

Jan Rudnicki

Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym



Jan Rudnicki

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Europejskiej Tradycji Prawnej WPiA UW. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół problematyki tradycji, aksjologii i roli w systemie instytucji prawnych, zwłaszcza z zakresu prawa spadkowego i rzeczowego. Przedmiotem jego studiów są również zagadnienia z pogranicza prawa publicznego oraz doktryn politycznych i prawnych.

The role of testamentary form in comparative background

The problem regarding form of testament stands between two crucial principles of law: legal security and freedom of testation. The public wills can be considered as the safest testamentary option, but, as it is complex to draw them up, it does not fulfil the principle of freedom of testation. The position of such forms within the testamentary law defines therefore how each system deals with the above-mentioned conflict of principles. The European models vary from the exclusivity of the notarial will in the Russian tradition to the solely private will in the English law. The German model (in which Polish regulation should be placed) offers the testator many possibilities, but emphasises the role of the notarial will, trying to balance the colliding principles. The aim of the thesis is to analyse the scope of testamentary forms in the different European traditions and to discover the axiological reasons for the significant differences between regulations in this field.

Analizę dotyczącą form testamentu warto rozpocząć od wskazania konfliktu dwóch ważkich wartości, który stanowi główny problem tej gałęzi prawa prywatnego. Aby lepiej ten konflikt przedstawić, należy wskazać rolę, jaką pełni forma testamentu w ogóle. Zastrzeżenie przez prawo wymogu testowania w określonej formie ma przede wszystkim na celu zapewnienie, że treść oświadczenia woli testatora zostanie poznana przez inne osoby z chwilą jego śmierci¹.

Przepisy o formie powinny zarazem umożliwiać jednoznaczne stwierdzenie, czy dany akt dokonany przez zmarłego rzeczywiście należy uznać za jego testament. Zastrzeżona forma powinna również w możliwie najpełniejszy sposób uniemożliwiać sfałszowanie oświadczenia ostatniej woli. Wszystkie wskazane elementy odnoszą się *de facto* do realizacji jednej z czołowych wartości ca-

¹ Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Forma testamentu w prawie polskim*, Warszawa

1991, s. 17; S. Wójcik, F. Zoll, *Testament (w:) System Prawa Prywatnego*, t. 10, Prawo spadkowe, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2009, s. 298–299.

tego systemu prawnego w ogóle – zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego. Łatwo jest dostrzec, że wymogom bezpieczeństwa obrotu najlepiej odpowiadają te czynności prawne, wobec których przewidziano restrykcyjne wymogi formalne. Dotyczy to w całej rozciągłości także testamentów. Z drugiej strony jednak zbyt ni formalizm może prowadzić do nadmiernego utrudnienia w testowaniu, a niekiedy wręcz je unieвозмоwić. W konsekwencji może dojść do zaprzeczenia

nego konfliktu wartości wiąże się z wyborem aksjologicznym i prowadzi do określonego ukształtowania przepisów dotyczących formy testamentu. Rzut oka na odpowiednie przepisy obowiązujące w poszczególnych państwach Europy pozwala wskazać te porządki prawa testamentowego, które kładą większy nacisk na bezpieczeństwo obrotu, oraz te, które pozostawiają testatorom szerszy katalog możliwości, przyczyniając się tym samym w większym stopniu do realizacji zasady



Bardziej liberalne formy testamentu będą w większym stopniu gwarantowały możliwość testowania do ostatnich chwil życia spadkodawcy, a jednocześnie, z uwagi na większą łatwość sfałszowania testamentu lub zniekształcenia jego treści, stanowiąc będą zagrożenie dla pewności obrotu prawnego.

jednego z podstawowych aspektów zasady swobody testowania, jakim jest umożliwienie jednostce złożenia ważnego oświadczenia woli do ostatnich chwil życia². W pewnym uproszczeniu można więc wskazać, że przy formułowaniu przepisów o formie testamentu trzeba rozstrzygnąć konflikt pomiędzy wspomnianym elementem zasady swobody testowania a wskazaną już wartością, jaką jest bezpieczeństwo obrotu prawnego. Bardziej liberalne formy testamentu będą w większym stopniu gwarantowały możliwość testowania do ostatnich chwil życia spadkodawcy, a jednocześnie, z uwagi na większą łatwość sfałszowania testamentu lub zniekształcenia jego treści, stanowiąc będą zagrożenie dla pewności obrotu prawnego.

Z nakreślonym wyżej problemem zmierzyć się musi każdy ustawodawca. Rozstrzygnięcie wskaza-

swobody testowania. Analiza porównawcza pozwala ustawić poszczególne ustawodawstwa na symbolicznej osi – począwszy od tych, które rozpoznają niemal wyłącznie testamenty urzędowe, a skończywszy na tych, które w ogóle nie znają takich instytucji. Spojrzenie na tę oś pozwala również na poczynienie obserwacji na nieco mniej oczywistym poziomie, do czego warto będzie wrócić w podsumowaniu. Centralnym punktem tej analizy siłą rzeczy najłatwiej jest uczynić właśnie testamenty urzędowe, w tym przede wszystkim testament notarialny, który jest obecnie na kontynencie europejskim podstawową formą testamentu sformalizowanego. Rola, jaką testamenty urzędowe pełnią w danym systemie, niejako wyznacza miejsce pozostałym formom testamentu. Przegląd poszczególnych tradycji europejskiego prawa prywatnego, widzianych przez pryzmat nakreślonego zagadnienia, warto zatem rozpocząć od rozwiązań rosyjskich, bez wątplenia najbardziej restrykcyjnie ograniczających formalny aspekt swobody testowania.

