



Wojciech Dajczak

Profesor nauk prawnych, zakresem badań naukowych obejmuje: antyczne prawo rzymskie, znaczenie tradycji romanistycznej dla rozwoju prawa prywatnego w nowożytnej Europie, porównawcze prawo prywatne i problemy harmonizacji prawa cywilnego.



Franciszek Longchamps de Bériér

Ksiądz katolicki, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, LL.M. (Georgetown University), wykłada na Uniwersytecie Warszawskim; członek Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej PAN, Komitetu Nauk Prawnych PAN, Zespołu ekspertów ds. Bioetycznych Konferencji Episkopatu Polski; stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

Wojciech Dajczak, Franciszek Longchamps de Bériér

Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji

Roman Law and the Process of Decodification

The phenomenon that is known as decodification, and the related Europeanization of particular national legal systems, has triggered mechanisms for discussing the process of creating the law which resemble the way in which Roman jurisprudence and ius commune lawyers functioned. Framing the legal order within a deductive system has not been entirely successful. Roman law is the legacy of legal thought, and it allows us to illustrate how law reflects values and what those values might be. Looking at the history of law from this perspective seems important in the context of the decodification process, and we can prove this by using of two examples. One of these is the principle of family solidarity which restrains the freedom of testation. The second is the rationale for distinguishing incorporeal from corporeal things, when deciding on the possible objects of property rights. The article takes into consideration the fact that including the Roman and civil law tradition in the discussion about new order of private law in Europe provides more flexibility for legal regulations. The authors still believe that private law is a system of norms with its own internal logic and is based on fairness and justice. Legal practice proves that this way of thinking is not an anachronism. References to the tradition of Roman law clearly show that the controversy concerning the new order revolves around the sense and the extent to which private law can be treated instrumentally.

I. Czy kodyfikacje cywilne zażyły prawo rzymskie?

Od ponad dwudziestu lat toczy się intensywna dyskusja o europejskim prawie prywatnym¹. Towarzyszą jej żywe rozważa-

nia nad pojęciem i praktycznym znaczeniem europejskiej tradycji prawnej. W jej ramach Tomasz Giaro postawił tezę, że prawo rzymskie zawsze umiera wraz z kodyfikacją². Istotę owe-

¹ W. Dajczak, *Niepokoje i szanse związane z ujednolicaniem prawa cywilnego*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 1 (3), s. 3 i n.

² T. Giaro, *Roman law always dies with a codification* (w:) *Roman Law and European Legal Culture. Cooperation of Universities Supporting the*



go umierania dostrzegając w tym, że określona wizja prawa prywatnego kończyła się przez zmierną próbę przełamania jej słabości uporządkowaniem prawa. Zgodnie z tym schematem justyniańska kompilacja zamknęła okres prawa antycznego. Kodyfikacje prawa natury zostały zbudowane w opozycji do dawnego *ius commune*. Niemiecka kodyfikacja prawa cywilnego zamknęła czas twórczej dogmatyki tzw. dzisiejszego prawa rzymskiego. Syntetycznie można zatem powiedzieć, że twórcza rola procesów kompilacji, czy potem kodyfikacji prawa prywatnego, polegała na przełamywaniu słabości aktualnej, romanistycznej wizji prawa. Natomiast twórcza rola romanistycznej refleksji tkwiła w opozycji do wizji prawa prywatnego, przyjętej w kompilacji justyniańskiej, a następnie w kodyfikacjach szkoły prawa natury. Z chwilą wejścia w życie niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) w 1900 r. upowszechnił się pogląd, że dalszy rozwój prawa cywilnego będzie następował w ramach dogmatyki opartej na narodowych kodyfikacjach. Innymi słowy oznaczało to, iż wejście w życie niemieckiej kodyfikacji uznano za zamknięcie twórczej roli tradycji romanistycznej jako źródła inspiracji dla rozwoju prawa prywatnego. Tej myśli towarzyszyło przez dziesięciolecia XX wieku przekonanie, że kodyfikacja w dziewiętnastowiecznym rozumieniu jest najbardziej doskonałym sposobem zbudowania ładu prawa prywatnego. Praktyka od lat osiemdziesiątych minionego wieku podważa tę wiarę. Postawiono nawet diagnozę, że reakcją na słabości kodyfikacji jest proces dekodyfikacji. Jeśli jest prawdą, że proces dekodyfikacji jest obiektywnym zjawiskiem, które obecnie dotyka prawa, to nasuwa się pytanie, czy tradycja romanistyczna – stosownie do wskazanego na wstępie schematu – może być jednym z czynników twórczo inspirujących poszukiwania kolejnej wizji ładu prawa prywatnego.

2. Symptomy przełomu w prawie prywatnym

W latach osiemdziesiątych minionego stulecia została postawiona wyraźnie w ramach rozważań historyczno-porównawczych teza o tym, że doko-

nuje się przełomem tzw. zachodniej tradycji prawnej. John Henry Merryman zaakcentował utratę vitalności przez właściwe dla tej tradycji, niezmiennione w istocie od wieku XIX, wyobrażenie systemu prawa prywatnego³. Harold Berman dowodził, że zachodnią tradycję prawną dotknął kryzys głębszy od tych, jakie wstrząsnęły nią w toku takich rewolucyjnych przełomów historii, jak niemiecka reformacja od 1517 roku, czy rewolucja francuska z 1789 roku⁴. Wspólne w diagnozie wskazanych badaczy wydaje się przypisanie kluczowej roli procesowi, który H. Berman ogólnie nazwał odchodzeniem od traktowania prawa jako spójnej całości – *corpus iuris*⁵, a który jest oznaczany coraz powszechniej terminem dekodyfikacja⁶. Istotą tego procesu stanowi utrata centralnej pozycji przez kodeksy cywilne. Jako odbicie tego stanu przywołać można uwagi francuskiego cywilisty Philippe'a Remy na temat użyteczności modelu *code civil* jako wzorca dla uporządkowania europejskiego prawa prywatnego. Francuski cywilista zakończył rozważania stwierdzeniem: „kto czyta kodeks jako kodeks? Odpowiedź brzmi nikt. Kto uczy kodeksu jako kodeksu? Odpowiedź brzmi nikt. Kto tak komentuje kodeks? Odpowiedź raz jeszcze brzmi nikt. Kodeks umarł”⁷.

Jako znamiona procesu dekodyfikacji wskazuje się istotny wzrost liczby szczegółowych regulacji prawnych, obejmujących częściowo te same zagadnienia praktyczne co kodeks, ale często nieskoordynowanych ani z kodeksem, ani między sobą. Akcentuje się występujące w tych ustawach – jako skutek politycznych kompromisów – niejasności w brzmieniu

3 J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford 1985, s. 151.

4 H.J. Berman, *Prawo i rewolucja*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1995, s. 51 i n.

5 *Ibidem*, s. 52.

6 Zob. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Varese 1979, s. 22 i n.; J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition...*, s. 151 i n.; B. Dölemeyer, *Zivilrechtliche Kodifikationen in Europa im 19. Jahrhundert*, „Law in History” 2000, nr I, s. 130; H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, Heidelberg 2005, s. 262.

7 P. Remy, *The French Code Civil (w:) Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, red. G. Barrett, L. Bernardeau, Trier 2002, s. 20.

