

Maksymilian Pazdan^{a)}

Aspekty kolizyjnoprawne zapisu windykacyjnego

Abstract: The law applicable under Articles 24 and 25 of the EU Regulation No 650/2012 determines what types of legal acts, that could contain dispositions of property upon death, are admissible.

On the other hand, according to Article 23(2)(b) and (e) of the Regulation, it is the law applicable to the succession under Article 21 and 22 which determines what types of dispositions may be carried out by the successor. Consequently, the law applicable to succession decides about the admissibility of the legacy (bequest) per vindicationem. It determines also the legal effects of the legacy per vindicationem.

The question arises, however, as to the potential role played by the law applicable to the proprietary status of the assets (*lex rei sitae*, etc.). Here, one needs to take into account the type of the asset that is subject to the legacy per vindicationem.

The transfer of the ownership of the asset which belonged to the deceased to the legatee per vindicationem is governed by the law applicable to the succession. The legacy per vindicationem does not lead to a creation of a new right in rem but only to a transition of the right from one person to another. This is evident from Article 23(2)(e) of the Regulation. The *numerus clausus* principle is not infringed.

The law applicable to succession determines whether the legacy per vindicationem of a receivable (claim) is admissible and what should be the characteristics of such a receivable. The law applicable to the receivable in question, on the other hand, governs questions such as the existence and content of the receivable, who is entitled to it, and whether it is transferable *inter vivos* or upon death.

The legacy per vindicationem will lead to creation of the limited right in rem if the law applicable to succession knows a given type of the subject matter of the legacy and the *lex rei sitae* recognizes the limited right in rem, which the successor wishes to establish. The importance of the instrument referred to as „adaptation” is underlined in para 16 of the Preamble to the Regulation.

The effectiveness of the legacy per vindicationem of a business or a farm located in a state different from the state which law is applicable to succession, depends on whether

^{a)} Prof. dr hab., Uniwersytet Śląski w Katowicach, Akademia Leona Koźmińskiego.

the law of the state where a business or a farm is located treats them as separate estates and makes them transferable (just as the law applicable to succession does).

The term „legal requirements for recording in a register of rights” used in Article 1(2)(l) should be given a narrow meaning. It does not encompass the substantive title of the acquisition of the right which is subject to recording in the register nor subjecting it to the law applicable to the given register. However, the role of the register (including the one played in the discussed context) is determined by the law applicable to the register (which is underlined also in para 19 of the Preamble). This law should be applied next to the law applicable to the succession. It can postpone the effects of the legacy per vindicationem but it cannot annul its effects.

Keywords: legacy per vindicationem, law applicable to succession, transfer of the ownership, legal effects of the legacy per vindicationem

1. Uwagi wstępne

W najbliższych latach w rozważaniach z zakresu międzynarodowego prawa spadkowego trzeba będzie brać pod uwagę dwa unormowania: nasze krajowe, zamieszczone w ustawie z 4 lutego 2011 r. o prawie prywatnym międzynarodowym¹, oraz europejskie, ustanowione mocą Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego [dalej: rozporządzenie]², które weszło w życie 16 sierpnia 2012 r. (por. art. 84 ust. 1), a którego stosowanie rozpoczęło się 17 sierpnia 2015 r.

Na szczególną uwagę w najbliższych miesiącach zasługiwać będą postanowienia rozporządzenia wyznaczające jego zasięg czasowy³. W myśl art. 83 ust. 1, przepisy rozporządzenia stosuje się do dziedziczenia po

¹ Dz.U. nr 80, poz. 432 z późn. zm.

² Dz.Urz. UE L 201 z 27.07.2012, s. 107.

³ Por. J. Pazdan: *Umowy dziedziczenia w rozporządzeniu Unii Europejskiej z 2012 r. w sprawach spadkowych*. W: *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*. Red. J. Pisuliński, M. Podrecka. Warszawa 2013, s. 771 i nast.; M. Kłoda: *Europejskie rozporządzenie spadkowe a rozrządzenia na wypadek śmierci dokonane przed 17 sierpnia 2015 r.* „Palestra” 2014, nr 10, s. 18 i nast.; Idem: w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 C: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015, s. 805 i nast.; M. Pazdan: *Zakres zastosowania rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. M. Pazdan, J. Górecki. Warszawa 2015, s. 33 i nast.

osobach zmarłych w dniu lub po dniu 17 sierpnia 2015 r. Nie ma przy tym znaczenia, jakie obywatelstwo miał zmarły spadkodawca. Kompetencja polskiego sądu (polskiego notariusza) zależy oczywiście od tego, czy w świetle rozporządzenia w odniesieniu do określonej sprawy spadkowej polskim sądom (polskim notariuszom) przysługuje jurysdykcja.