² Ten aspekt zasady swobody testowania był podkreślany od jej zarania w prawie rzymskim. Zob. D. 34.4.4: „Ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum”.

Wyłączność formy urzędowej w tradycji rosyjskiej

Bardzo ważnym, a z punktu widzenia tego tematu wręcz kluczowym, wyróżnikiem testamentowego prawa rosyjskiego jest to, że co do zasady dozwala ono na sporządzenie testamentu tylko w formie notarialnej. Mianem testamentów szczególnych określa się w tej tradycji takie, które mogą być poświadczane przez inną osobę niż notariusz – zawsze jednak pełniącą jakąś rolę urzędową lub quasi-urzędową. Również testament holograficzny w systemie rosyjskim jest rodzajem formy szczególnej. Zarówno współczesny kodeks rosyjski, jak i dawne regulacje prawa prywatnego zawierają rozbudowane katalogi sytuacji szczególnych, a testamenty, które mogą być wtedy sporządzone, pełnią rolę surogatów testamentu notarialnego. Opisany schemat był w pełni realizowany przez prawo okresu carskiego. Pewne zmiany zaszczyli dopiero w okresie panowania bolszewików. W pierwszych latach ich rządów prawo spadkowe było jedną z dziedzin poddanych rewolucyjnym eksperymentom prawnym. Dekret z 1918 r. zlikwidował nawet dziedziczenie testamentowe całkowicie. Później wydawane kodeksy dla poszczególnych republik sowieckich nie zawierały żadnych uregulowań dotyczących testamentów szczególnych, ograniczając się tylko i wyłącznie do testamentu notarialnego³. Pierwszy wyłom w tej zasadzie uczynił kodeks morski z 1929 r., pozwalający kapitanom statków na poświadczanie testamentów członków załogi i pasażerów. Podczas II wojny światowej powrócił znany prawu carskiemu testament wojskowy i tym samym droga do unormowania kolejnych sytuacji umożliwiających odstępstwo od zasady testowania przed notariuszem została na powrót otwarta.

Obecny rosyjski kodeks cywilny był uchwalany częściami, w latach 1994–2006. Prawo spadkowe zostało zawarte w ustawie z dnia 26 listopada 2001 r. W zakresie regulacji form testamentu nowy kodeks nie odbiega od rosyjskiej tradycji – nadal jedyną dopuszczalną formą jest testament notarialny. W art. 1127 kodeksu wylicza się ponadto szereg przypadków, kiedy testament poświadczony przez inną osobę niż notariusz

ma moc równą notarialnemu. Są to tzw. testamenty szpitalne, ekspedycyjne, morskie, więzienne oraz wojskowe. Art. 1129 stanowi z kolei o testamencie holograficznym, który – jak już była mowa – jest również rodzajem wyjątku. Może zostać sporządzony jedynie wtedy, gdy zagrożone jest życie testatora, a skorzystanie z podstawowej formy testamentu nie jest możliwe. Niemal identycznie brzmiące regulacje zawiera kodeks cywilny Ukrainy z dnia 16 stycznia 2003 r.⁴, co jest jedną z przesłanek potwierdzających tezę, że prawo tego państwa pozostaje cały czas w ramach rosyjskiej tradycji. Tradycja ta zakłada zatem restrykcyjne ograniczenie formalnego aspektu swobody testowania, dozwalając na dokonanie rozrządzenia – co do zasady – tylko w bezpiecznej formie notarialnej.

Prymat testamentów urzędowych w tradycji romańskiej

Nieco dalej na wspomnianej na wstępie osi należy umieścić systemy prawa prywatnego zaliczane do tradycji romańskiej, tj. oparte na wzorcach francuskich. Rodzina systemów wzorujących się na Kodeksie Napoleona jest bez wątpienia najliczniejsza w całej zachodniej cywilizacji prawnej. Na potrzeby tej analizy warto odwołać się do kilku najbardziej znamienych przykładów, zaczynając – rzecz jasna – od samego prawa francuskiego.

Francuski kodeks cywilny jest w kwestii form testamentu dość restryktywny. W art. 969 wymienione zostały trzy formy testamentu zwykłego: holograficzny (*olographe*), sporządzony w formie aktu urzędowego (*fait par acte public*) oraz mistyczny (*dans la forme mystique*). Spośród tych form dwie wymagają udziału notariusza, z czego testament mistyczny (tajemny) jest charakterystyczną instytucją prawa francuskiego, adoptowaną później przez inne, choć nie tylko romańskie, systemy prawa prywatnego. Pierwotnie jego sporządzenie wymagało udziału co najmniej sześciu świadków; obecnie wymaganych jest jedynie dwóch. Testament notarialny dla swojej ważności wymaga obecności dwóch notariuszy lub jednego notariusza i dwóch świadków (pierwotnie czterech). Wśród form zwykłych dominują więc formy bardzo restrykcyjne, wymagające jednoczesnego

3 J. Turlukowski, *Testamenty szczególne w ukraińskim prawie cywilnym*, „Przeгляд Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2006 (V), nr 1, s. 146.

