych małżonek może w każdym czasie, bez podania powodów, zwolnić swoją żonę z małżeństwa lub ją porzucić, składając jednostronne oświadczenie woli, niewymagające dojścia do adresata. W ten sposób natychmiast dochodzi do zakończenia małżeńskiej wspólnoty życiowej, nawet jeżeli kobieta dowiaduje się o porzuceniu dopiero w późniejszym terminie. Oświadczenie to nie wymaga żadnej szczególnej formy. Zgodnie z prawem islamskim obrzędu hanafickiego, nie musi ono być również składane przed dwoma świadkami muzułmańskimi płci męskiej. W żadnym wypadku zgoda małżonki nie jest wymagana.

Przezornie wymienić należy przykłady ze zbiorów fatw. Jeżeli małżonek oświadcza w obecności swojej żony *talâq*, to małżeństwo jest natychmiast rozwiązane. Jeśli np. mężczyzna mówi w zamiarze rozwodu w obecności swojej żony „idź do diabła”, to już w tym momencie małżeństwo ulega rozwiązaniu. Jeżeli w momencie wypowiedzenia porzucenia małżonkowie przebywają w różnych miejscach, rozwód uważa się za przeprowadzony, gdy tylko małżonek wyśle list rozwodowy. Jego odebranie przez małżonkę nie ma znaczenia w świetle prawa hanafickiego, hanabalickiego i szyickiego. Małżonka ma prawo do alimentacji jedynie do chwili uzyskania wiedzy o *talâqu*. Dzisiaj jednak we wszystkich państwach Wschodu porzucenie nie może zostać dokonane, odmiennie niż w tradycyjnym prawie islamskim, w formie prywatnej, lecz w przewi-

dzianej ustawowo sformalizowanej procedurze, przy czym pozostaje to bez wpływu na samą instytucję prawną porzucenia.

Poza przypadkiem rozwiązania małżeństwa przez porzucenie, istnieją również inne sposoby rozwiązania małżeństwa. Wspomnieć należy jedynie, że w ściśle określonych warunkach niektóre szkoły prawa uznają, że małżeństwo może zostać rozwiązane przez orzeczenie sądowe. Ponadto możliwe jest samowykupienie (*kul*) kobiety, jeżeli małżonek wyrazi na nie zgodę. Wreszcie, rozwód jest możliwy, jeżeli — jak już wspomniano — kobieta została upoważniona w umowie małżeństwa do wypowiedzenia porzucenia (*talâq*) w imieniu swojego męża wobec siebie samej.

W wielu arabskich ustawach z zakresu prawa rodzinnego próbuje się dzisiaj zmodyfikować kwestie dotyczące rozwodu na korzyść kobiet, nie podważając porzucenia przez mężczyznę.

Skutki rozwodu

W razie rozwiązania małżeństwa kobieta nie ma prawa do alimentacji pomalżeńskiej. W przypadku ustawowego ustroju małżeńskiego rozdzielności majątkowej, który — jak już powiedziano — obowiązuje we wszystkich krajach Orientu, kobiecie nie przysługują również żadne roszczenia na podstawie norm dotyczących ustroju majątkowego. Jedyne zabezpieczeniem finansowym kobiety po rozwodzie jest dar małżeński, który staje się wymagalny najpóźniej w chwili rozwodu. Jeżeli, jak ma to często miejsce, nie został uzgodniony znaczny dar małżeński, to kobieta odchodzi z niczym. Jeżeli w małżeństwie urodziły się dzieci, to prawo opieki rodzicielskiej zwykle zachowuje ojciec.

Prawo spadkowe

Podobnie jak prawo małżeńskie, prawo spadkowe zasadniczo oparte zostało na regułach szariatu. Jednak również w tej dziedzinie w wielu państwach istnieją skodyfikowane regulacje, które w razie wątpliwości zawsze zawierają jedynie prawo dominującej w danym państwie szkoły prawa. Prawo spadkowe jest bardzo skomplikowane. Według przekazu proroka Mahometa, zawiera ono połowę nauki. Rzeczywiście trzeba znać podstawowe zasady matematyki, aby móc ustalić udziały spadkowe w przypadku otwarcia spadku.