Development of the Lublin and Lviv Regions, red. A. Dębiński, M. Jońca, Lublin 2008, s. 15 i n.

przepisów oraz częste nowelizacje⁸. Bezpośrednim następstwem takiego stanu prawa prywatnego stał się wzrost znaczenia prawotwórczej w istocie interpretacji prawa przez sądy⁹. Jako systemowe konsekwencje procesu dekodyfikacji wskazuje się dążenie ku policentryczności porządku prawnego,

unijnego¹¹. Jeden z głównych autorów europejskich prac nad harmonizacją prawa prywatnego stwierdził niedawno na łamach „Forum Prawniczego”, że „proces dekodyfikacji dramatycznie wskazuje na to, że nasze narodowe kodeksy cywilne w pewnych częściach utraciły swoją siłę kształtowania obrotu

„Kto czyta kodeks jako kodeks? Odpowiedź brzmi nikt. Kto uczy kodeksu jako kodeksu? Odpowiedź brzmi nikt. Kto tak komentuje kodeks? Odpowiedź raz jeszcze brzmi nikt. Kodeks umarł”.

wyrażającego się w tym, iż w miejsce stanowiącego jedno z założeń kodyfikacyjnych jednolitego systemu powstają, w dużym stopniu niezależne od siebie, ustawowe mikrosystemy. W powiązaniu z rosnącym znaczeniem tzw. prawa sędziowskiego dochodzi do istotnego odejścia od postulatu pewności prawa¹⁰. Obecność tych zjawisk w naszej praktyce prawnej można syntetycznie zilustrować przedstawionym w lipcu 2011 r. sprawozdaniem z działalności Sądu Najwyższego za rok 2010, w którym czytamy w szczególności, że „wysoki wpływ zagadnień prawnych w sprawach cywilnych jest powodowany – jak co roku – trudnościami jurysdykcyjnymi, powstającymi w sądach powszechnych przy wykładni prawa o stale pogarszającej się jakości. Jego przyczyną są również unormowania prawne, stanowiące nowość w naszym porządku prawnym, w tym regulacje prawa

prawnego¹². Realizm skłania do uznania, że istnieją obiektywne przesłanki postępu dekodyfikacji. Tkwią one w szybkim pojawianiu się nowych problemów prawnych, wynikających z postępu technologicznego, zmian kulturowych i obyczajowych. Wynikają ze wzrostu znaczenia orzecznictwa konstytucyjnego oraz zmian prawa, stanowiących następstwa rozwoju integracji europejskiej i funkcjonowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trzeba zatem zgodzić się z poglądem, że dekodyfikacja jest obiektywnym stanem porządku prawnego, który „grzebie dwa centralne mity nowoczesnego prawodawstwa”: rozumienie istoty prawa jako jednego z atrybutów władzy publicznej oraz wiarę, że warunkiem efektywności prawa jest ujęcie go w scentralizowany, formalny system¹³. Wprowadzenie nowego kodeksu stanu tego nie zmieni, bo powstanie on w środowisku i atmosferze dekodyfikacji, która jest faktem. Dlatego tym obiektywnym z natury przemianom prawa towarzyszą nowe sugestie teoretyczne co do metody

8 N. Irti, *Letà della decodificazione...*, s. 16 i n.

9 H. Schlosser, *Grundzüge...*, s. 262.

10 N. Irti, *Letà della decodificazione...*, s. 22 i n.; J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition...*, s. 155. Zob. też dyskusję wprowadzoną do polskiego prawoznawstwa przez Ewę Łętowską. Multicentryczność systemu prawa, którą opisuje, wyraża się w istnieniu kilku centrów tworzenia i stosowania prawa: E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 3 i n.; W. Lang, *Wokół multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 7, s. 95 i n.; E. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 6, s. 85 i n.

11 *Informacja o działalności Sądu Najwyższego*, Warszawa, kwiecień 2011, s. 11.

12 W. Dajczak, *Wywiad z Christianem von Barem*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 3 (5), s. 5.

13 T. Giaro, *Prawo i historia prawa w dobie globalizacji. Nowe rozdział kart (w:) Prawo w dobie globalizacji. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 5 marca 2010 r.*, red. T. Giaro, Warszawa 2011, s. 76–77.

i kierunku jego dalszej przebudowy. Spotykamy propozycję oparcia jej na założeniu, że prawo prywatne ma tylko charakter instrumentalny¹⁴. Taki sposób myślenia w dyskusji o rozwoju europejskiego prawa prywatnego ilustrują słowa Martijna Hesselinka. Ten holenderski prawnik twierdził w szczególności, że „nie do utrzymania staje się postawa promująca myślenie o prawie prywatnym jako o czymś mającym wewnętrzną logikę i opartym na należącej do jego istoty uczciwości (*fairness*)”¹⁵. Uważał, że przyszedł czas, aby i Europa uznała, że prawo prywatne jest instrumentem polityki¹⁶. Wpływy takiego myślenia na działania praktyczne, zmierzające do budowania nowego ładu prawa prywatnego, można odnaleźć w pracach nad Wspólną Ramą Odniesienia (*Common Frame of Reference*), u której podstaw legły – wspie-

oparcia w tradycji prawnej był jednym z argumentów w politycznej krytyce projektu¹⁹. Bez powodzenia zakończyły się próby uratowania części tego dorobku prawniczej dyskusji w ramach tzw. instrumentu opcjonalnego. Przedstawiona w listopadzie 2011 r. jeszcze skromniejsza inicjatywa wykorzystania części owoców wskazanych prac dla wprowadzenia opcjonalnego europejskiego prawa sprzedaży, budzi istotne wątpliwości²⁰. Taki kierunek dyskusji o prawie prywatnym dla Europy inspirowane do wyrażniejszego kierowania uwagi ku leżącym u podstaw integracji i prawa wartościom²¹. Żywe w ostatnim czasie protesty przeciwko umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrabianymi (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA*), która dotyka także klasycznych problemów prawa

...dekodfikacja jest obiektywnym stanem porządku prawnego, który „grzebie dwa centralne mity nowoczesnego prawodawstwa”.

rane politycznie przez Komisję Europejską – ambicje stworzenia ponadnarodowej kodyfikacji prawa cywilnego¹⁷. Projekt ten spotkał się jednak z zasadniczymi obiekcjami – tak w dyskusji naukowej, jak i politycznej. W krytyce akademickiej zarzucono mu w pierwszym rzędzie to, że nie stworzył systemowej koordynacji między rozwiązaniami cywilistycznymi, wyrastającymi z europejskiej tradycji prawnej tzw. *aquis commun*, a młodym dorobkiem prawa konsumenckiego tzw. *aquis communautaire*¹⁸. Brak

i procesu cywilnego²², można odczytać jako kolejny przejaw trudności w budowaniu nowego ładu prawa prywatnego oraz uwikłania jego poszukiwań w fundamentalne dla prawa wartości. Wolno stwierdzić, że europejska tradycja prawna była w ostatnich latach źródłem argumentów przeciwko wspieranym politycznie próbom budowania nowego, ponadnarodowego ładu prawa prywatnego. Postawmy zatem pytanie, czy w takich poszukiwaniach tradycja prawna może w ogólnie odegrać pozytywną rolę.

14 H.J. Berman, *Prawo i rewolucja...*, s. 52 i n.

15 M.W. Hesselink, *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, London, New York 2002, s. 35.

16 *Ibidem*.

17 Zob. W. Dajczak, *Wywiad z Reinhardem Zimmermannem*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 1 (3), s. 8.

18 H. Eidenmüller, F. Faust, H. Chr. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, „JuristenZeitung” 2008, z. 11, s. 549.

19 Par. 15 15306/08 JUSTCIV 236.

20 M. Gebauer, *Europäisches Vertragsrecht als Option – der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instruments*, „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht” 2011, nr 5, s. 227 i n.

21 Zob. M. Schmidt-Kessel, *Europa der Werte*, „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht” 2011, nr 6, s. 269.

22 Zob. art. 9 i 12 ACTA.

3. Pytanie o sens argumentów historycznych we współczesnym prawie prywatnym

Na poziomie europejskim pytanie o argumenty historyczne kieruje w pierwszym rzędzie uwagę ku temu, co wspólne dla naszej tradycji prawnej, czyli ku prawu rzymskiemu i kanonicznemu. Pomysł przyjęcia wspólnej tradycji rzymsko-kanonicznej za podstawę „odnowienia” jedności europejskiej nauki prawa postawił wyraźnie przed dwudziestu laty Reinhard Zimmermann²³. Skupił on swoją uwagę na poszukiwaniu argumentów historycznych, służących zbliżeniu tradycji angielskiego *common*

mentarium prawniczego”, koniecznego dla „usunięcia szkód” wywołanych przez proces dekodyfikacji. Jako obszary tego doświadczenia wskazał anglo-amerykańskie *common law* oraz *ius commune*²⁴. Jarkko Tontti z kolei zwrócił uwagę, że inspirująca rola *ius commune* tkwi we właściwym mu pluralizmie prawniczym, który powraca we współczesnej Europie po przełamaniu prawodawczego monopolu państw²⁵. Wspólne dla tych wypowiedzi jest poszukiwanie ładu i jedności w zakresie argumentacji prawniczej, a nie dogmatycznych reguł. Można wyrazić nadzieję, że deklarowany na sesji inauguracyjnej Europejskiego Instytutu Prawa w czerwcu 2011 r. postulat uwzględnienia „bogactwa

...brakuje w dzisiejszej Europie zgody politycznej na zmiany, które przyniosłyby nowe, ponadnarodowe prawo prywatne...

law i kontynentalnego prawa prywatnego, tak aby w dłuższej perspektywie wypracowywać jednolite reguły dogmatyczne. Doświadczenia dyskusji nad wspomnianą Wspólną Ramą Odniesienia pokazały jednak utopijność idei przyjęcia obecnie ponadnarodowych reguł prawa prywatnego, które obowiązywałyby *imperio rationis*. Doświadczenie dyskusji nad tym projektem, ale i protesty wobec ACTA tym bardziej dowodzą, że brakuje w dzisiejszej Europie zgody politycznej na zmiany, które przyniosłyby nowe, ponadnarodowe prawo prywatne obowiązujące *ratione imperii*. Zdaje się to przemawiać na niekorzyść przyjęcia ponadnarodowej jedności dogmatycznej jako celu nowego ładu prawa prywatnego.