4 Tamże, s. 148.

udziału funkcjonariuszy publicznych oraz świadków. Testament holograficzny, wymagający tradycyjnie odręcznego pisma, daty i podpisu testatora, jest zdecydowanie najbardziej liberalną formą testamentu prawa francuskiego. Testamenty szczególne w prawie francuskim trudno bowiem uznać za testamenty odformalizowane. Przede wszystkim bardzo widoczny jest brak szczególnego testamentu ustnego. *Code Civile* zna co prawda aż cztery formy szczególnego testamentu: wojskowy (art. 981–984), sporządzony w czasie epidemii (art. 985), podróżny (art. 988–989) i sporządzony za granicą (art. 986) – ale testowanie w tych formach wymaga zawsze udziału osoby urzędowej lub quasi-urzędowej, jak np. kapitan statku. Bez wątplenia wszystkie te testamenty należy uznać za urzędowe. Jasny jest też cel takiego, a nie innego ich ukształtowania – mają one służyć tym testatorom, którzy w danym momencie nie mają dostępu do notariusza. Urzędowy charakter tych rozrządzeń podkreślają unormowania nakazujące przekazanie testamentów sporządzonych w formach szczególnych odpowiednim francuskim czynnikom oficjalnym.

Regulacja form testamentu w prawie hiszpańskim, choć na pierwszy rzut oka bardzo podobna do francuskiej, różni się od niej jednak dopuszczeniem w wyjątkowych przypadkach możliwości testowania ustnego. Co do zasady przepisy hiszpańskiego *Código Civil* odnośnie do form testamentów zwykłych nie różnią się od kodeksu francuskiego. Pod nazwą testament otwarty (*abierto*) kodeks zna podstawową formę testamentu notarialnego, sporządzanego przed notariuszem w obecności dwóch świadków. Testament zamknięty (*cerrado*) odpowiada zaś konstrukcyjnie testamentowi mistycznemu. W kodeksie znajdujemy również testamenty szczególne (*especiales*), zaliczając do nich wojskowy, morski oraz sporządzony za granicą (art. 677). Wszystkie one, podobnie jak testamenty szczególne prawa francuskiego, mają co do zasady formę urzędową. W przypadku testowania wojskowego oraz morskiego możliwe jest, przy zaistnieniu dodatkowych przesłanek, testowanie ustne w obecności świadków (art. 720 i 731). Testowanie ustne przewidują również przepisy art. 700–704, jako przesłanki wskazując bezpośrednio zagrożenia życia testatora oraz epidemii.

Na tle pozostałych porządków tradycji romańskiej wyróżnia się również prawo niderlandzkie. W *Burger-*

lijk Wetboek właściwa wszystkim kodeksom romańskim zasada traktowania testamentów szczególnych jako surogatów testamentu notarialnego została wyrażona *expressis verbis* poprzez ustanowienie specjalnej formy testamentu allograficznego na wypadek „braku normalnego kontaktu z notariuszem lub właściwym urzędnikiem konsularnym” oraz ograniczenie możliwości testowania szczególnego do sytuacji, gdy wymienione osoby są niedostępne. Kodeks ten jest zarazem bodaj najbardziej restrykcyjnym spośród wszystkich kodeksów z rodziny romańskiej, jeśli chodzi o formy testamentu. Regulacje dotyczące form testamentu zawierają art. 93–110 księgi 4 kodeksu⁵. Jak wynika z art. 94, prawo holenderskie zna dwie ogólne formy testamentów: sporządzony przez notariusza oraz holograficzny, który został następnie u notariusza złożony. Ta druga forma testamentu wyraźnie zbliża się do formy pochodzącego z prawa francuskiego testamentu mistycznego. Kodeks normuje także kilka form szczególnych. Pierwszą z nich jest testament holograficzny, który nie musi być złożony u notariusza (art. 97). Podstawą do takiego rozróżnienia jest ograniczenie możliwości testowania za pomocą tego „szczególnego” testamentu własnoręcznego tylko do określonych składników majątku, a mianowicie do ściśle wyliczonych rodzajów rzeczy ruchomych. Kolejne formy znane prawu holenderskiemu należy uznać za szczególne we właściwym tego słowa znaczeniu, tzn. takie, które można sporządzić jedynie w ściśle określonych okolicznościach. Jak łatwo się domyślić, wszystkie te formy wymagają udziału osoby urzędowej lub quasi-urzędowej. W porównaniu z innymi kodeksami romańskimi, które znają przecież testament holograficzny jako formę zwykłą, kodeks holenderski zakłada zdecydowanie najdalej idący formalizm testamentów.

Podsumowując ten krótki przegląd romańskich praw testamentowych, należy podkreślić, że formy testamentów, dla których sporządzenia konieczny jest udział notariuszy, stanowią tu bez wątpienia formy absolutnie podstawowe. Najlepiej świadczy o tym zasadniczy brak możliwości testowania ustnego oraz urzędowy charakter form szczególnych, wyraźnie po-

5 Treść przepisów holenderskich przytoczona za tłumaczeniem angielskim: H. Warendorf, R. Thomas, I. Curry-Summer, *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, 2009.

traktowanych jako surogaty formy notarialnej. Od modelu rosyjskiego tradycję romańską odróżnia jednak w sposób zasadniczy obecność formy holograficznej jako jednej z form ogólnych, dzięki której testowanie z udziałem notariusza nie ma tu charakteru wyłącznego. Ustawodawca francuski oraz inni pozostający w ramach tej tradycji bez wątpienia kładą więc nacisk na bezpieczeństwo obrotu *mortis causa*, czyniąc zarazem wyraźny krok w stronę swobody testowania w postaci dopuszczenia testamentu własnoręcznego.