Szariat nie zna ustanowienia spadkobiercy, nie zna bowiem testamentu, lecz jedynie zapis. Dopuszczalne są zapisy nieprzekraczające jednej trzeciej spadku. Zapis jest również dopuszczalny, jeżeli zostaje dokonany na rzecz osoby innego wyznania niż spadkodawca. Spadkobiercą ustawowym może być natomiast jedynie osoba, która wyznaje tę samą

religię co spadkodawca. Pierwszeństwo ma dziedziczenie ustawowe. Nie ma sukcesji uniwersalnej. Prawo czterech szkół sannickich przewiduje pewne kuriozum, jakim są stałe koraniczne zachowki z pierwszeństwem przed dziedziczeniem ustawowym. Zaznaczyć należy również, że spadkobiercy płci męskiej zawsze otrzymują udziały dwukrotnie większe niż udziały spadkobierców płci żeńskiej.

W dziedziczeniu prawa spadkowego istnieje bardzo istotna różnica między czterema szkołami sunnickimi i szyitami. Szyici znają — w przeciwieństwie do pozostałych szkół — system parentalny, w którym spadkobiercy są podzieleni na grupy. W związku z tym spadkobiercy agnatyczni, a więc krewni w linii męskiej, nie mają uprzywilejowanej pozycji. Spadkobiercy w linii żeńskiej wyższej grupy wyłączają z dziedziczenia ewentualnych spadkobierców agnatycznych. Innymi słowy, islamsko-szyickie prawo spadkowe od dziesięcioleci zawarte w irańskim kodeksie cywilnym jest o wiele bardziej przejrzyste niż prawo spadkowe obowiązujące w państwach arabskich, choć dzisiaj niejednokrotnie zostało już ono skodyfikowane.

Z języka niemieckiego przetłumaczył *Arkadiusz Wowerka*

Postanowienie Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 8 marca 2016 r. (V Cz 664/15)

Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim, V Wydział Cywilny Odwoławczy, po rozpoznaniu w dniu 8 marca 2016 r. w Gorzowie Wielkopolskim sprawy o dokonanie czynności notarialnej, na skutek zażalenia na odmowę sporządzenia aktu notarialnego testamentu przez Marcina Margońskiego — zastępcę notarialnego upoważnionego przez notariusza Przemysławę Bac, prowadzącą Kancelarię Notarialną z siedzibą w Słubicach, objętą protokołem Rep. A numer 8696/2015 z dnia 4 listopada 2015 r.

postanawia:

zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„czy art. 1 ust. 2 lit. k), art. 1 ust. 2 lit. l) lub art. 31 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z 4 lipca 2012 roku w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego, Dz.Urz. UE L 201 z 27 lipca 2012 r., s. 107 ze zm. należy interpretować w ten sposób, że dopuszczają one odmowę uznania skutków rzeczowych zapisu windykacyjnego (*legatum per vindicationem*), przewidywanego przez statut spadkowy, jeśli zapis ten dotyczy prawa własności nieruchomości położonej w państwie członkowskim, którego prawo nie zna instytucji zapisu wywierającego bezpośredni skutek rzeczowy?”¹

¹ Zagadnienia stanowiące przyczynek wskazanego pytania prejudycjalnego omówił M. Paz-

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny sprawy, przebieg postępowania przed organami krajowymi i przepisy prawa krajowego

1. Stan faktyczny sprawy

W związku z chęcią sporządzenia testamentu A (zwana dalej wnoszącą zażalenie) zgłosiła się do kancelarii notarialnej z siedzibą w Słubicach.

W fazie postępowania przed notariuszem ustalony został następujący stan faktyczny:

Wnosząca zażalenie jest obywatelką polską, pozostaje w związku małżeńskim z obywatelem niemieckim i zamieszkuje we Frankfurcie nad Odrą. Małżonkowie posiadają dwoje małoletnich dzieci. Małżonkowie są współwłaścicielami, w udziałach wynoszących po 1/2 części każde, nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym, położonej we Frankfurcie nad Odrą. W domu tym zamieszkuje wnosząca zażalenie wraz z mężem i dziećmi.

Wnosząca zażalenie chciałaby w testamencie dokonać wyboru polskiego prawa spadkowego, a następnie — przez zastosowanie zapisu windykacyjnego w rozumieniu art. 981¹ kodeksu cywilnego — zapewnić nabycie całego przysługującego jej udziału w prawie własności domu położonego we Frankfurcie nad Odrą wyłącznie przez swojego małżonka. W pozostałym zakresie wnosząca zażalenie chciałaby pozostawić ustawowy porządek dziedziczenia po sobie, tj. chciałaby, aby dziedziczył mąż wraz z dziećmi w częściach równych.