Jeżeli śmierć nastąpiła przed 17 sierpnia 2015 r., prawa właściwego dla dziedziczenia (statutu spadkowego), jak i norm określających jurysdykcję krajową należy poszukiwać w przepisach obowiązujących w Polsce do tej daty. Tak więc poszukując prawa właściwego do oceny dziedziczenia po osobach zmarłych po wejściu w życie ustawy z 4 lutego 2011 r. (czyli po 16.05.2011 r.), a przed rozpoczęciem stosowania rozporządzenia, należy stosować art. 64 ustawy z 4 lutego 2011 r. Jeżeli do otwarcia spadku doszło po wejściu w życie ustawy z 12 listopada 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. nr 46, poz. 290 z późn. zm.), czyli po 1 lipca 1966 r., a przed wejściem w życie ustawy z 4 lutego 2011 r., to w rozważanym zakresie stosować należy art. 34 ustawy z 1965 r. W razie otwarcia spadku przed wejściem w życie ustawy z 1965 r. zastosowanie znajdzie art. 28 ustawy z 2 sierpnia 1926 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. nr 101, poz. 581 z późn. zm.).

To, co powiedziano wyżej o stosowaniu przepisów wymienionych ustaw wskazujących ogólny statut spadkowy, odnosi się też do innych przepisów tych ustaw.

Odrębne reguły intertemporalne dotyczące wyboru prawa ustanawia art. 83 ust. 2 rozporządzenia.

Kwestie intertemporalne w odniesieniu do rozrządzeń *mortis causa* reguluje art. 83 ust. 3 i 4 rozporządzenia. Jeżeli rozrządzenie *mortis causa* zostało dokonane 17 sierpnia 2015 r. lub po tej dacie, prawo właściwe dla jego „ważności materialnej” (w zależności od rodzaju rozrządzenia) wskażą art. 24 lub art. 25 rozporządzenia, natomiast prawo właściwe dla „ważności formalnej” — także w zależności od rodzaju rozrządzenia — konwencja haska z 1961 r. dotycząca formy testamentu lub art. 27 rozporządzenia.

Jeżeli rozrządzenie *mortis causa* zostało dokonane przed 17 sierpnia 2015 r., to wystarczy, że jest dopuszczalne oraz „ważne materialnie i formalnie” według prawa wskazanego przez: a) przepisy rozporządzenia zamieszczone w rozdziale III lub b) normy prawa prywatnego międzynarodowego, obowiązujące w chwili dokonania rozrządzenia w państwie, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu, lub w którymkolwiek z państw, którego obywatelstwo posiadał, lub w państwie członkowskim organu rozpatrującego sprawę spadkową.

Przepis art. 83 ust. 3 rozporządzenia chroni więc rozrządzenia dokonane przed 17 sierpnia 2015 r. przez spadkodawców z miejscem zwykłego

pobytu w chwili dokonania rozrządzenia w Polsce (także cudzoziemców), zgodnie z prawem wskazanym przez normy kolizyjne obowiązujące w tej dacie w Polsce. To samo dotyczy obywatela polskiego, który w chwili dokonania rozrządzenia nie miał miejsca zwykłego pobytu w Polsce. Warto też zwrócić uwagę na dopuszczenie swoistego działania wstecz norm kolizyjnych zamieszczonych w rozdziale III rozporządzenia, skoro — według omawianego przepisu — wystarczy, że rozrządzenie *mortis causa* dokonane przed 17 sierpnia 2015 r. było dopuszczalne oraz „ważne materialnie i formalnie” według prawa wskazanego przez te normy kolizyjne.

Wydaje się, że granicę czasową owego wstecznego działania norm kolizyjnych znajdujących się w rozdziale III rozporządzenia wyznacza data wejścia w życie rozporządzenia (czyli dzień 16 sierpnia 2012 r.).

Przepis art. 83 ust. 4 rozporządzenia dopuszcza jeszcze dodatkową możliwość, a mianowicie zastosowanie prawa, które spadkodawca mógł wybrać zgodnie z rozporządzeniem (por. art. 24 ust. 2, art. 25 ust. 3 rozporządzenia). Poszerza to — w stosunku do tego, co wynika z art. 83 ust. 3 — krąg praw alternatywnie właściwych.