Wielość form testamentu w tradycji germańskiej

Germańska tradycja prawa prywatnego podchodzi do zagadnienia form testamentu w zasadniczo inny sposób niż zaprezentowane powyżej tradycje rosyjska i romańska. Zarówno prawo austriackie, jak i niemieckie znają wiele różnorodnych form testamentu, dając

przedstawić postać tych regulacji zarówno przed tą reformą, jak i obowiązujących obecnie. Testament pisemny mógł w prawie austriackim przybrać zarówno formę testamentu holograficznego (§ 578), jak i testamentu „dyktowanego”, spisane według dyspozycji spadkodawcy przez osobę trzecią w obecności trzech świadków, w tym co najmniej dwóch równocześnie (§ 579). Prawo austriackie znało także formę testamentu ustnego – pozasądową, sporządzaną poprzez oświadczenie ostatniej woli trzem świadkom (§ 585–586). Warto podkreślić, że była to forma zwykła, gdyż użycie jej nie jest obwarowane żadnymi przesłankami. W tym miejscu najlepiej widać różnicę z formami testamentu w prawach romańskich, które co do zasady nie dopuszczają testamentu ustnego, nawet jako testamentu szczególnego. W myśl przepisów ABGB można również testować „sądowo”. Sądowy testament pisemny, polegający na złożeniu w sądzie własnoręcz-



Od modelu rosyjskiego tradycję romańską odróżnia jednak w sposób zasadniczy obecność formy holograficznej jako jednej z form ogólnych, dzięki której testowanie z udziałem notariusza nie ma tu charakteru wyłącznego.

tym samym jednostce szerokie spektrum możliwości i w dalece większym zakresie realizując zasadę swobody testowania. Austriacki kodeks cywilny (*Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) nazywa formę testamentu „formą zewnętrzną” (*äußere Form der Erklärungen des letzten Willens*). W § 577 stanowi niezmiennie od 1811 r., że można testować prywatnie lub urzędowo, pisemnie lub ustnie; pisemnie zaś ze świadkami lub bez nich. Należy wskazać, że austriackie prawo testamentowe było w 2004 r. przedmiotem gruntownej reformy, która dotknęła również przepisów dotyczących formy testamentu⁶. Warto jednakże

nego pisma (§ 587), jest podobny do francuskiego testamentu mistycznego. Sądowy testament ustny jest natomiast typowym testamentem allograficznym – ostatnia wola testatora jest protokołowana przez dwóch urzędników sądowych (§ 588–589). W razie nagłej potrzeby (*im Notfalle*) urzędnicy ci mogą się udać do domu testatora i tam zaprotokołować jego oświadczenie (§ 590). Testament notarialny przybiera w Austrii bodaj najwięcej wariantów. Co warto podkreślić, nie są one normowane w ABGB – wprowadziła je dopiero reforma notariatu z 1850 r. i do dziś unormowania ich dotyczące znajdują się w ustawie

6 *Bundesgesetz: Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 – Fam-ErbRÄG 2004*; „Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich”

z 21 czerwca 2004 r., nr 58. Ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 2005 r.

notarialnej (*Notariatsordnung*). Ustawa ta normuje testament przed dwoma notariuszami lub jednym notariuszem i dwoma świadkami, testament mistyczny, testament w formie aktu notarialnego, jak również testament holograficzny potwierdzony następnie aktem notarialnym. W praktyce testamety sądowe nie odgrywają w Austrii niemal żadnej roli, także funkcję testamentu publicznego pełnią wskazane formy notarialne⁷. W wyniku wspomnianej reformy prawa spadkowego z 2004 r. zniesiony został ustny testament zwykły, a wszystkie formy testamentów szczególnych zastąpiono jedną nową formą⁸. Ustawodawca austriacki uczynił więc duży krok w stronę ograniczenia formalnego aspektu swobody testowania, stawiając najwyraźniej na zapewnienie większego bezpieczeństwa obrotu.

Kodeks niemiecki (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) przewiduje dwie formy zwykłe oraz trzy formy szczególne testowania. W myśl pierwotnego brzmienia § 2231 BGB testament w formie zwyczajnej można było sporządzić przed sędzią lub notariuszem bądź przez oświadczenie – własnoręcznie napisane i podpisane przez spadkobiercę, z wymienieniem miejsca i dnia sporządzenia. W myśl dawnego § 2233 można było testować przed sędzią w obecności sekretarza sądowego lub dwóch świadków albo przed dwoma notariuszami, albo notariuszem w obecności dwóch świadków. Testowanie notarialne albo sądowe odbywać się mogło poprzez podyktowanie ostatniej woli ustnie albo poprzez zdeponowanie u notariusza albo w sądzie dokumentu, co odpowiada konstrukcji francuskiego testamentu mistycznego. Kodeks niemiecki w obecnym brzmieniu nie zna już testamentu sporządzanego przed sędzią, a tryb sporządzania testamentu notarialnego uległ znacznym zmianom⁹. Rezygnacja z testamentów sądowych stała się możliwa dzięki nadaniu jednolitych ram organizacyjnych niemieckiemu no-