Wnosząca zażalenie podkreślała przy tym, że jej wolą jest, aby mąż nabył przysługujący jej udział w prawie własności wspólnego domu z chwilą otwarcia spadku. Wnosząca zażalenie po pouczeniu przez notariusza o stanie prawnym *explicite* wykluczyła posłużenie się konstrukcją zapisu zwykłego (damnacyjnego) w rozumieniu art. 968 kodeksu cywilnego. Spowodowane to jest koniecznością umownego wykonania takiego zapisu, w tym trudnościami z reprezentacją małoletnich dzieci powołanych do dziedziczenia oraz dodatkowymi kosztami. Wnosząca zażalenie

dan: *Aspekty kolizyjnoprawne zapisu windykacyjnego*. PPPM 2015, T. 16, s. 11—30.

wyklucza konieczność dokonywania jakichkolwiek dodatkowych czynności prawnych prowadzących do nabycia przysługującego jej udziału w nieruchomości przez jej małżonka (czy to w postępowaniu działowym, czy w ramach wykonania zapisu). Od skupienia w rękę męża całości własności domu ze skutkiem rzeczowym wnosząca zażalenie uzależnia powołanie dzieci do dziedziczenia obok małżonka w odniesieniu do reszty majątku spadkowego.

2. Uzasadnienie odmowy dokonania czynności notarialnej i złożonego zażalenia

W dniu 4 listopada 2015 r. zastępca notarialny Dr. iur. Marcin Margoński dokonał w trybie art. 81 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie (Dz.U. 2014, poz. 164 ze zm.) odmowy dokonania czynności notarialnej polegającej na sporządzeniu testamentu zawierającego zapis windykacyjny, w rozumieniu art. 981¹ kodeksu cywilnego, odnoszący się do udziału przysługującego wnoszącej zażalenie w prawie własności nieruchomości położonej na terenie Republiki Federalnej Niemiec.

W sporządzonym uzasadnieniu odmowy dokonania czynności notarialnej z dnia 9 listopada 2015 r. dokonujący odmowy zastępca notarialny uznał, że wnosząca zażalenie może z uwagi na posiadane obywatelstwo polskie dokonać zgodnie z art. 22 ust. 1 rozporządzenia 650/2012 wyboru prawa polskiego jako prawa, któremu będzie podlegał ogół spraw dotyczących spadku po niej. Wybranemu przez wnoszącą zażalenie polskiemu prawu spadkowemu podlegałyby, zgodnie z art. 23 ust. 2 lit. e) rozporządzenia 650/2012, także kwestia dopuszczalności zapisów windykacyjnych i wywierania przez zapisy skutków rzeczowych z chwilą śmierci testatora. Obejmowanie tych zagadnień przez statut spadkowy na gruncie ostatnio przytoczonego przepisu w ocenie notariusza nie budzi wątpliwości, a dodatkowo potwierdzone jest przez proceduralny przepis art. 68 lit. m) rozporządzenia 650/2012, przewidujący możliwość wylegitymowania zapisobiercy windykacyjnego przez wydanie mu europejskiego poświadczenia spadkowego.

Mimo zasadniczej dopuszczalności wyboru prawa polskiego i posługiwania się na jego gruncie instytucją zapisu windykacyjnego, żądanie sporządzenia testamentu w kształcie postulowanym przez wnoszącą zażalenie zastępca notarialny uznał za sprzeczne z niemieckim prawem rzeczowym i rejestrowym, które podlega uwzględnieniu zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. k) oraz l) rozporządzenia 650/2012 oraz art. 31 rozporządzenia 650/2012.

Dokonujący odmowy zastępca notarialny podniósł, że niemieckie prawo spadkowe tradycyjnie odrzuca instytucję zapisu windykacyjnego i dopuszcza jedynie zapisy damnacyjne, tj. o skutkach zobowiązaniowych (§ 2174 BGB). Już przed wejściem w życie rozporządzenia 650/2012 niemieckie sądy odmawiały uznawania skutków rzeczowych obcych zapisów windykacyjnych odnoszących się do rzeczy położonych na terenie Niemiec. Wskazano w tym kontekście na wyrok niemieckiego Trybunału Federalnego (BGH — Bundesgerichtshof) z 28 września 1994 r., „Praxis des internationalen Privat-, Wirtschafts- und Verfahrensrechts” 1996, s. 39 i nast. W ocenie BGH zagraniczny statut spadkowy nie mógł decydować o sposobie nabycia praw do rzeczy położonych w Niemczech, gdyż byłoby to nie do połączenia z niemieckim prawem rzeczowym. Rzeczowe skutki zapisu odnoszącego się do rzeczy położonych w Niemczech regulowane są przez prawo niemieckie, a zapis windykacyjny przewidywany przez statut spadkowy podlega dostosowaniu i wywiera jedynie skutki obligacyjne. Przed wejściem w życie rozporządzenia 650/2012 przyjmowano więc, że zapis windykacyjny dopuszczany przez obcy statut spadkowy, a odnoszący się do rzeczy położonej na terenie RFN, musi zostać wykonany przez przeniesienie przez spadkobiercę własności rzeczy będącej przedmiotem zapisu (na zasadach obowiązujących przy niemieckim zapisie damnacyjnym).