Zapis windykacyjny został do polskiego prawa spadkowego wprowadzony ustawą z 28 marca 2011 r.⁴, która weszła w życie 23 października 2011 r., obok przewidzianego zarówno w dekreście o prawie spadkowym z 8 października 1946 r.⁵, jak i w kodeksie cywilnym z 23 kwietnia 1964 r.⁶ zapisu damnacyjnego, który od wejścia w życie wspomnianej ustawy z 28 marca 2011 r. nosi nazwę zapisu zwykłego. Za pomocą tego zabiegu ustawodawca polski starał się zwiększyć wpływ spadkodawcy na losy poszczególnych składników jego majątku na wypadek śmierci.

Zapis windykacyjny dopuszczają tylko niektóre ustawodawstwa⁷ (np. prawo włoskie, francuskie, hiszpańskie, portugalskie, greckie, brazylijskie i chilijskie). W wielu systemach prawnych jest on niedopuszczalny (np. w prawie niemieckim, austriackim, szwajcarskim, holenderskim, chorwackim i chińskim)⁸.

⁴ Dz.U. 2011, nr 85, poz. 458.

⁵ Dz.U. nr 60, poz. 320 z późn. sprost. i zm.

⁶ Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.

⁷ Por. J. Górecki: *Zapis windykacyjny — uwagi „de lege ferenda”*. W: *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego (Księga dedykowana Romualdowi Szttykowi)*. Red. E. Drozd, A. Oleszka, M. Pazdan. Kluczbork 2007, s. 130 i nast.; P. Księżak: *Zapis windykacyjny*. Warszawa 2013, s. 16 i nast.; J. Waszczuk-Napiórkowska: *Zapis windykacyjny w polskim prawie spadkowym*. Warszawa 2014, s. 87 i nast.; F. Gärtner: *Die Behandlung ausländischer Vindikationslegat im deutschen Recht*. München 2014, s. 20—21.

⁸ Por. J. Górecki: *Zapis windykacyjny...*, s. 130; P. Księżak: *Zapis...*, s. 19 i nast.; F. Gärtner: *Die Behandlung...*, s. 21—22.

Wspomniane systemy prawne, zarówno przychylne, jak i przeciwnie zapisom windykacyjnym, posługują się instytucją dziedziczenia opartego na zasadzie sukcesji uniwersalnej.

Jednak są również systemy prawne, którym obce jest rozróżnienie zapisów windykacyjnych i damnacyjnych. Mowa o systemach prawnych państw kręgu *common law*, posługujących się konstrukcją administracji spadku (*administration of estate*). W chwili śmierci spadkodawcy — według prawa państw należących do tego kręgu — spadek przechodzi na powiernika (*personel representative*), którym jest bądź executor wyznaczony przez spadkodawcę, bądź administrator wyznaczony przez sąd. Rozwiązanie takie przyjęto w Anglii i Walii, Australii, Irlandii, Kanadzie (z wyjątkiem Quebec), Nowej Zelandii, Republice Południowej Afryki i USA (z wyjątkiem stanu Luizjana)⁹.

Ta różnorodność unormowań w prawie merytorycznym przydaje znaczenia poszukiwaniom rozwiązań na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej.

2. Dotychczasowe poszukiwania prawa właściwego dla zapisu windykacyjnego

Od dawna nie budzi wątpliwości teza, że zapis jako rozrządzenie spadkowe podlega statutowi spadkowemu (właściwość *legis successio-nis*)¹⁰. Należy uznać ją za trafną także na tle aktualnego stanu prawnego. Odnosi się ona zarówno do zapisu damnacyjnego, jak i windykacyjnego.

⁹ Por. F. Gärtner: *Die Behandlung...*, s. 22—23.