tariatowi i – jak to ujął R. Zimmermann – dzisiaj nikt za testamentem sądowym nie tęskni¹⁰. Obok takiego kilkuwariantowego testamentu publicznego zwykłym testamentem był również testament holograficzny (*Eigenhändiges Testament*). Jego forma była zresztą w prawie niemieckim przedmiotem wielkiej dyskusji już na etapie opracowywania projektu BGB, a także licznych kontrowersji i reform już po wejściu kodeksu w życie. Ostateczny kształt testamentowi własnoręcznemu nadała dopiero nowelizacja BGB z 1938 r.¹¹

Niemiecki kodeks cywilny zna również, w postaci zasadniczo niezmienionej od początku obowiązywania, trzy testamety szczególne: testament na statku (§ 2251: *während einer Seereise an Bord eines deutschen Schiffes*), będący w zasadzie wariantem omawianego niżej testamentu ustnego, oraz dwa testamety, których przesłanką sporządzenia jest utrudniony dostęp do notariusza (czy niegdyś: sędziego lub notariusza). Pierwszym z nich jest testament allograficzny sporządzany przed burmistrzem (§ 2249: *Nottestament von dem Bürgermeister*), z którego można skorzystać jedynie wówczas, gdy istnieje obawa, że spadkodawca umrze, zanim możliwe będzie sporządzenie testamentu przed sędzią lub notariuszem. Testament allograficzny w prawie niemieckim jest więc surogatem testamentu notarialnego. Podobna przesłanka uzasadnia sporządzenie testamentu ustnego (§ 2250: *Nottestament vor drei Zeugen*). Sporządzenie testamentu ustnego jest więc także uwarunkowane utrudnionym dostępem do notariusza, lecz z racji braku udziału osoby urzędowej trudno nazwać go surogatem formy notarialnej.

Różnicę w ujęciu zagadnienia formy testamentu między prawami romańskimi i germańskimi najlepiej podkreśla fakt obecności w tych ostatnich testamentu ustnego. Istnienie tej formy nawet jako szczególnej, tj. obwarowanej określonymi przesłankami, zdecydowanie ułatwia sytuację jednostki, umożliwiając jej testowanie także w sytuacjach nagłych. W ten sposób tradycja germańska idzie zdecydowanie w kierunku realizacji zasady swobody testowania, co oczywiście musi odbyć się kosztem zmniejszenia ochrony bezpieczeństwa ob-

7 Ch.C. Wenderhorst, *Testamentary Formalities in Austria* (w:) *Comparative Succession Law*, t. I, *Testamentary Formalities*, eds. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 227.

8 Odnośnie do obecnych form testamentu w Austrii oraz reformy z 2004 r. zob. Ch.C. Wenderhorst, tamże.

9 Chodzi tu przede wszystkim o wykreślenie z BGB § 2234–2246, dokonane z dniem 1 stycznia 1970 r., *Beurkundungsgesetz* z 28 sierpnia 1969 r. (BGBl. I, s. 1513).

10 R. Zimmermann, *Testamentary Formalities in Germany* (w:) *Comparative Succession Law...*, dz. cyt., s. 220.

11 *Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen* z 31 lipca 1938 r.

rotu. Mimo to warto zauważyć, że w prawie niemieckim testament notarialny nadal zajmuje szczególną pozycję, czego najlepszym potwierdzeniem jest to, że zarówno testament allograficzny, jak i ustny są formami szczególnymi i zarazem surogatami formy notarialnej. W ten

zasady przepisy polskie o formach testamentu opierały się na prawie niemieckim. Do form zwykłych w dekreście zaliczono testament holograficzny, notarialny oraz allograficzny (który w BGB jest testamentem szczególnym); formami szczególnymi były zaś testament



Różnicę w ujęciu zagadnienia formy testamentu między prawami romańskimi i germańskimi najlepiej podkreśla fakt obecności w tych ostatnich testamentu ustnego.

sposób ustawodawca podkreśla, że testament notarialny jest niejako formą preferowaną, starając się zminimalizować ryzyko dla bezpieczeństwa obrotu, który niesie z sobą dozwoleństwo na testowanie ustne.

Prawo polskie w ramach tradycji germańskiej

Jak wiadomo, zunifikowane, a następnie skodyfikowane polskie prawo cywilne czerpie sporo z rozwiązań Kodeksu Napoleona, ale zarówno pandektowa systematyka, jak i kształt większości instytucji wywodzą się z prawa niemieckiego. Nie inaczej jest z formami testamentu, które w swoim zasadniczym kształcie odpowiadają tym znanym z BGB. Testament notarialny zyskał w prawie polskim szczególną pozycję jeszcze przed unifikacją prawa spadkowego. Testamenty sądowe w byłych dzielnicach austriackiej i niemieckiej zostały bowiem zniesione mocą unormowań rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie¹², przez co testament notarialny stał się jedyną formą urzędową znaną prawom dzielnicowym.