Zastępca notarialny podniósł następnie, że na gruncie rozporządzenia 650/2012 uważa się w Niemczech, że prymat prawa rzeczowego w zakresie skutków zapisu wynika, przynajmniej co do nieruchomości, z art. 1 ust. 2 lit. k) oraz l) rozp. spad., które poza zakresem regulacji rozporządzenia (a tym samym i wybranego przez testatora statutu spadkowego) pozostawiają charakter praw rzeczowych oraz wymogi prawne dotyczące wpisu do ksiąg wieczystych. Niemieckiemu prawu nie jest zaś znana podstawa nabycia własności w postaci zapisu windykacyjnego, a podstawą wpisu zapisobiercy do księgi gruntowej może być jedynie akt notarialny zawierający umowę przeniesienia własności nieruchomości przez spadkobierców na zapisobiercę w wykonaniu zapisu albo zastępujące go orzeczenie sądowe. Także na gruncie rozporządzenia 650/2012 obce zapisy windykacyjne będą dlatego w Niemczech w drodze tzw. dostosowania uznawane za zapisy damnacyjne, do czego podstawę daje art. 31 rozporządzenia 650/2012.

Zastępca notarialny wskazał, że opisane wyżej stanowisko w kwestii skutków rzeczowych obcych zapisów windykacyjnych widoczne jest w uzasadnieniu niemieckiej ustawy implementującej rozporządzenie 650/2012 (ustawa z 29 czerwca 2015 r. o międzynarodowym postępowaniu spadkowym Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz, „Federalny Dziennik Ustaw” I, s. 1042), której urzędowe uzasadnienie (druk 18/4201,

s. 48) zawiera następujący fragment: „Das deutsche Recht kennt hingegen das Vindikationslegat nicht und muss dies im Rahmen der ErbVO auch nicht anerkennen (Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe k ErbVO). Schon bislang deutet das deutsche Recht ein solches Vindikationslegat in einen schuldrechtlichen Anspruch um (sogenanntes Damnationslegat). Hieran ändert Artikel 31 ErbVO nichts”.

Prawo niemieckie nie zna natomiast zapisu windykacyjnego i nie musi go uznawać także na gruncie rozporządzenia spadkowego (art. 1 ust. 2 lit. k) rozporządzenia). Już dotychczas prawo niemieckie nadawało takim zapisom windykacyjnym skutki wyłącznie zobowiązaniowe (tzw. zapis damnacyjny). W tym zakresie art. 31 rozporządzenia spadkowego nie wprowadza żadnej zmiany.

Zastępca notarialny wskazał ponadto, że pogląd odmawiający obcym zapisom windykacyjnym skutków rzeczowych w Niemczech jest na gruncie rozporządzenia spadkowego podzielany przez znaczącą część niemieckiej doktryny (H. Dörner, „Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge” 2012, s. 508; U. Simon, M. Buschbaum, „Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge” 2012, s. 527; R. Süß, „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht” 2013, s. 744; J. Mayer, w: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 9, Monachium 2013, § 2353 BGB, nb 196; K. Lechner, „Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis” 2014, s. 95; D. Martiny, w: *BGB Kommentar*, H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (Red.), Kolonia 2014, *Anhang I zu Art. 26 EGBGB*, nb 50; S. Frank, Ch. Döbereiner, *Nachlassfälle mit Auslandsbezug*, Bielefeld 2015, nb 79—93; J. Müller-Lukoschek, *Die neue EU-Erbrechtsverordnung*, Bonn 2015, § 2, nb 111).