¹⁰ Por. M. Wolff: *Das internationale Privatrechts Deutschlands*. Berlin 1954, s. 228 (§ 50); B. Walaszek: *Uznanie dziecka w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*. Kraków 1959, s. 7, przyp. 2; J. Fabian: *Statut spadkowy w nowym polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. „Państwo i Prawo” 1968, z. 11, s. 805; M. Pazdan: *Kolizyjnoprawna problematyka nabycia spadku*. „Studia Cywilistyczne” 1974, T. 23, s. 169; Idem: *Prawo prywatne międzynarodowe. Zarys wykładu*. Warszawa 1987, s. 248; G. Kegel, in: *Soergel. Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 8: *Einführungsgesetz*. Stuttgart—Berlin—Köln—Mainz 1984, s. 1228, nb 25; H. Dörner, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Einführungsgesetz zum BGB/ IPR. Art. 25, 26 EG BGB. Anhang zu Art. 25 und 26 EG BGB. Ausländische Rechte*. Ed. J. Kropholler. Berlin 2000, s. 189, nb 270; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2002, s. 224; J. Górecki: *Zapis testamentowy w prawie kolizyjnym*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”. T. 5. Red. M. Pazdan. Katowice 2009, s. 133; S. Franke, in: *Erbrecht. Herausgeber*. Eds. W. Burandt, D. Rojahn. München 2011, s. 1265, nb 68.

Spory dotyczyły (i ciągle dotyczą) natomiast roli statutu rzeczowego przy ocenie skutków zapisu windykacyjnego¹¹.

W dawnych moich wypowiedziach¹² napotkać można stwierdzenia, że zapis windykacyjny wywołuje bezpośrednie skutki prawnorzeczowe wtedy, gdy skutki takie wiąże z zapisem zarówno statut spadkowy, jak i statut rzeczowy. Uważałem więc, że statut spadkowy nie może sam doprowadzić do powstania skutków prawnorzeczowych zapisu windykacyjnego, bez wsparcia ze strony statutu rzeczowego. Za nieodzowne do nabycia własności rzeczy będącej przedmiotem zapisu (także windykacyjnego) uważałem zatem zawarcie umowy o przeniesienie własności, jeśli takie wymaganie wynikało ze statutu rzeczowego. Jednocześnie zwracałem uwagę na dyskusyjność tego rozwiązania.

W wypowiedziach późniejszych¹³ za bezdyskusyjne uznałem jedynie twierdzenie, że zapis windykacyjny wywołuje skutki prawnorzeczowe wtedy, gdy ta postać zapisu przewidziana jest zarówno w prawie stanowiącym statut spadkowy, jak i statut rzeczowy. Natomiast do dyskusyjnych zaliczyłem odpowiedzi na pytania: a) czy skutki prawnorzeczowe wywoła zapis windykacyjny skuteczny według statutu spadkowego, lecz nieznany statutowi rzeczowemu (według postanowień tego statutu niedopuszczalny), oraz b) czy zapis windykacyjny wywoła bezpośrednio skutki prawnorzeczowe, jeśli skutki takie wiąże z zapisem statut rzeczowy, podczas gdy stanowisko statutu spadkowego jest w tej mierze odmienne.

Dziś moja odpowiedź na pytanie o rolę statutu rzeczowego przy ocenie skutków zapisu windykacyjnego jest odmienna¹⁴. Przedstawię ją w roz-

¹¹ Z jednej strony np. H. Habicht (*Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zur Bürgerlichen Gesetzbuche*. Berlin 1907, s. 192) był zdania, że na nieruchomości położonej w Niemczech można nabyć własność nawet bez zawarcia umowy o przeniesienie własności, a tylko na podstawie zapisu windykacyjnego. Por. też H.G. Gottheiner: *Anpassungs — und Umdeutungsprobleme bei deutsch — englischen Erbrechtsfällen*. Tübingen 1955, s. 68; K. Kegel, in: *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (begründet von Hs.Th. Soergel)*. Bd. IV. Stuttgart—Köln 1955, s. 249—250; L. Raape: *Internationales Privatrecht*. Berlin 1961, s. 592.

Z drugiej strony, wielu autorów opowiadało się za węższą lub szerszą doniosłością w omawianym zakresie statutu rzeczowego. Por. E. Frankenstein: *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*. Bd. IV. Berlin—Grunewald 1935, s. 283 i 483; M. Wolff: *Das internationale...*, s. 228 i nast.; M. Ferid: *Internationales Privatrecht*. Frankfurt am Main 1986, s. 266 i nast.; A. Lüderitz: *Internationales Privatrecht*. Berlin 1992, s. 199.

¹² M. Pazdan: *Kolizyjnoprawna problematyka nabycia spadku...*, s. 170—171; Idem: *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 248.

¹³ Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 14. Warszawa 2012, s. 296, nb 559; Wyd. 15. Warszawa 2012, s. 279, nb 542—543.