Tym tropem poszedł dekret z dnia 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe¹³. Jak już była mowa, co do

ustny, testament na statku oraz testamenty wojskowe. Bodaj najwyraźniej na wzorze niemieckim opierał się testament notarialny – można go było sporządzić, podając swoją wolę do wiadomości notariusza ustnie (art. 81 § 1) albo wręczając mu przygotowane już pismo (art. 81 § 2 – testament mistyczny). Także wymóg obecności dwóch notariuszy albo jednego notariusza i dwóch świadków zdaje się pochodzić z BGB, choć nie można zapominać, że identyczne uregulowanie zawiera kodeks francuski. Całokształt unormowań form testamentu w dekreście wskazuje jednak, że wzorem dla polskiego prawodawcy było w tej materii przede wszystkim prawo niemieckie. Potwierdza to zwłaszcza obecność testamentu ustnego, możliwego do sporządzenia, „jeżeli wskutek szczególnych okoliczności, jako to: przerwania komunikacji, epidemii, działań wojennych, choroby spadkodawcy albo jego nieszczęśliwego wypadku, uzasadniających obawę rychłej jego śmierci, sporządzenie testamentu zwykłego byłoby niemożliwe lub bardzo utrudnione” (art. 82 zdanie pierwsze). Wymogiem ważności takiego rozrządzenia była obecność trzech świadków. W art. 83 wyraźnie podkreślono allograficzny charakter testamentu sporządzanego podczas podróży na statku morskim lub powietrznym, odsyłając do szczegółów zawartych w art. 80. Dodatkowo art. 83 w § 2 dozwalał na skorzystanie podczas podróży statkiem z testamentu ustnego, jeżeli sporządzenie testamentu przed kapitanem lub jego zastępcą byłoby niemożliwe. Paragraf ten również nawiązuje do testamentu na statku w kształ-

¹² Dz.U. z 1933 r. Nr 84, poz. 609. Zob. art. 142, dotyczący byłego zaboru austriackiego, oraz art. 146 § 1, dotyczący byłego zaboru pruskiego, stanowiące o ustaniu własności sądów tych dzielnic do dokonywania czynności, które może sporządzać notariusz.

¹³ Dz.U. z 1946 r. Nr 60, poz. 328 z późn. zm.

cie znanym BGB. Warto zauważyć, że mimo pójścia śladem kodeksu niemieckiego prawo spadkowe nie przejęło z niego braku dostępu do notariusza jako przesłanki sporządzenia testamentu ustnego.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹⁴, choć z oczywistych przyczyn była wielokrotnie nowelizowana, nie doczekała się dotychczas żadnej szerszej zmiany w zakresie przepisów normujących formy testamentu. Jedynie art. 951 § 1 był trzykrotnie nowelizowany, ale zmiany te ograniczały się za każdym razem do dostosowania katalogu podmiotów, przed którymi można testować allograficznie, do kolejnych zmian w strukturze administracji publicznej¹⁵. Poza tym formy testamentu pozostają w prawie polskim niezmienione od czasu wejścia w życie kodeksu cywilnego oraz rozporządzenia w sprawie testamentów wojskowych. Co do zasady polskie prawo o formach testamentu cały czas – tak jak i pod rządami dekretu z 1946 r. – pozostaje oparte przede wszystkim na wzorcu niemieckim. Poszczególne formy nie różnią się zresztą zasadniczo od tych znanych dekretowi. Testament holograficzny, będący bez wątpienia podstawową formą zwykłą, oparty jest na tych samych założeniach, a obecny art. 949 k.c. brzmi niemal identycznie jak art. 79 dekretu.

Istotną różnicą jest brak w kodeksie szczegółowych wytycznych dotyczących sporządzenia testamentu notarialnego. Art. 950 k.c. stanowi jedynie, że testament może być sporządzony w formie aktu notarialnego, odsyłając tym samym *de facto* do przepisów prawa notarialnego. Rozwiązanie to jest w doktrynie krytykowane¹⁶, jednak warto pamiętać, że jest ono

bardzo podobne do austriackiego. Także w prawie niemieckim przepisy dotyczące testamentu notarialnego zostały przejściowo wykreślone z BGB i przeniesione do osobnej ustawy; współcześnie szczegółowe regulacje odnoszące się do procedury sporządzania tych testamentów zawiera ustawa notarialna¹⁷. Obecne rozwiązanie polskie, polegające na faktycznym przeniesieniu przepisów dotyczących testamentu notarialnego poza kodeks cywilny, jest więc – co nie dziwi, zważywszy na ogólną inspirację prawami germańskimi – bliskie rozwiązaniom austriackim i niemieckim. Niezależnie od tego obowiązujące przepisy polskie, dotyczące sporządzania aktów notarialnych i czynności notarialnych w ogólności¹⁸, nie wspominają ani słowem o świadkach ani o udziale więcej niż jednego notariusza. Tym samym obecne jeszcze w dekrecie z 1946 r. wymogi tej treści, wywodzące się z kodeksu niemieckiego, zostały przez polskiego ustawodawcę zarzucone. Testament notarialny jest więc współcześnie mniej sformalizowany i łatwiejszy do sporządzenia niż w prawie niemieckim czy też pod rządami dekretu z 1946 r. Należy również podkreślić, że obecnie obowiązujące przepisy, podobnie zresztą jak przepisy dekretu, w żaden sposób nie podkreślają szczególnej roli testamentu notarialnego, tak jak to ma miejsce w prawie niemieckim, zwłaszcza poprzez uczynienie braku dostępu do notariusza przesłanką uprawniającą do skorzystania z form szczególnych. W polskim prawie testamentowym brak jest jakichkolwiek porównywalnych unormowań. Ta różnica uprawnia do stwierdzenia, że w prawie polskim testament notarialny nie ma tej szczególnej pozycji, jaką zajmuje w BGB. Z drugiej strony różnica ta jest jednak na tyle niewielka, że trudno byłoby utrzymywać,

od tego, jakie istniało w chwili wydania kodeksu cywilnego i które ustawodawca miał na względzie”.