W ostatnich latach przedstawiono propozycje wykorzystania tradycji prawnej w zbudowaniu nowego ładu prawa prywatnego epoki dekodyfikacji. Manilio Bellomo postawił tezę, iż skoro w świetle refleksji historyczno-prawnej czytelniej widać utopijność oświeceniowych nadziei łączonych z kodyfikacją, głębsze sięgnięcie do doświadczenia prawniczego może być cennym elementem w poszukiwaniu „nowego instru-

doświadczeń” prawnych krajów Europy otworzy nowe pole dyskusji nad pomysłami na nowy ład prawa prywatnego²⁶. Byłoby to w istocie podjęciem pytania o granice pluralizmu dogmatycznego w prawie prywatnym i kryteria służące spójności argumentacji w wytyczonych obszarach pluralizmu. W ten sposób zaś docho- dzimy do fundamentalnej dla takich rozważań kwestii wartości. Rozwijając postawione wcześniej pytanie o użyteczność tradycji prawnej dla budowania nowego ładu prawa prywatnego, uważamy, że tkwi ona we wzbogacaniu dyskusji o wartościach fundamentalnych dla wytyczania wspomnianych granic dogmatycznego pluralizmu, określaniu miary elastyczności prawa w tych granicach oraz decydowaniu o granicach i kierunku jego interpretacji. Oczywiście, nie chodzi tu o proste, aplikatywne uprawianie historii prawa, które stanowiłoby powrót do pluralizmu prawoznawstwa

24 M. Bellomo, *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, München 2005, s. 31 i n.

25 J. Tontti, *Law, Tradition and Interpretation*, „International Journal for the Semiotics of the Law”, 1998, nr II, s. 34.

26 R. Zimmermann, *Wyzwania dla Europejskiego Instytutu Prawa*, „Forum Prawnictwo” 2011, nr 6 (8), s. 11.

23 W. Dajczak, *Wywiad z Reinhardem Zimmermannem...*, s. 8.

z czasów średniowiecznego, czy wczesnonowożytnego *ius commune*. Za istotne uznajemy pytanie o to, czy unikając tak rozumianej aplikatywności historii prawa, możemy wskazać konkretne przykłady pokazujące użyteczność proponowanego przez nas sięgania do prawa rzymskiego w ramach dzisiejszych poszukiwań nowego ładu prawa prywatnego.

Jako *pars pro toto* rozważymy dwa ciekawe naszym zdaniem i istotne praktycznie przykłady. Pierwszy dotyczy sensu zasady solidarności rodzinnej w prawie spadkowym, drugi racjonalności odmiennego traktowania obiektów materialnych i niematerialnych jako przedmiotów władztwa prawnego.

4. Poszukiwanie nowego ładu prawa a przykłady z prawa rzymskiego – zasada solidarności rodzinnej

Zasadzie solidarności rodzinnej stała na drodze swoboda testowania nie tylko w starożytnym prawie spadkowym Kwiryków. W prawie rzymskim nie można wszelako powiedzieć, parafrazując Pomponiusza z D. 50,17,7, żeby między nimi panowała wojna, jak między dwoma rodzajami powołania: testamentowym i beztestamentowym. Powołania te wzajemnie się wykluczały, zasady natomiast oddziaływały na porządek prawny, często pozostając ze sobą w konflikcie. Wartości są przez prawo realizowane, znajdując w nim wyraz. Zasady wyznaczają spektrum możliwych rozwiązań prawnych, a ich ścieranie się powoduje aktualizację: stanowi o konkretnej, obowiązującej w danym miejscu i czasie regulacji. Wydaje się, że wartości stanowią cele, natomiast zasady są drogami do tych celów prowadzącymi. Widać to szczególnie wyraźnie w przypadku wartości, jaką stanowi rodzina. Próbuje się ją chronić lub wręcz afirmować przez zasadę solidarności rodzinnej, która koryguje swobodę testowania. O swobodzie testowania sporo zostało już powiedziane²⁷, dlatego warto teraz tytułem przykładu zająć się zasadą solidarności rodzinnej.

Starożytne Ateny nie pozwalały pierwotnie na swobodę testowania, a sporządzanie dopuszczonych w końcu przez prawo testamentów obwarowały szeregiem ograniczeń. Widać w tym wyraz troski

27 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 253–257.

o zapewnienie ciągłości domu rodzinnego, o niedopuszczenie do rozdrobnienia majątków i o utrzymanie go w rękach tego samego rodu²⁸. Rzym również przeszedł przez czasy ograniczeń w zakresie dziedziczenia testamentowego, narzuconych wymogami co do publicznej formy testamentu w prawie archaicznym. Prawda, że wymóg uzyskania przez testatora zgody zgromadzenia ludowego, czyli *comitium*, poddawał kontroli obywatelskiej treść aktu ostatniej woli. Dokonane w takim ustnym testamencie modyfikacje porządku ustawowego musiały zyskać aprobatę tych, którzy mogli uchwalić ustawę. Wydawane przez zgromadzenia ludowe *leges* zawierały normy abstrakcyjne, jak i konkretne. Mogły mieć adresata już to ogólnego, już to indywidualnego. W pewnym sensie *comitium* robiło wyjątek dla konkretnego spadkodawcy. Taki wymóg wskazywałby na większy szacunek dla porządku *ab intestato* jako uważanego za społecznie najwłaściwszy. A swoboda dysponowania majątkiem *mortis causa* zyskiwała w Rzymie rosnące uznanie. Natomiast stosunek Greków do niej wyraził Platon, w którego czasach najwyraźniej się już nią cieszyli. Filozof ostro skrytykował twórców prawa, iż „pozwolili każdemu rozrządzać swym mieniem, jak mu się żywnie podoba”²⁹. W Atenach zresztą dziedziczenie testamentowe miało charakter niejako pomocniczy³⁰. Nie budzi dziś wątpliwości, że dziedziczenie beztestamentowe było tam chronologicznie wcześniejsze. Testament wprowadził dopiero Solon³¹, choć być może znano już wtedy testament adopcyjny: bezdzietny adoptował kogoś jako następcę swych praw. Dostępny był więc tylko dla osób, które nie miały prawowitych następców³². Greckie prawa Naupaktos czy Gortyny nie znały testamentu, tak jak inne prawa antyczne – prawo staroegipskie czy starobabilońskie³³. Jednak to nie one wywarły wpływ na prawo Europy, lecz tradycja germańska.

28 J. Rominkiewicz, *Adopcja i dziedziczenie w mowach Isajosa*, Wrocław 1995, s. 40.

29 Platon, *Prawa* 922e, 923a.

30 A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano 1982, s. 121.

31 Plutarch, *Solon*, 21; Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 35,2.

32 J. Rominkiewicz, *Adopcja i dziedziczenie...*, s. 41, 62.

33 R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 276.

Juliusz Cezar zauważył u Germanów własność kolektywną. „Nikt nie ma ściśle wydzielonego pola lub własnej posiadłości ziemskiej, ale władze i naczelnicy plemienni każdego roku przydzielają rodom i zespołom krewnych ziemię wedle własnego uznania co do ilości oraz miejsca, a po roku zmuszają do przejścia gdzie indziej”³⁴. Świadcstwo Tacyty jest jeszcze ciekawsze dla rozważań o prawie spadkowym. Historyk ustalił, że Germanie nie znali dziedziczenia testamentowego: „spadkobiercami i następcami są dla każdego tylko jego własne dzieci i żadnego testamentu się nie sporządza. Jeśli dzieci brak, pierwszy stopień w objęciu dziedzictwa stanowią bracia, stryjowie i wujowie”³⁵. Stąd trudno się dziwić, że prawo salickie czy rypuarskie nie używa ani słowa testament, ani nie wykazuje znajomości podobnej koncepcji. Co innego Burgundowie, Ostrogoci i Wizygoci, którzy korzystali z kodeksu teodozjańskiego i znali zarówno testament w formie ustnej, jak i pisemnej³⁶. W Rzymie zaś ustawa XII tablic w 451 r. przed Chr. mówiła o obydwu sposobach powołania do spadku: testamentowym i beztestamentowym. Bez wątplenia już w przedklasycznym prawie rzymskim nie można powiedzieć, że dziedziczenie testamentowe miało charakter pomocniczy.