¹⁴ Jej ogólne zarysy przedstawiłem w artykule pt. *Verfügungen von Todes wegen in den deutsch-polnischen Beziehungen*. In: *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Ge-*

ważaniach końcowych. Nie widzę powodów, by odpowiedź tę różnicować w zależności od tego, czy chodzi o rozwiązanie na tle naszej ustawy z 2011 r., czy też na tle rozporządzenia spadkowego UE z 2012 r. Przedstawienie bronionej koncepcji wypada poprzedzić kilkoma informacjami o rozwiązaniach przyjmowanych w doktrynie i judykaturze niektórych państw¹⁵.

W Niemczech od czasu wydania przez Trybunał Federalny (Bundesgerichtshof, BGH) wyroku z dnia 28 września 1994 r.¹⁶ dominuje (na tle krajowego prawa prywatnego międzynarodowego) pogląd, że zapis windykacyjny, przewidziany w zagranicznym statucie spadkowym, nie doprowadzi do bezpośrednich skutków prawnorzeczowych w Niemczech w stosunku do przedmiotów majątkowych położonych w tym kraju¹⁷. Dopuszcza się natomiast, w ramach zabiegu nazywanego dostosowaniem (*Anpassung*), przyznanie takiemu zapisowi skutków obligacyjnych, a więc potraktowanie go jako dopuszczalnego w Niemczech zapisu zwykłego (damnacynego).

burtstag. Hrsg. von N. Witzleb, R. Ellger, P. Mankowski, H. Merkt, O. Remien. Tübingen 2014, s. 509 i nast.

¹⁵ O sytuacji w prawie niemieckim i austriackim pisze szerzej M. Margoński: *Skutki rzeczowe zapisu windykacyjnego na tle rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe...*, s. 207 i nast.

Co do prawa niemieckiego por. też H.-P. Mansel, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Internationales Sachenrecht*. Ed. D. Henrich. Berlin 2015, s. 77 i nast.; S. Frank, Ch. Döbereiner: *Nachlassfälle mit Auslandsbezug*. Bielefeld 2015, s. 21.

¹⁶ „Neue Juristische Wochenschrift” [dalej: NJW] 1995, s. 58 i nast. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 1996, s. 39 i nast. Glosy ogłosili: H. Dörner, IPRax 1996, s. 26 i nast.; R. Birk, „Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge” [dalej: ZEV] 1995, s. 283 i nast.; R. Gröschler, „Juristenzeitung” 1996, s. 1030 i nast.; R. Greimer, „Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer” [dalej: MittBayNot] 1995, s. 226.

¹⁷ Por. K. Firsching, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht*. Bd. IV. Lieferung 1. *Internationales Erbrecht (Sonderausgabe)*. Berlin 1981, s. 97, nb 221; C. von Bar: *Internationales Privatrecht*. Bd. 2. München 1991, s. 271, nb 377; G. Schotten: *Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*. München 1995, s. 139, nb 331; Y. Nishitani: *Ausländische Vindikationslegat und das deutsche Erbrecht*. IPRax 1998, s. 77; H. Dörner, in: *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 189 i nast., nb 271, 272, s. 337, nb 847; J. Kropholler: *Internationales Privatrecht*. Tübingen 2006, s. 440 (§ 51.IV.1.d); T. Rauscher: *Internationales Privatrecht*. Heidelberg 2009, s. 230, nb 991; R. Birk, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11, 2010, s. 49, nb 170; K. Thorn, in: *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*. München 2011, s. 2611, nb 11; G. Hohloch, in: *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*. Hrsg. von H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Meier-Reimer. (Sonderdruck). Köln 2011, s. 6591, nb 29.

Nie brak jednak również poglądów postulujących respektowanie w Niemczech prawnorzeczowych skutków zapisu windykacyjnego, przewidzianych w zagranicznym statucie spadkowym, któremu zapis podlega¹⁸. Spory ożywiły się, gdy ich punktem odniesienia stało się rozporządzenie spadkowe UE z 2012 r.

Wiele zależy od sposobu rozumienia przepisu art. 1 ust. 2 lit. k rozporządzenia. Przepis ten przewiduje wyłączenie niektórych kwestii spod zakresu zastosowania rozporządzenia. W myśl art. 1 ust. 2 lit. k, wyłączenia obejmują „charakter praw rzeczowych” („the nature of rights in rem”, „la nature des droits réels”, „die Art der dinglichen Rechte”, „la natura dei diritti reali”).