14 Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

15 Ustawa z dnia 23 sierpnia 1996 r. (Dz.U. Nr 114, poz. 542); ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. (Dz.U. Nr 106, poz. 668); ustawa z dnia 20 czerwca 2002 r. (Dz.U. Nr 113, poz. 984).

16 Zob. S. Wójcik, *O niektórych uregulowaniach w prawie spadkowym. Uwagi de lege ferenda* (w:) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1496–1497. Autor podkreśla, że odsyłając do uregulowań prawa o notariacie „ustawodawca odsyła do czegoś niejako »w ciemno«, co może ulec zmianie nawet w sposób nieodpowiadający regulacji właściwej dla testamentu. Inaczej mówiąc, przy takiej regulacji testamentu notarialnego ustawodawca – w pewnym sensie – traci kontrolę nad uregulowaniem formy testamentu notarialnego; które z czasem może stać się diametralnie różne

17 Mowa tu o uchwalonej w czasach III Rzeszy i powoływanej uprzednio ustawie o testamentach (*Testamentsgesetz*) z 1938 r., której przepisy przeniesiono na powrót do BGB w 1953 r. Następnie przepisy proceduralne dotyczące testamentów notarialnych przeniesiono do ustawy notarialnej (*Beurkundungsgesetz*) z 1969 r., co połączono ze wspomnianym wcześniej zniesieniem testamentów sądowych. Szerzej R. Zimmermann, *Testamentary Formalities...*, dz. cyt., s. 207–212.

18 Art. 79–95 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 z późn. zm.).

jakoby prawo polskie wypracowało jakiś odrębny od niemieckiego model unormowania form testamentu. Niektóre poglądy doktryny wskazują ponadto, że testament notarialny również w Polsce pozostaje – z uwagi na jego oczywiste walory – formą preferowa-

ciem w 1677 r. *Statute of Frauds*. Drugą wielką różnicą, kluczową z punktu widzenia tej analizy, jest całkowity brak w prawie angielskim jakiegokolwiek urzędowej formy testamentu. Obecnie obowiązujący *Wills Act* z 1837 r. zna tylko jedną formę rozrządzenia ostatniej



Angielski prawodawca opowiada się zdecydowanie za zapewnieniem bezpieczeństwa obrotu prawnego, jednak czyni to w sposób dalece odmienny od przyjętego tradycyjnie na kontynencie.

na¹⁹. Bez wątplenia również główne założenie stojące za odpowiednimi przepisami kodeksu niemieckiego i kodeksu polskiego jest bardzo podobne i wyraża się w dozwoleniu na dokonywanie rozrządzeń ostatniej woli w wielu formach. Fundamentalne znaczenie ma również, tak odmienna od modelu romańskiego, obecność testamentu ustnego, który jest w praktyce jedyną formą możliwą do wykorzystania w naprawdę nagłych przypadkach. Nie ulega zatem wątpliwości, że w zakresie form testamentu polskie prawo cywilne zaliczyć należy do modelu germańskiego.

Brak testamentów urzędowych w prawie angielskim

W *common law* podejście do problematyki formy testamentu jest bardzo odmienne od kontynentalnego, co zresztą nie może dziwić, zważywszy na inne fundamentalne różnice między prawem anglosaskim a *civil law*. Na kontynencie praktycznie „od zawsze” (a więc począwszy od prawa rzymskiego) było oczywiste, że rozrządzenie ostatniej woli musi zostać sporządzone w ściśle określonej formie. Tymczasem w Anglii i Walii wymóg testowania w formie określonej w przepisach prawa pojawił się ostatecznie dopiero wraz z przyję-

woli, która nie przypomina żadnej z podstawowych form testamentu znanych kodeksom kontynentalnym. Dość powiedzieć, że dla ważnego sporządzenia testamentu potrzebne jest zarówno pismo podpisane przez testatora, jak i jednoczesna z jego sporządzeniem obecność i podpisy świadków. Testament taki nie jest więc specjalnie łatwy do sporządzenia, zwłaszcza w porównaniu z kontynentalnym testamentem własnoręcznym. Jedynym wyjątkiem od tych wymogów jest w prawie angielskim możliwość całkowicie nieformalnego testowania przez żołnierzy podczas służby wojskowej oraz przez marynarzy podczas przebywania na morzu, a więc przypominająca instytucję wywodzącą się z prawa rzymskiego i wykazująca pewne podobieństwo do kontynentalnych testamentów wojskowych.