Powyższe doprowadziło zastępcę notarialnego do wniosku, że dopuszczalny na gruncie polskiego prawa spadkowego zapis windykacyjny, dotyczący udziału w prawie własności nieruchomości, nie wywoła skutku rzeczowego na terenie Republiki Federalnej Niemiec ze względu na sprzeczność z niemieckim prawem rzeczowym. Zapis o skutkach rzeczowych dotyczący udziału przysługującego wnoszącej zażalenie w prawie własności zamieszkiwanej nieruchomości jest tymczasem centralną częścią rozrządzenia na wypadek śmierci, którego sporządzenia żąda wnosząca zażalenie. Skutkom rzeczowym — nabyciu przedmiotowych praw z chwilą śmierci przez małżonka bez konieczności współdziałania dzieci — wnosząca zażalenie nadaje zasadnicze znaczenie i nie jest skłonna w tym zakresie odstąpić od przyjętej konstrukcji testamentu. Z uwagi na sprzeczność żądanej treści testamentu z niemieckim prawem rzeczowym, podlegającym uwzględnieniu w trybie art. 1 ust. 2 lit. k) i 1) rozporządzenia 650/2012 oraz art. 31 rozporządzenia 650/2012, notariusz uznał za konieczną odmowę dokonania czynności notarialnej.

W dniu 16 listopada 2015 r. zainteresowana złożyła w trybie art. 83 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie zażalenie na odmowę dokonania czynności notarialnej. W jej uzasadnieniu wnosząca zażalenie podniosła, że kluczowe w sprawie normy rozporządzenia 650/2012 podlegają autonomicznej wykładni. Materia skutków rzeczowych zapisu i pozycji prawnej zapisobiercy jest zaś materią spadkową, a nie prawnorzecową czy z zakresu prawa rejestrowego.

W ocenie wnoszącej zażalenie żadna z przytoczonych w uzasadnieniu odmowy norm rozporządzenia 650/2012 nie uzasadnia ograniczenia statutu spadkowego (w przedmiotowej sprawie prawa polskiego, dopuszczającego zapisy windykacyjne) w sposób uzasadniający odmówienie zapisowi windykacyjnemu skutków rzeczowych. Z art. 1 ust. 2 lit. k) rozporządzenia 650/2012 wynika, że postanowienia statutu spadkowego nie mogą naruszać „charakteru praw rzeczowych”. Oznacza to w ocenie wnoszącej zażalenie wyłącznie, że w drodze zapisu windykacyjnego nie jest możliwe wykreowanie prawa rzeczowego nieznanego systemowi prawnemu miejsca położenia rzeczy. Sytuacja taka miałaby miejsce, gdyby w drodze zapisu testator chciał ustanowić na przykład ograniczone prawo rzeczowe nieznanie prawu miejsca położenia nieruchomości. Tylko wtedy konieczne i możliwe byłoby zakwestionowanie skutków rzeczowych zapisu windykacyjnego w trybie art. 31 rozporządzenia 650/2012.

W przedmiotowej sprawie chodzi zaś o nabycie przez zapisobiercę prawa własności rzeczy, które to prawo (prawo własności) jest oczywiście znane niemieckiemu systemowi prawnemu. Okoliczność, że niemieckie prawo spadkowe nie zna podstawy nabycia rzeczy w postaci zapisu windykacyjnego jest w ocenie wnoszącej zażalenie bez znaczenia, gdyż właściwe w sprawie spadkowej ma być polskie, a nie niemieckie prawo spadkowe. Statut spadkowy reguluje zaś ogół spraw spadkowych po danej osobie, w tym kwestię nabycia poszczególnych składników majątku spadkowego w drodze sukcesji syngularnej na podstawie zapisu windykacyjnego.

Bez znaczenia dla skutków zapisu windykacyjnego jest w ocenie wnoszącej zażalenie także przewidziane w art. 1 ust. 2 lit. l) rozporządzenia 650/2012 wyłączenie z zakresu regulacji rozporządzenia materii rejestrowej, w tym podstaw wpisów do rejestrów publicznych. Zapisobierca windykacyjny po nabyciu prawa własności, zgodnie z właściwym w sprawie statutem spadkowym i po potwierdzeniu tej okoliczności w stosownym postępowaniu spadkowym (choćby przez uzyskanie europejskiego poświadczenia spadkowego obejmującego nabycie przedmiotu zapisu windykacyjnego, zgodnie z art. 68 lit. m) rozporządzenia spadkowego), dokona wszelkich dalszych procedur ujawnienia nabytego prawa własności w księdze gruntowej prowadzonej dla przedmiotowej nieruchomości zgodnie z niemieckim prawem rejestrowym (wieczystoksięgowym).