Historia – a nie jedynie logika – pokazuje, że można się ograniczyć tylko do jednego z rodzajów powołań do spadku: do dziedziczenia beztestamentowego. Trudno wszelako ocenić takie rozwiązanie jako dojrzałe. Gdy zaś prawo dopuszcza zarówno powołanie *ex testamento*, jak i *ab intestato*, do prawodawcy należy wybór wzajemnych między nimi relacji. Dokonuje się go wtedy, gdy dochodzi do regulacji kwestii szczegółowych. Stanowi ono zazwyczaj pochodną starcia swobody testowania z zasadą solidarności rodzinnej. Zarówno własność, jak i rodzina są chronionymi przez prawo wartościami. Wiele więc, po pierwsze, zależy od rozumienia każdej z nich. Po drugie, wraca pytanie, czy prawo spadkowe wyrasta lub – może lepiej powiedzieć – wiąże się z prawem rzeczowym, czy raczej z rodzinnym.

34 Caes. Gal. 6,22,2.

35 Tac. Germ. 20.

36 *Lex Romana Burgundionum* 45,1–2; *Edictum Theodorici regis* 72; *lex Wisigothorum* 2,5,12.

Wszystko w końcu sprowadza się do dwóch: własności i rodziny. A podstawowe pytania dotyczą tego, czy i na ile pozwolić spadkodawcy na dysponowanie własnym majątkiem *mortis causa*. Prawo rzymskie odpowiada twierdząco na pierwsze. Trudno nie docenić znaczenia tej odpowiedzi dla całej europejskiej tradycji prawnej. Gdy więc mowa o inspiracji prawem rzymskim przez kolejne wieki i o tym, co ugruntowało swobodę testowania, zwraca się uwagę, iż na rzymską koncepcję w prawie poklasycznym wpływał Kościół. Miał się nią chętnie posługiwać i wszędzie promować, gdyż zależało mu, aby nie cały majątek zmarłego otrzymywała rodzina, lecz by testator mógł przynajmniej jego część pozostawiać na cele dobroczynne lub pokutne³⁷. Tworzone bywa czasami wrażenie, że miałyby to w istocie służyć zaspokajaniu zachłanności grubych mnichów oraz wzrostowi władzy ambitnych biskupów. W rzeczywistości jednak żaden z tych celów – ściśle zresztą ze sobą związanych – nie jest do zignorowania: zarówno dobroczynny, jak i pokutny. Ten drugi, jak się mówi, ma w najnowszej historii nagroda Nobla. Dawniej wszelako instytucje Kościoła jako jedyne były w stanie zapewnić realizację podobnych celów. Rozumiejąc tedy potrzeby i oczekiwania spadkodawców, opowiadał się on za zwiększaniem swobody dysponowania majątkiem *mortis causa*, choć z zasady nie kwestionował konieczności ochrony rodziny i solidarności rodzinnej. Dziś zresztą badania pokazują, że nawet przy wielkiej swobodzie, testatorzy mają generalną tendencję do pozostawiania dorobku swego życia w rodzinie³⁸.

Zasada solidarności rodzinnej znajduje swój wyraz przede wszystkim w porządku dziedziczenia beztestamentowego. Można spojrzeć nań z perspektywy swobody testowania i powiedzieć, że jest on taki, jakiego życzyłby sobie testator, który skoro nie sporzą-

37 M.A. Dropsie, *The Roman Law of Testaments, Codicils and Gifts in the Event of Death (mortis causa donationes)*, Philadelphia 1892, s. 4–5; I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparés*, Paris 1997, s. 23–24.

38 Zob. C. Shammas, M. Salmon, M. Dahlin, *Inheritance in America. From Colonial Times to the Present*, New Brunswick, London 1987, s. 207; J. Finch, L. Hayes, J. Mason, J. Masson, L. Wallis, *Wills, Inheritance, and Families*, Oxford 1996, s. 20–38, 164–166.

dza testamentu, decyduje o sukcesji po sobie według klas ustawy. To wszelako pomysł bardzo późny, wyrażony dopiero przez Hugona Grocjusza³⁹. Dominuje dziś on nie tylko w *common law*⁴⁰. Do czasów szkoły prawa natury jest zupełnie jasne, że porządek dziedziczenia beztestamentowego po prostu odzwierciedla – tak jak w Rzymie – przekonania społeczeństwa o tym, kto powinien stać się następcą zmarłego: uzyskać materialne wsparcie i zabezpieczenie jego majątkiem, a przede wszystkim odpowiadać za jego długi. Świadczą o tym choćby ograniczenia co do formy testamentu, które prowadzą do tego, że wcale nie musi być go łatwo sporządzić. Oczywiście społeczne

Z tej perspektywy można spojrzeć na rozszerzenie w Polsce klas dziedziczenia o dziadków spadkodawcy lub ich zstępnych nowelą kodeksu cywilnego z 2009 roku⁴². Nie ma wątpliwości, że są przez prawo uważani za ważnych krewnych. O ile uwzględnienie owych zstępnych może budzić zdziwienie, o tyle powołanie dziadków wynika z wyrażanych od lat społecznych oczekiwań. Wnuki dotąd po dziadkach dziedziczyły, a w doktrynie podkreślano tylko, że nie ma tu w powołaniu *ab intestato* wzajemności⁴³. Uzasadnienie zmiany okazało się o tyle doniosłe, że doszło do niej wbrew ogólnej współcześnie tendencji, aby ograniczać krąg dziedziców beztestamentowych⁴⁴. W tym kontek-

Zasada solidarności rodzinnej znajduje swój wyraz przede wszystkim w porządku dziedziczenia beztestamentowego.

przekonania odgrywają i dziś zasadniczą rolę, o czym świadczy na przykład nowelizacja z 2009 r. polskiego porządku dziedziczenia beztestamentowego: dziedziczenie dziadków po wnukach i jak najdalej odsuwanie od powołania gminy i Skarbu Państwa.

Społeczne przekonania wiążą się bezpośrednio z koncepcją rodziny. Koncepcja ta wyznacza kierunek oddziaływania zasady solidarności i tą drogą pozbawia ją abstrakcyjności: konkretny porządek wynika z postrzegania, czym jest rodzina. Również to, kto do rodziny należy, widać po regulacji spadkowej. Rzeczywiste rozumienie rodziny i małżeństwa przez prawo ukazuje dziedziczenie beztestamentowe⁴¹. Prawo rzymskie dostarcza aż trzech przykładów porządku *ab intestato*: na podstawie ustawy XII tablic, na podstawie edyktu pretorskiego i „Nowel” justyniańskich. Pierwszy opiera się na agnacji, w drugim widać włączenie również kognacji, trzeci jest już całkowicie kognacyjny.

ście prawdziwe zdziwienie budzi rozszerzenie tą samą reformą kręgu o pasierbów zmarłego⁴⁵, skoro mógł ich za życia adoptować lub rozrzucić na ich rzecz w testamencie. Skoro jednak uzasadniano to jak najdalejszym odsunięciem od dziedziczenia gminy i Skarbu Państwa⁴⁶, powstaje wątpliwość, czy pasierbów ze względu na regulację prawno-spadkową rzeczywiście uważać za rodzinę zmarłego. Będziemy to wiedzieć dopiero za jakichś czas, bo jak mawiał swoim uczniom Andrzej Stelmachowski, regulacje prawa spadkowego sprawdzają się dopiero w trzecim pokoleniu⁴⁷.

39 H. Grotius, *De iure belli ac pacis* 2,7,3.

40 A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, Torino 2002, s. 56–58.

41 Zob. *European Succession Laws*, red. D. Hayton, wyd. 2, Bristol 2002, s. 7.

42 Art. 934 k.c.

43 Zob. np. E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, wyd. 3, Warszawa 2003, s. 50.

44 M. de Waal, *The Social and Economic Foundations of the Law of Succession*, „Stellenbosch Law Review” 1997, vol. 8, s. 172; J. Piątoski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, wyd. 6, oprac. B. Kordasiewicz, Warszawa 2003, s. 73.