Testament angielski jest zatem – podobnie jak testament w klasycznym prawie rzymskim – zawsze czynnością całkowicie prywatną. W aspekcie konfliktu dwóch wartości, o których była mowa na wstępie, testament ten nie realizuje jednak zbyt szeroko zasady swobody testowania. Angielski prawodawca opowiada się zdecydowanie za zapewnieniem bezpieczeństwa obrotu prawnego, jednak czyni to w sposób dalece odmienny od przyjętego tradycyjnie na kontynencie, gdzie za testament bezpieczny uchodzi przede wszystkim testament urzędowy, a w szczególności notarialny.

¹⁹ Zob. S. Wójcik, *Rola notariusza w sprawach spadkowych (na przykładzie testamentu notarialnego)*, „Rejent” 1996, nr 4–5 (60–61), s. 152.

Podsumowanie i drugie dno

Podsumowując, warto rozwinąć zasygnalizowaną na wstępie myśl, że z analizy uregulowań dotyczących form testamentu w poszczególnych porządkach prawnych wypływać może także wniosek dotyczący problematyki pozornie z prawem testamentowym mało związanej. Z samej analizy komparatystycznej wynika, że europejskie systemy prawa prywatnego można w ramach badanego aspektu ustawić na swego rodzaju osi. Na jednym jej skraju znajduje się prawo rosyjskie, w którym testament notarialny jest jedyną formą zwykłą testowania, a niemal wszystkie testamenty szczególne mają formę urzędową. Dalej miejsce zajmuje prawo francuskie i wzorowane na nim inne systemy romańskie, gdzie testamenty urzędowe wyraźnie dominują, a co do zasady jedyną formą prywatną rozrządzenia ostatniej woli jest testament holograficzny. Następną na osi jest tradycja germańska, w której testament notarialny pełni szczególną rolę, ale gdzie dopuszczone jest też korzystanie z szeregu form o charakterze prywatnym. Na drugim końcu osi znajduje się wreszcie prawo angielskie, które w ogóle nie zna testamentu urzędowego. Oś ta wyznacza szerokie spektrum rozwiązań i możliwych sposobów rozstrzygnięcia konfliktu pomiędzy swobodą testowania a bezpieczeństwem obrotu prawnego. Znajomość tych rozwiązań nie jest bez znaczenia przy dokonywaniu wykładni przepisów o formach testamentu i ich stosowaniu w praktyce. W kontekście polskim należy wyraźnie podkreślić, że nasze przepisy o formach testamentu należą bez wątpienia do najbardziej liberalnych w Europie. Dając testatorowi możliwość korzystania z tak wielu form oświadczenia ostatniej woli, w tym zwłaszcza z formy ustnej, polski ustawodawca wyraźnie podkreśla wagę formalnego aspektu zasady swobody testowania. W tym miejscu warto przypomnieć, że w *Zielonej Księdze* Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości wskazano na przykład, że należy usunąć z kodeksu cywilnego testament ustny oraz podrózny, jak również zastanowić się, czy podobny los nie powinien spotkać testamentu allograficznego²⁰. Dokonanie takich

²⁰ Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 194.

zmian, polegających *de facto* na znaczącym ograniczeniu formalnego aspektu swobody testowania, oznaczałoby zerwanie z dotychczasową tradycją polskiego prawa testamentowego, a przede wszystkim jego radykalne przewartościowanie. Tym bardziej więc ewentualne reformowanie prawa testamentowego poprzedzić powinny gruntowne studia problematyki formy testamentu nie tylko na polu praktycznym, ale także aksjologicznym, wynikającym z kontekstu porównawczego.

Zarysowaną powyżej oś można również odnieść do problematyki systemów społeczno-politycznych panujących w odpowiednich państwach. Nietrudno zauważyć, że oba kraje umieszczone na końcach osi reprezentują również biegunowe odmienne podejście do kwestii obywatelskiej wolności oraz skrajnie różne koncepcje roli władzy publicznej. Nasuwa się pytanie, czy owe różnice nie przekładają się również na podejście do kwestii prawnoprywatnych, w tym właśnie do testowania, które w Rosji jest czynnością niemal tylko i wyłącznie urzędową, natomiast w Anglii w stu procentach prywatną. Środek osi zajmują natomiast obie wielkie tradycje prawa kontynentalnego, co również pokrywa się z faktem, że co do zasady francuska czy niemiecka wizja roli państwa zawsze była gdzieś pomiędzy rosyjskim despotyzmem a angielskim klasycznym liberalizmem (choć oczywiście zdecydowanie bliżej tego ostatniego).

Powyższe pozwala zaryzykować wstępną tezę, z pewnością wymagającą dalszego zbadania, że oprócz dwóch przeciwstawnych wartości, jakimi są bezpieczeństwo obrotu prawnego i zasada swobody testowania, prawo testamentowe determinują również czynniki bezpośrednio niezwiązane z problematyką dziedziczenia ani jego aksjologią. Kształt konkretnych instytucji być może w równie dużym stopniu zależy od ogólnego podejścia określonej tradycji prawnej i politycznej do fundamentalnych kwestii społecznych. To samo w sobie nie jest być może specjalnie odkrywczym, ale problem wart jest zapewne podobnej analizy na gruncie pozostałych dziedzin prawa prywatnego, w tym zwłaszcza poszczególnych jego zagadnień i problemów, których sposób ujęcia normatywnego wykazuje równie daleko idące różnice co kwestia form testamentu.