Odnosząc się do przytoczonego fragmentu uzasadnienia niemieckiej ustawy wdrażającej rozporządzenie 650/2012 i zawartej tam oceny kluczowych norm rozporządzenia, wnosząca zażalenie zauważyła, że ustawodawcy niemieckiemu nie przysługuje kompetencja do jednostronnego wiążącego wykładania prawa unijnego. Odnosząc się natomiast do przytoczonych w uzasadnieniu odmowy stanowisk przedstawicieli niemieckiej doktryny, wskazała wiele przeciwnych stanowisk wyrażonych w niemieckim piśmiennictwie (por. K. Thorn, w: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Monachium 2014, art. 1 EuErbVO, nb 15 i nast.; J.P. Schmidt, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2013, H. 77, s. 15 i nast.; F. Gärtner, *Die Behandlung ausländischer Vindikationslegate im deutschen Recht*, Monachium 2014, s. 84 i nast.; A. Dutta, w: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 10, Monachium 2015, art. 1 rozp. spad., nb 32, art. 31 rozp. spad., nb 8; D. Looschelders, w: *BGB, Rom-Verordnungen — EuErbVO — HUP*, Bd. 6, R. Hüßtege, H.P. Mansel (Red.), Baden-Baden 2015, art. 31, nb 12—13; A. Köhler, w: *Nachfolgerecht*, L. Kroiß, C.-H. Horn, D. Solomon (Red.), Baden-Baden 2015, art. 1 rozp. spad., nb 19—22).

Wnosząca zażalenie podniosła też, że zastrzeżeń względem skutków rzeczowych zapisów windykacyjnych nie podzielił ustawodawca holenderski, mimo że holenderskie prawo spadkowe także nie zna instytucji zapisów windykacyjnych. Wprowadzony w art. 13 holenderskiej ustawy przygotowującej stosowanie rozporządzenia spadkowego z dnia 5 listopada 2014 r. (*Uitvoeringswet Werordening erfrecht*) nowy art. 27a holenderskiej ustawy o katastrze (*Kadasterwet*) umożliwia zapisobiercy windykacyjnemu wpis prawa własności na podstawie europejskiego poświadczenia spadkowego poświadczającego nabycie nieruchomości w drodze zapisu.

Wniesione na odmowę dokonania czynności notarialnej zażalenie zostało zgodnie z art. 83 § 1 zd. 2 oraz art. 83 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie rozpatrzone w trybie samokontroli przez zastępcę notarialnego Dr. iur. Marcina Margońskiego, który nie znalazł podstaw do uwzględnienia złożonego zażalenia.

3. Przepisy prawa krajowego

Zgodnie z art. 981¹ § 1 kodeksu cywilnego, „W testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego spadkodawca może postanowić, że oznaczona osoba nabywa przedmiot zapisu z chwilą otwarcia spadku (zapis windykacyjny)”. Przedmiotem takiego zapisu windykacyjnego może być między innymi udział w prawie własności nieruchomości, stanowią-

cy zbywalne prawo majątkowe (art. 981¹ § 2 pkt 2 kodeksu cywilnego). Testator, który chce, aby zapis wywarł skutek rzeczowy, a zapisobierca stał się właścicielem przeznaczonej mu rzeczy z mocy prawa z chwilą otwarcia spadku, musi tym samym sporządzić swój testament w formie aktu notarialnego. Odróżnia to zapis windykacyjny od również znanego prawu polskiemu zapisu damnacyjnego (art. 968 kodeksu cywilnego), który testator zawrzeć może w testamencie sporządzonym w każdej dopuszczalnej formie, w tym w testamencie własnoręcznym.

Polski notariat należy do kręgu tzw. notariatu łacińskiego. Dokonując czynności notarialnych, notariusz (lub zastępujący go zastępca notarialny) działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 2 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie, Dz.U. 2014, poz. 164 ze zm.). Wykonuje także funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości (tak wyr. Trybunału Konstytucyjnego z 10 grudnia 2003 r. (sygn. K 49/01, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 101, wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK Seria A 2015, nr 1, poz. 1). Sporządzane przez niego dokumenty mają na gruncie prawa polskiego charakter dokumentów urzędowych (art. 2 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie). Ustawa nakłada na notariusza prawny obowiązek odmowy dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem (art. 81 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie).

Odmowa dokonania czynności notarialnej podlega kontroli w razie wniesienia zażalenia przez osobę, której odmówiono dokonania czynności. Zażalenie to badane jest w pierwszej kolejności w trybie samokontroli przez samego notariusza, który może uznać je za słuszne i dokonać czynności (art. 83 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie). W razie nieuwzględnienia zażalenia przez samego notariusza, zażalenie rozpatrywane jest przez Sąd Okręgowy właściwy ze względu na siedzibę notariusza (art. 83 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. — Prawo o notariacie). Zgodnie z orzecnictwem krajowym, Sąd Okręgowy orzeka przy tym jako sąd drugiej instancji (uchwała składu 7 Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2010 r. III CZP 86/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 49).