45 Art. 934¹ k.c.

46 Art. 945 k.c.; J. Wierciński, *Uwagi o teoretycznych założeniach dziedziczenia ustawowego*, „Studia Prawa Prywatnego” 2009, z. 2, s. 83.

47 Zob. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, wyd. 2, Warszawa 1984, s. 20.

Zasadę solidarności widać dalej w zabezpieczeniu członków rodziny, w razie gdyby doszło do dziedziczenia na podstawie testamentu, oraz w określeniu spadkowej pozycji żony. W tym drugim przypadku chodzi o to, czy żona jest uważana za członka rodziny. W dziedziczeniu według ustawy XII tablic – tak: *filiae loco* jako agnatka. Dziedziczyła wtedy, gdy dołączyła do rodziny męża przez odcięcie się od dotychczasowej rodziny agnacyjnej. W najwcześniejszej koncepcji rodziny rzymskiej – w czasach agnacji, wychodząc za mąż kobieta z zasady wchodziła pod *manus* w prawie archaicznym i przez znaczną część prawa przedklasycznego. Według edyktu miała szansę na spadek po mężu, co prawda dopiero w braku innych pretendentów: agnatów i kognatów, ale nawet jako osoba z agnacyjnego punktu widzenia obca. W „Nowelach” justyniańskich zaś inaczej, bo tylko ubogiej, a więc bezposażnej małżonce próbuje się zabezpieczyć godziwe utrzymanie. Więż agnacyjną, tj. prawny związek w rodzinie, pozbawiono już wtedy znaczenia, kobietom zaś przyznano niezależność zarówno majątkową, jak i w zakresie zdolności do samodzielnego kształtowania swojej sytuacji prawnej. Wobec takiej nowoczesności pozostaje w prawie spadkowym odwoływać się do więzi małżeńskiej i uwzględniać ją bardziej niż rodzinną. Wniosek, że małżonek to nie rodzina, wydaje się może zbyt śmiały, ale niepozbawiony, zwłaszcza współcześnie, praktycznej użyteczności.

Zabezpieczenie członków rodziny, w razie gdy dojdzie do powołania na podstawie testamentu, określa, kto w rodzinie uważany jest przez prawo za najbliższego. Bardziej nawet pokazuje, kto powinien zostać materialnie zabezpieczony majątkiem spadkodawcy. Można argumentować, że to w starożytnej Grecji powstała koncepcja prawa do spadku po osobie najbliższej. Z perspektywy prawa rzymskiego podobny pomysł wydaje się niedorzeczny, a koncepcja nieuzasadniona. Różnice zarówno w prawach antycznych, jak i współczesnych dają się świetnie opisać i zrozumieć dzięki siatce pojęciowej wypracowanej przez prawo rzymskie. I niezależnie od tego, czy prawo rzymskie dane rozwiązanie przyjmowało lub odrzucało, oraz od tego, czy dane rozwiązanie prawne, chociaż w pewnym stopniu, wyrasta z rzymskiej tradycji czy też nie. A znaczenie zasady soli-

darności rodzinnej w prawie spadkowym najlepiej widać, gdy porówna się różny sposób zabezpieczania członków rodziny w razie dziedziczenia testamentowego. W jednych krajach dokonuje się to w postaci zachowku, a w innych przez rezerwę. Co ciekawe, oba rozwiązania powołują się na tradycję rzymską.

Zachówek – *pars legitima* to przez całą historię prawa rzymskiego wyłącznie jedna z przesłanek do starań o udzielenie skargi, służącej obaleniu choćby tylko części testamentu – *querela inofficiosi testamenti*. Do zakwestionowania ostatniej woli testatora dochodziło ze względu na dobro tego z najbliższych, kogo podstawy egzystencji zostały naruszone rozrządzeniem testamentowym. Powstało natomiast zasadnicze pytanie, co to znaczy, że w społecznym rozumieniu otrzymał za mało. Przyjęto, że byłoby to mniej niż jedna czwarta tego, co przypadłoby mu *ab intestato*. Tak właśnie rozumiano zachówek, w którym oparcie się na dziedziczeniu testamentowym zapewnia uniwersalizm rozwiązania i rozstrzyga o prawnym rozumieniu rodziny. Chodzi oczywiście o krąg osób, wobec których społeczeństwo zaczęło dostrzegać istnienie po stronie testatora obowiązku zapewnienia środków materialnych. Zasada solidarności rodzinnej nie pozwalała naruszać podstaw ich egzystencji i kazała w Rzymie, jak i w Grecji, zapewnić kontynuację kultów i obrzędów. Pierwotnie chodziło jedynie o dzieci, które przecież będąc pod *patria potestas* nie miały własnego majątku. Wszystko zapewniał im za swego życia *pater familias*, a dopiero wraz z jego śmiercią zyskiwały zdolność majątkową. W końcu zaczęto dostrzegać po jego stronie obowiązki wobec najbliższych – *officium pietatis*. W żadnym razie nie można tu jednak mówić o ich prawie do spadku po zmarłym – ani gdy zaczęto mówić o testamencie nieuwzględniającym tych obowiązków – *testamentum inofficiosum*, ani gdy rozszerzano krąg legitymowanych do wystąpienia z *querela inofficiosi testamenti*.

Sytuację zmieniła ingerencja cesarza Justyniana, który w 528 r. pozwolił występować o uzupełnienie zachowku skargą *actio ad supplendam legitimam*⁴⁸. Tak niepozorna na pierwszy rzut oka „poprawka” nie okazała się drobną modyfikacją, lecz podstawą

48 C. 3,28,31 (Justynian 528).

zasadniczej zmiany w rozumieniu zachowku. W tym bowiem momencie określenie zachowku jako *portio debita* wydaje się całkowicie na miejscu, jako tego, co najbliższej osobie powinno przyspaść z majątku zmarłego. I dopiero tutaj w prawie rzymskim można się ewentualnie doszukiwać podstaw do formułowania twierdzenia o pojawieniu się praw do dziedziczenia po kimś. Zawsze wszelako będzie sens je wskazywać dopiero po śmierci osoby, o której majątku mowa – nigdy za jej życia. W tym względzie myśląc się wydaje przypowieść o marnotrawnym synu, który prosił ojca, aby od razu dał mu wszystko, co na niego przypadałoby z ojcowizny⁴⁹.

Z tego, co powiedziano o ewolucji rzymskiego zachowku, wynika, że był on w istocie długim spadkowym, który spadkobierca testamentowy winien był niektórym dziedzicom *ab intestato*. Tak przejęły go niektóre kodyfikacje XIX i XX wieku: ABGB, BGB czy polski kodeks cywilny⁵⁰. Różnie tylko ustawodawcy ustalają ułamek wskazujący jego wysokość. W Rzymie do 536 r., czyli do Noweli 18, była to jedna czwarta⁵¹. Współcześnie, podobnie jak zrobił to wówczas Justynian, przyjmuje się różny ułamek dla poszczególnych grup spadkobierców ustawowych. W Noweli 18 różnicowanie przewidziano tylko w zależności od liczby dzieci spadkodawcy: zachówek w wysokości jednej trzeciej, a gdy potomstwo było liczniejsze niż czworo – aż jednej drugiej. Chodziło tu głównie o bezwzględną wartość części spadku, jaka przypadłaby danemu dziecku; nie chciano pozwolić, aby należna kwota była bardzo niska przy licznym potomstwie, gdyż nie zapewniałaby mu materialnych podstaw utrzymania. Współczesny ustawodawca ustala natomiast wysokość zachowku także w zależności od kręgu dziedziców beztestamentowych⁵² lub od osobistej sytuacji spadkobiercy *ab intestato* jako np. niezdolnego do pracy albo małoletniego⁵³.

Dziś jeżeli uprawniony nie otrzymał należnego mu zachowku, bądź w postaci uczynionej przez spadkodawcę darowizny, bądź w postaci powołania do spad-

ku, bądź w postaci zapisu, przysługuje mu przeciwko spadkobiercy roszczenie o zapłatę sumy pieniężnej potrzebnej do pokrycia zachowku albo do jego uzupełnienia. Oczywista jest tu więc konstrukcja uzupełnienia zachowku, sięgająca justyniańskiej *actio ad supplendam legitimam*⁵⁴. Pozostaje natomiast pytanie, czy zachówek stanowi ograniczenie wolności testowania. Nie ma wątpliwości, że służy on realizacji solidarności rodzinnej przez zapewnienie środków najbliższemu testatorowi. Zdaniem Stanisława Wróblewskiego nie można jednak zachowku ze względu na jego konstrukcję prawną zakwalifikować jako ograniczenia swobody dysponowania majątkiem *mortis causa*. „Ponieważ dziedzic konieczny dostaje zachówek bez względu na wolę spadkodawcy, mówi się zazwyczaj o pewnym ograniczeniu swobody testowania, a pozytywne sformułowanie tego ograniczenia widzi się w słowach, że spadkodawca ‘musi’ pewną część spadku tym dziedzicom koniecznym pozostawić⁵⁵. Nie sądzę, aby te określenia wytrzymały krytykę. Praktyczny rezultat wystąpienia dziedziców koniecznych jest bez wątpienia ten, że dziedzic czy legatariusz dostanie mniej, niż mu spadkodawca dać chciał: taki sam praktyczny rezultat wywoła jednak np. ta okoliczność, że spadkodawca w ostatnich dniach życia podpisał szereg weksli z grzeczności lub że nieszczęśliwe ‘zdarzenie w ruchu’ należącej do niego kolei żelaznej włożyło na niego szereg rujnujących zobowiązań, które jego sukcesorowie muszą płacić. Innymi słowy: każde nowe zobowiązanie spadkodawcy zmniejsza gospodarczo jego spadek, czyli wartość tego, czem może *mortis causa* rozporządzać; to zjawisko ekonomiczne nie wpływa jednak na swobodę testowania. Różnica między zobowiązaniem, odpowiadającym prawu dziedziców koniecznych, a zobowiązaniami spadkodawcy leży w tym, że te pierwsze powstają dopiero w chwili śmierci i dopiero od tej chwili obciążają jego majątek; stąd jednak wynika tylko to, że ekonomiczny efekt tam jest dla niego mniej uciążliwy, niż tutaj, bo mogą zajść okoliczności, które powstanie prawa do zachowku wykluczą. (...) Można więc powiedzieć, że zachówek zmniejsza wartość spadku, ale swoboda testowania

49 Łk 15,12.

50 § 762–766 ABGB; § 2303 BGB; art. 991 k.c..

51 N. 18 (536).

52 § 765–766 ABGB.

53 Art. 991 k.c.

54 § 775 ABGB; § 2305 BGB; art. 1000 k.c.

55 § 762 ABGB.

nie polega na tem, jaką wartością się rozporządza na przypadek śmierci; wszak nikt jeszcze, o ile mi wiadomo, nie postawił twierdzenia, że koszta pogrzebu uszczuplają swobodę testowania. Że przy zachowku twierdzenie takie stale obiega, da się wytlómaczyć tylko wspomnieniami prawa rzymskiego z jednej, pomieszaniem prawa i ekonomii z drugiej strony⁵⁶.

O rezerwie, a właściwie o *quotité disponible*, mówi art. 913 *code civil*: „Szczerobliwości, bądź przez akta między żyjącymi, bądź przez testament, nie mogą przewyższać połowy majątku osoby rozrządzającej, jeżeli iedno tylko dziecko prawe po śmierci swoiey zostawia; trzeciej części, jeżeli zostawia dwoie dzieci; czwartej części, jeżeli ich zostawia troie, albo większą liczbę⁵⁷. Przyjęto ją w krajach, do których udało się bezpośrednio wyeksportować kodeks Napoleona, jak Belgia i Luksemburg⁵⁸ czy Włochy ze swym pierwszym kodeksem cywilnym z 1865 roku⁵⁹. Włochy pozostały krajem systemu rezerwy⁶⁰, choć ich nowy kodeks z 1942 r. stworzono pod silnym wpływem cywilistycznych konstrukcji prawa niemieckiego. Oznaczałoby to praktyczną przydatność rezerwy i społeczną dla niej w Italii akceptację. Na skutek wprowadzenia rezerwy wolność testowania sprowadzono do swobody dysponowania tylko częścią własnego majątku – zazwyczaj mniejszą niż połowa. Większość została zarezerwowana dla najbliższych, wskazanych w ustawie *héritiers ab intestat*, i przechodziła na nich w naturze. Rozrządzenia przekraczające porcję rozrządzalną – *la portion disponible* podlegały redukcji, aby nienaruszoną rezerwę otrzymali *réservataires*. Jedno z najsłynniejszych orzeczeń w tej materii tak w 1863 r. określiło rezerwę: „Rezerwa nie jest niczym innym, jak sukcesją samą

w sobie, pomniejszoną o porcję rozrządzalną, jeżeli nią zadysponował⁶¹. Dosłownie więc rezerwa to *pars legitima*: część przysługująca najbliższym zmarłego na postawie prawa – część spuścizny, którą nie można dysponować na wypadek śmierci, bo prawo cywilne ustaliło, komu ona przypada. I francuska cywilistka chętnie powoływała się na rzymską tradycję, podkreślając, że rozwiązania *code civil* to fuzja rzymskiego zachowku i rezerwy prawa zwyczajowego. Ta ostatnia wywodzi się z tradycji germańskiej, której testament był w istocie obcy, a podstawowe znaczenie odgrywała solidarność rodzinna. Ze względu na nią wskazywano, że istnieje zasadnicza różnica między prawami do zabezpieczenia materialnego a powołaniem do rezerwy. W tym ostatnim nie stawia się pytania o potrzeby pretendentów. Stąd właśnie w imię solidarności międzypokoleniowej majątkowa ochrona najbliższych nie rodzi, jak w Rzymie, zobowiązania, lecz ich prawo do majątku⁶². Solidarność tę starano się – w kontekście francuskich rozwiązań – wykazywać i w prawie rzymskim, wskazując, że z germańskiej tradycji pochodzi przede wszystkim natura rezerwy jako części spadku bezpośrednio przypadającej najbliższym i jej charakter imperatywny, konieczny, oparty na *ordre public*⁶³.

Trudno odmówić racji poszukującym rzymskich korzeni rezerwy, jednak prawo rzymskie nie bez powodów nie wypracowało koncepcji rezerwy. Rzymianom trudno byłoby zgodzić się na tak wielkie skrepowanie wolności testowania. Doświadczenie prawa rzymskiego zostało zresztą potwierdzone zmianą, do jakiej doszło w prawie francuskim 26 czerwca 2006 roku. Rezerwę co prawda wreszcie zdefiniowano (w nowym art. 912 CC, uchylonym od 1819 r.), ale

56 S. Wróblewski, *Komentarz do §§ 531–824 Austriackiego Kodeksu cywilnego (prawo spadkowe)*, Kraków 1904, s. 620–621 (zachowano pisownię oryginału, wyróżnienia pochodzą od autora).

57 Przekład za *Kodex Napoleona z przypisami*, t. 2, w Warszawie 1808 w drukarni Xięży Piarów, s. 52–53 (zachowano pisownię oryginału).

58 Art. 913 *code civil belge*; art. 913 *code civil en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg*.

59 Art. 805 *codice civile del Regno d'Italia* 1865.

60 Art. 536–540 *codice civile*.

61 No 859. Civ. 27 nov. 1863, D. 1864, I, p. 5 note Bresillon; S. 1863, I, p. 513. Szerszy kontekst prawoporównawczy przedstawiają: A. Zoppini, *Le successioni...*, s. 72–73; W. Borysiak, *Ochrona członków rodziny spadkodawcy na tle historycznoprawnym oraz prawoporównawczym*, „Zeszyty Prawnicze” UKSW 2008/8.2, s. 160 i n.