II. Znaczenie materii objętej pytaniem prejudycjalnym dla rozpatrzenia zażalenia

Rozpatrując zażalenie na odmowę dokonania czynności notarialnej, Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim dokonuje oceny zasadności stanowiska notariusza, że treść czynności żądanej przez osobę wnoszącą zażalenie jest sprzeczna z prawem. W przedmiotowej sprawie zastępca notarialny dopatrywał się takiej sprzeczności w zakresie, w jakim żądany testament miałby zawierać zapis windykacyjny odnoszący się do nieruchomości położonej na terenie Republiki Federalnej Niemiec. Wskazywał przy tym, że bezpośrednie rzeczowe skutki polskiego zapisu windykacyjnego są sprzeczne z niemieckim prawem rzeczowym i rejestrowym. Zweryfikowanie tego stanowiska wymaga ustalenia przez Sąd prawa właściwego dla oceny kwestii skutków rzeczowych zapisu. Konieczne jest przede wszystkim ustalenie zakresu, w jakim skutki te, wynikające ze statutu spadkowego, mogą być ograniczone przez postanowienia prawa obowiązującego w miejscu położenia przedmiotu zapisu w sytuacji, gdy prawo to nie zna instytucji zapisu windykacyjnego.

III. Zważania prawne dotyczące przedmiotu pytania prejudycjalnego

Zgodnie z art. 23 ust. 2 lit. e) rozporządzenia 650/2012, statutowi spadkowemu podlega w szczególności „przejście składników majątku, praw i obowiązków wchodzących w skład spadku na spadkobierców oraz, w stosownych przypadkach, na zapisobierców, w tym warunki i skutki przyjęcia lub odrzucenia spadku lub zapisu”. Ponadto w art. 23 ust. 2 lit. b) rozporządzenia spadkowego sprecyzowano, że statut spadkowy obejmuje także „określenie beneficjentów”, tj. wszelkiego rodzaju sukcesorów spadkowych nabywających majątek spadkodawcy. Motyw 9 rozporządzenia wyjaśnia, że statut spadkowy obejmuje „wszystkie formy przejścia składników majątku, praw i obowiązków na skutek śmierci, czy to na podstawie dobrowolnego rozrządzenia na wypadek śmierci, czy to w drodze dziedziczenia ustawowego”. Kolizyjnoprawne rozstrzygnięcia uzupełnia ich procesowa implementacja. Zgodnie z art. 68 lit. m) rozporządzenia 650/2012, europejskie poświadczenie spadkowe może zawierać

między innymi „wykaz praw lub składników majątku przypadających każdemu zapisobiercy”.

Punktem wyjścia z uwagi na powyższe uregulowania jest w ocenie Sądu bezspornie objęcie zakresem regulacji statutu spadkowego także zapisu, w tym zapisu windykacyjnego. Kluczową kwestią, którą Sąd chciałby poddać ocenie Trybunału, jest zakres, w jakim skutki rzeczowe zapisu windykacyjnego przewidywane przez statut spadkowy mogą być powtórnie weryfikowane (i ograniczane) przez prawo obowiązujące w miejscu położenia przedmiotu zapisu.

Szczególnie newralgiczne jest tu rozgraniczenie zakresu statutu spadkowego i statutu rzeczowego. Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. k) rozporządzenia 650/2012, z zakresu zastosowania rozporządzenia wyłączone jest „charakter praw rzeczowych”. Niewątpliwie należy pod tym pojęciem rozumieć zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych, rozumianą jako określony katalog rodzajów tych praw. Poza sporem jest, że zapis windykacyjny przewidywany przez statut spadkowy nie może wykreować prawa do rzeczy nieznanego prawu rzeczowemu obowiązującemu w miejscu położenia przedmiotu zapisu.