62 P. Catala, *Préface* (w:) I. Kondyli, *La protection de la famille...*, s. xix–xx.

63 P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 3, Paris 1968, s. 261; I. Kondyli, *La protection de la famille...*, s. 15–22; M. Grimaldi, *Droit civil. Successions*, Paris 1998, s. 260.

zachowano tylko formalnie, skoro zrezygnowano ze świadczenia jej w naturze. Względy praktyczne wynikające głównie ze zmian struktury kapitałowej współczesnego społeczeństwa kazały przyjąć ją *en valeur*, czyniąc z rezerwy wierzytelność. Przestała być oparta na *ordre public*, toteż uzasadnieniem dziś istnienia tej instytucji nie jest ani nakaz zachowania dóbr w rodzinie, ani idea solidarności rodzinnej⁶⁴. Nadto pozwolono zawierać umowy o zrzeczenie się *par avance* swej rezerwy⁶⁵, a ją samą przyznano węższemu kręgowi najbliższych: zstępnym oraz w pewnych przypadkach współmałżonkowi. Nowelizacja z 2006 r. pod określeniem *libéralité graduelle* ukryła w istocie substytucję fideikomisarną, a pod *libéralité résiduelle* – fideikomis „tego, co pozostanie ze spadku” (*de residuo*)⁶⁶. Wskazane zmiany świadczą o wyjątkowej przydatności praktycznej rzymskiego doświadczenia prawnego i zachęcają do ostrożności w rozwijaniu go przez odwołanie do innych tradycji. Zresztą nawet przed zmianą z 2006 r. trudno było uznać przyjęcie rezerwy za rozwój rzymskiej myśli – raczej za jej niezbyt fortunne twórcze przekształcanie, a przede wszystkim za atak na wolność testowania w imię solidarności rodzinnej. Rzymskie doświadczenie prawne tej ostatniej nie odrzuca jako zasady, ale nie pozwala przy jej użyciu czynić iluzji czy karykatury z wolności testowania.

Ochrona przed pominięciem – tzw. dziedziczenie przeciwtestamentowe formalne – urzeczywistnia wartość, jaką jest rodzina. Trzeba zauważyć, że czyni to chronologicznie w Rzymie bardzo wcześnie. Natomiast nie wydaje się stanowić wyrazu zasady solidarności rodzinnej. Zasady bowiem ścierają się ze sobą: zasada solidarności rodzinnej przede wszystkim staje na drodze wolności testowania. A przecież

formalny wymóg dotyczący treści testamentu nie ogranicza decyzji spadkodawcy. Nie wpływa więc na wolność testowania. Określa tylko sposób przekazania decyzji co do losów majątku *mortis causa*, tak aby została wyrażona koherentnie z całym porządkiem wyznaczanym przez prawo spadkowe. Od testatora wymaga on, aby wyraźnie pokazał, iż rozumie konstrukcyjną zasadę *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, jest świadom rozłączności powołania i rzeczywiście chce, aby cały spadek dziedziczone po nim na podstawie testamentu, a nie beztestamentowo. Trzeba wszelako zauważyć, że ochrona przed pominięciem może być traktowana jako wskazówka interpretacyjna. Już w prawie przedklasycznym Rzymianie opowiadali się za w istocie nieskrępowaną wolnością testowania. Przejawów jej ograniczania można dopatrywać się we wprowadzeniu *querela inofficiosi testamenti* pod koniec tego okresu. Jednak nawet wówczas nie sposób utrzymywać twierdzenia o istnieniu w Rzymie jakichś „praw do dziedziczenia po zmarłym” przez jego najbliższych.

5. Pytanie o systemową racjonalność odróżniania materialnych i niematerialnych obiektów władztwa prawnego

Podział na *res corporales* oraz *incorporales* został wprowadzony przez Gaiusa dla systematycznego opisu składników majątku. Nie był stosowany przez współczesnych Gaiusowi prawników⁶⁷. Upowszechnianie się gajańskich „Instytucji” od IV wieku po Chr. w Rzymie, a przez justyniańskie „Digesta” oraz „Instytucje” w recypowanym prawie rzymskim, dało impuls do łączenia tego podziału z rozważaniem aktualnych problemów prawnych. Źródła dają podstawę do rekonstrukcji trzech tendencji w ewolucji prawa prywatnego, powiązanej ze wspomnianym podziałem.

Pierwsza przejawia się w dążeniu do formalnego odróżnienia przedmiotu obrotu prawnego i upraw-

64 A.-M. Leroyer, *Droit des successions*, Paris 2009, s. 357; F. Ferland, *Comparative Law – France (w:) Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, C. Castelein, R. Foqué, A. Verbeke (red.), Antwerp, Oxford, Portland 2009, s. 195 i n.

65 Art. 924 *code civil*.

66 G. Wicker, *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, „Droit et patrimoine”, Mars 2007, s. 74–84. Belgijską krytykę francuskiej reformy przedstawił m.in. w *Précis du droit des successions et libéralités*, red. A.-C. Van Gysel, Bruxelles 2008, s. 442–443.

67 W. Dajczak, *Geneza określenia ‘res incorporalis’ w prawie rzymskim (w:) Studia z historii ustroju i prawa. Księga dedykowana Profesorowi Jerzemu Walachowiczowi*, red. H. Olszewski, Poznań 2002, s. 55 i n.

nienia jako takiego. Impulsem dla takiej dystynkcji stał się termin *res incorporalis*. Podstawę rekonstrukcji tej tendencji w okresie antycznym daje: zastępowanie przez prawników z VI wieku po Chr. terminu *res incorporalis* zwrotem *ius incorporalis*, gdy mówili o uprawnieniu, oraz słowem *actio*, gdy odnosili się do prawa jako przedmiotu obrotu⁶⁸. Tendencja ta stała się czytelna w nowożytnej nauce prawa prywatnego. W komentarzu szesnastowiecznego jurysty Hugona Donellusa wyrażało ją wprowadzenie rozróżnienia *res incorporales*. Uznał, że masy majątkowe, np. spadek (*hereditas*), mogą być traktowane podobnie jak obiekty materialne, bo ich istnienie w *ius civile* jest niezależne od istnienia innych obiektów. Natomiast pozostałe *res incorporales* jako uprawnienia (*vis ac potestas*) „do czegoś” wyłączył z dyskusji o nabywaniu rzeczy (*de acquirendo rerum*)⁶⁹. Jeszcze wyraźniej ilustruje omawianą tendencję pogląd, powtarzany w dotyczących *res incorporales* wyjaśnieniach późniejszych jurystów epoki przedkodyfikacyjnej, iż prawa mogą być postrzegane jako przedmioty obrotu (rzeczy) i uprawnienia⁷⁰. W końcu widać to jasno w literaturze dziewiętnastowiecznej, która akcentowała logiczny błąd gajańskiego podziału rzeczy, polegający na tym, że w ramach pojęcia *res corporales* jurysta utożsamiał prawo własności z jego przedmiotem⁷¹.

Druga z tendencji dających się wychwycić w prawnej refleksji nad gajańskim podziałem *res*, polega na przeprowadzeniu rozróżnienia między przedmiotem obrotu i przedmiotem władztwa. Podstawę dla rekonstrukcji tego procesu dają: zauważalne od XVII wieku w literaturze tezy o bezużyteczności gajańskiego podziału⁷²; wyraźne akcentowanie w pandektyce niemieckiej XIX wieku zasadniczej różnicy

między przyjętym przez nią rozumieniem „rzeczy” (*Sache*) jako przedmiotu władztwa, a szerokim rozumieniem „rzeczy” (*res, Sache*) w *ius commune*⁷³. W końcu wyrazem tego było ahistoryczne wykorzystanie gajańskiej kategorii *res corporales* do legitymizacji wyodrębnienia obiektów materialnych (*Sache*) jako przedmiotów władztwa w niemieckim kodeksie cywilnym⁷⁴.

Trzecia z dających się dostrzec tendencji ewolucyjnych wyraża się w dążeniu do analogicznego – w granicach praktycznych możliwości – traktowania materialnych i niematerialnych obiektów prawa, a szczególnie w podaniu w wątpliwość sensowności ograniczania przedmiotu władztwa prawnego do obiektów materialnych. Jako jej wyraz wskazać można upowszechnienie w *ius commune*⁷⁵, umieszczonej następnie w *code civil*⁷⁶, „użytecznej fikcji” odpowiedniego traktowania *res incorporales* jako ruchomości i nieruchomości. Tendencję tę ilustrują także sformułowane przez prawników *ius commune* argumenty na korzyść uznania niematerialnych obiektów prawa za rzeczywiście istniejące⁷⁷, czy wreszcie sformułowana w XIX stuleciu propozycja reinterpretacji pojęcia *res incorporalis*, polegająca na objęciu nim utworów ludzkiej myśli, których eksploatacja jest chroniona prawem skutecznym *erga omnes*⁷⁸.

68 Glosa turyńska 106; Theoph. Par. 2,20,1.

69 H. Donellus, *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo in quibus ius civile universum singulari artificio atque doctrina explicantur*, Francofurti 1626, s.175, 274.

70 Np. U. Huber, *Praelectionum juris civilis secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, t. I, Maceratae 1838, s. 144.

71 F. Berriat-Saint-Prix, *Notes élémentaires sur le Code Civil. L'explication des termes techniques, la filiation des idées, et la discussion des questions de principes*, Paris 1845, s. 339; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris 1920, s. 659.

72 U. Huber, *Praelectionum juris civilis...*, s. 145.

73 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, Düsseldorf 1875, s. 410; O. Wächter, *Pandekten*, t. I, *Allgemeiner Teil*, Leipzig 1880, s. 257; E. Hölder, *Pandekten. Allgemeine Lehren mit Rücksicht auf den Civilgesetzentwurf*, Freiburg i. B. 1891, s. 134; H. Dernburg, *Pandekten*, t. I, Berlin 1896, s. 160.

74 G. Husserl, *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin 1933, s. 183.

75 Zob. B. de Saxoferato, *Commentaria. Codex, Venetis 1526* (reprint Roma 1998), karty 23, 31, 193; G.A. Struve, *Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem pandectarum concinnatum*, Francofurti et Lipsiae 1738, s. 147; J.H. Böhrmer, *Introductio in ius digestorum*, Magdeburgicae 1704, s. 51.

76 Zob. art. 517, 526 *code civil*.

77 Zob. A. Vinnius, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Amsterdami 1655, s. 189; G.A. Struve, *Syntagma jurisprudentiae...*, s. 146.

78 Zob. E.I. Bekker, *Allerei von den dinglichen Rechten insbesondere von den Rechten an eigener Sache*, „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft”, 1880/2, s. 20; E.I. Bekker, *Über die natürliche Beschaffenheit der Objekte unserer dinglichen Rechte*,

Z perspektywy współczesnego prawnika wskazane tendencje ewolucyjne mogą być ocenione jako potwierdzenie dostrzegalnych w praktyce deficytów i obecnych w dzisiejszej teorii prawa propozycji. Przypomnijmy, że ograniczenie własności do przedmiotów materialnych spowodowało w XX wieku trudności w orzecznictwie, na przykład co do oceny skutków utraty danych w formie elektronicznej⁷⁹.

*erga omnes*⁸². Oczywiście dogmatyczne zbudowanie tego pojęcia i jego systemowe rozwinięcie wymagają uwzględnienia stanu i dynamiki kontekstu ekonomicznego, społecznego oraz technologicznego prawa. To jest kontekst, w którym należy powrócić do postawionego na wstępie pytania o sens odwołania się do tradycji prawnej w budowaniu tego nowego ładu prawa prywatnego. Także ten przykład można

...jedną z podstawowych kategorii prawa prywatnego powinno być pojęcie elastycznie integrujące obiekty materialne i niematerialne jako przedmioty chronione *erga omnes*.

Postulat przedmiotowego rozszerzenia własności poza granicę materialności jest powtarzany we współczesnej nauce prawa⁸⁰. Są kodyfikacje cywilne, w których przewidziano odpowiednie stosowanie do własności intelektualnej ogólnych przepisów o własności⁸¹. Czyniąc krok dalej, można postawić tezę, że wskazane tendencje ewolucyjne stanowią wyraz „wewnętrznej logiki” prawa, zgodnie z którą jedną z podstawowych kategorii prawa prywatnego powinno być pojęcie elastycznie integrujące obiekty materialne i niematerialne jako przedmioty chronione

odczytać jako inspirację dla tezy, że nie da się zbudować nowego ładu prawa w politycznej dyskusji oderwanej od weryfikowanych w szczególności przez prawnicze doświadczenie założeń co do „wewnętrznej logiki” prawa prywatnego.

6. Konkluzje

Wnioski płynące z omówionych przykładów składają się, aby tytułem podsumowania odnieść się wprost do pytania, jakie znaczenie może mieć prawo rzymskie w postulowanym „teście prawniczego doświadczenia”, służącego przełamywaniu słabości doby dekodyfikacji. Kwestia nauczania to pytanie o produktywność i o program przygotowujący absolwentów prawa do świadomego udziału w życiu współczesnego świata. Warto w tym kontekście przypomnieć, że zjawisko tzw. dekodyfikacji uruchomiło mechanizmy dyskusji o prawie, które przypominają sposób działania jurysprudencki rzymskiej czy też prawników *ius commune*. W świecie prawa usystematyzowanego i skodyfikowanego nie ma zbyt wiele miejsca dla właściwego prawa rzymskiemu oraz jego tradycji występowania kontrowersji, poszukiwania reguł,

„Sitzungsberichte der königlichen preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin” 1898/43, s. 16 i n.

79 Wyrok Sądu Krajowego w Konstancji z 1996 r. w sprawie o odszkodowanie z tytułu utraty danych w następstwie uszkodzenia kabla energetycznego. Opierając się na §823 ust. 1 BGB, który wśród objętych ochroną deliktową dóbr wymienia własność, sąd oddalił roszczenie, wywodząc, że dane, które nie są przedmiotem materialnym, nie mogą stanowić przedmiotu własności; podaję za Ch. Becker, *Die 'res' bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?*, Köln 1999, s. 14 przyp. 21.
80 Zob. np. A. Stelmachowski, *Przedmiot własności w prawie cywilnym*, „Studia Iuridica” UW 1994, t. 21, s. 105 i n.; S. van Erp, *Comparative Property Law* (w:) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008, s. 1057.

81 Zob. art. 439 *código civil español*.

82 W. Dajczak, *Rzymska res incorporalis a kształtowanie się pojęć 'rzeczy' i 'przedmiotu praw rzeczowych' w europejskiej nauce prawa prywatnego*, Poznań 2007, s. 222–223.

prawidłowości i ogólnych pojęć – a więc wewnętrznej logiki prawa. Natomiast w świecie doby dekodyfikacji doświadczenia, jakie przynosi prawo rzymskie, mogą okazać się wyjątkowo pomocne i przydatne. Kiedy takimi się staną? Po pierwsze wtedy, gdy świadomie rozszerzać się będzie myślenie o prawie rzymskim aż po współczesność, a nie zatrzymywać np. na dacie końcowej panowania cesarza Justyniana. Chodziłoby w pierwszym rzędzie o potraktowanie prawa rzym-

instytucji prawa obowiązującego, wyczerpało już chyba swe inspiracyjne i twórcze możliwości. Zaciera obraz prawa jako dyskursu, w którym poszukuje się trafnego rozwiązania problemu. Taka perspektywa spojrzenia na rozpoczęty przez rzymskich jurystów dyskurs czyni nas w istocie kolejnym jego ogniwem. Daje szansę uchwycenia i refleksji nad granicą między tym, co stałe, a tym, co zmienne w dogmatyce prawa prywatnego.

...włączenie tradycji romanistycznej do dyskusji o nowym ładzie prawa prywatnego dostarcza argumentów na rzecz wzrostu elastyczności prawa.

skiego jako dorobku myśli prawniczej, aby pokazać, jak prawo służy realizacji wartości i o jakie wartości w prawie może chodzić. W centrum zainteresowania znajduje się więc jurysprudencka dyskusja od antyku po czas kodyfikacji. Bardzo obiecujące wydaje się także porównywanie z osiągnięciami prawnego geniuszu Rzymian rozwiązań, do jakich dochodzono niezależnie, wręcz z zupełnie innej niż rzymska inspiracji. Po drugie, doświadczenie prawa rzymskiego okaże się przydatne wtedy, gdy będzie się myśleć o prawie w kluczu wyznaczanym przez problemy prawne. Przedstawianie prawa rzymskiego jako systemu instytucji, opisywanych na podobieństwo

Powyższe rozważania pokazały, iż włączenie tradycji romanistycznej do dyskusji o nowym ładzie prawa prywatnego dostarcza argumentów na rzecz wzrostu elastyczności prawa. Jednocześnie przekonują one, że istnieją niezależne od siebie, uzasadnione praktyką dowody przeciwko wyraźnie stawianej tezie o anachronizmie myślenia o prawie prywatnym jako o zespole norm mającym wewnętrzną logikę oraz opartym na uczciwości i sprawiedliwości, które należą do jego istoty. Odniesienie do tradycji romanistycznej czytelnie pokazuje, że oś sporu o nowy ład prawa prywatnego stanowi kwestia sensu i granic jego instrumentalnego traktowania.