Spory budzić może natomiast, czy art. 1 ust. 2 lit. k) rozporządzenia 650/2012 obejmuje wyłączenie z zakresu zastosowania rozporządzenia także możliwych podstaw nabycia praw rzeczowych. Na pytanie to w polskiej literaturze przedmiotu udziela się odpowiedzi negatywnej (J. Górecki, *Nieruchomość jako składnik spadku — uwagi na tle Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (EU) nr 650/2012*, w: *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego. Księga dedykowana Profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*, Warszawa 2014, s. 17; M. Margoński, *Skutki rzeczowe zapisu windykacyjnego na tle rozporządzenia spadkowego*, w: *Nowe europejskie prawo spadkowe*, Warszawa 2015, s. 217). Sąd występujący z pytaniem przychylił się do zapatrywania, że nabycie przedmiotu zapisu ze skutkiem rzeczowym w trybie sukcesji syngularnej w drodze zapisu windykacyjnego jest materią o charakterze spadkowym i podlega wyłącznej regulacji statutu spadkowego. Odmienne ocena prawna zawarta w urzędowym uzasadnieniu niemieckiej ustawy z dnia 29 czerwca 2015 r. o międzynarodowym postępowaniu spadkowym (*Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz*) pokazuje jednak, że kwestia wymaga orzeczenia Trybunału.

Podobne wątpliwości można mieć na gruncie art. 1 ust. 2 lit. l) rozporządzenia 650/2012, który z zakresu regulacji rozporządzenia wyłącza „wszelkie wpisy do rejestru praw do nieruchomości lub rzeczy ruchomych, łącznie z wymogami prawnymi dotyczącymi takich wpisów, oraz skutki wpisu lub braku wpisu takich praw do rejestru”. Uzupełnia go motyw 18. preambuły rozporządzenia, zgodnie z którym prawo państwa

członkowskiego, w którym prowadzony jest rejestr, „powinno określać warunki prawne i sposób dokonywania wpisu”. Także tu można spierać się, czy prawo rejestrowe może wpływać na prawnośpadkowy skutek zapisu, którym jest w wypadku zapisu windykacyjnego nabycie przedmiotu zapisu z mocy prawa. Przy przyjęciu spadkowej kwalifikacji skutków rzeczowych zapisu prawo rejestrowe obejmowałoby jedynie sposób wykazania skutków prawnośpadkowego nabycia, a nie mogło wpływać na samo nabycie (tak w polskiej literaturze M. Margoński, *Skutki rzeczowe...*, s. 220; J. Górecki, *Europejskie poświadczenie spadkowe — nowy sposób potwierdzenia praw do majątku spadkowego*, „Rejent” 2015, nr 8, s. 21). Zapisobierca windykacyjny musiałby być przez organy rejestrowe traktowany jako właściciel rzeczy, a wymogi dotyczące jego ujawnienia w rejestrze nie odbiegałyby od wymogów stawianych dziedziczącemu nieruchomości spadkobiercy.

Wyjaśnienie zakresu, w jakim państwo członkowskie miejsca położenia przedmiotu zapisu windykacyjnego może kwestionować skutek rzeczowy zapisu, przewidywany przez statut spadkowy, będzie miało w końcu znaczenie dla wykładni art. 31 rozporządzenia 650/2012. Tylko bowiem, jeśli takie zakwestionowanie skutków rzeczowych zapisu windykacyjnego w państwie położenia przedmiotu zapisu jest możliwe, otwiera się przestrzeń do dokonania dostosowania w trybie art. 31 rozporządzenia 650/2012. W takiej sytuacji zapisowi windykacyjnemu mogą być potencjalnie nadane skutki zapisu damnacyjnego, wymagającego wykonania np. przez przeniesienie na zapisobiercę własności rzeczy, przy czym sposób dokonania dostosowania wymagałby starannej analizy pozycji prawnej zapisobiercy windykacyjnego na gruncie statutu spadkowego, gdyż zapisobiercę takiego można potencjalnie w drodze dostosowania uznać także za spadkobiercę.

Z uwagi na zarysowane powyżej wątpliwości, a także w celu uzyskania wykładni wiążącej w innych krajach członkowskich, Sąd uznał za celowe zwrócić się do Trybunału z pytaniem prawnym jak w sentencji.

Redaktor: Barbara Todos-Burny

Projektant okładki: Grzegorz Nowak

Łamanie: Alicja Załęcka

Copyright © 2016 by
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
Wszelkie prawa zastrzeżone

ISSN 1896-7604

(wersja drukowana)

ISSN 2353-9852

(wersja elektroniczna)

Wydawca

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice

www.wydawnictwo.us.edu.pl

e-mail: wydawus@us.edu.pl

Wydanie I. Nakład: 50 + 50 egz. + 25 nadb. Ark. druk.
8,0. Ark. wyd. 10,0. Papier offset. kl. III, 90 g

Cena 20 zł (+ VAT)

Druk i oprawa: „TOTEM.COM.PL Sp. z o.o.” Sp.K.
ul. Jacewska 89, 88-100 Inowrocław

Więcej o książce



CENA 20 ZŁ | ISSN 1896-7604
(+ VAT)