Zwolennicy dominującego dawniej stanowiska, opowiadający się za respektowaniem niemieckiego statutu rzeczowego przy ocenie zapisu windykacyjnego podlegającego zagranicznemu statutowi spadkowemu, co prowadzi do wyłączenia w Niemczech skutków rzeczowych takiego zapisu (ewentualnego zastąpienia ich skutkami dopuszczalnego w Niemczech zapisu damnacyjnego), opowiadają się za szerokim działaniem wyłączenia z art. 1 ust. 2 lit. k rozporządzenia. Ich zdaniem, *legi rei sitae* podlega nie tylko ustalanie katalogu praw rzeczowych, lecz również sposób (modus) nabycia praw rzeczowych¹⁹. Zagraniczny zapis windykacyjny należy więc — gdy rzecz będąca jego przedmiotem położona jest w Niem-

¹⁸ Por. L. Raape: *Internationales Privatrecht...*, s. 592 (§ 56 VII 6a); G.J. van Venrooy: *Inländische Wirkung ausländischer Vindikationslegat*. „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft” 1986, s. 211 i nast.; A. Tiedemann: *Internationales Erbrecht in Deutschland und Lateinamerika*. Tübingen 1993, s. 101; D. Looschelders: *Die Anpassung im internationalen Privatrecht*. Heidelberg 1995, s. 409 i nast.; K. Siehr: *Internationales Privatrecht*. Heidelberg 2001, s. 109; B. von Hoffman, K. Thorn: *Internationales Privatrecht*. 9. Aufl. München 2007, s. 408—409, nb 31; J.P. Schmidt: *Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse* „Rabels Zeitschrift” [dalej: RabelsZ] 2013, s. 10 i nast.

¹⁹ Por. D. Martiny: „*Lex rei sitae*” as a connecting factor in EU Private International Law. IPRax 2012, H. 2, s. 128; H. Dörner: *Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft*. ZEV 2012, s. 505, 509; Ch. Döbereiner: *Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung*. Teil 1. MittBayNot 2013, H. 5, s. 360 i nast.; U. Simon, M. Buschbaum: *Die neue EU-Erbrechtsverordnung*. NJW 2012, s. 2394; S. Herzog: *Die EU-Erbrechtsverordnung*. ErbR 2013, s. 5; L. Kunz: *Die neue Europäische Erbrechtsverordnung*. „Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union” [dalej: GPR] 2012, s. 253 i nast.; J. Remde: *Die Europäische Erbrechtsverordnung nach dem Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009*. „Rheinische Notarzeitschrift” 2012, s. 65 i nast.; K. Lechner: *Die EuErbVO in Spannungsfeld zwischen Erbstatut und Sachenrecht*. IPRax 2013, s. 499; G. Hohloch, in: *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*. Hrsg. v. H.P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer (Sonderdruck). Köln 2014, s. 6688, nb 13 i 14, s. 6699, nb 3, s. 6715, nb 4.

czech — zastąpić (z powołaniem się na art. 31 rozporządzenia) zapisem damnacyjnym²⁰.

W doktrynie niemieckiej broniony jest jednak także (z większą siłą niż dawniej) pogląd odmienny, zgodnie z którym statut spadkowy obejmuje wszystkie postaci następstwa prawnego w razie śmierci spadkodawcy (co wynika z art. 3 ust. 1 lit. a), łącznie z zapisem windykacyjnym²¹. Przejście własności rzeczy, będącej przedmiotem zapisu windykacyjnego, stanowi — według zwolenników tego poglądu — kwestię prawnosпадkową, a nie prawnorzeczową. Nie ma to nic wspólnego z oceną charakteru własności, której dotyczy art. 1 ust. 2 lit. k rozporządzenia.

W Austrii na uwagę zasługuje wyrok tamtejszego Sądu Najwyższego (Oberster Gerichtshof — OGH) z 19 listopada 1986 r. (3 Ob. 579/86²²), w którym Sąd ten odniósł się do zapisu windykacyjnego podlegającego prawu włoskiemu (jako statutowi spadkowemu), którego przedmiotem była nieruchomości położona w Berlinie Zachodnim. Sąd przyjął, że nabycie przedmiotu zapisu podlega statutowi rzeczowemu, który w tym zakresie góruje nad statutem spadkowym. Wypowiedzi podążające w podobnym kierunku spotkać można w austriackiej doktrynie²³.

Zapłatywania przedstawicieli polskiej doktryny są podzielone. Oprócz poglądu, który określić można mianem tradycyjnego²⁴ (uzależniającego skutki prawnorzeczowe zapisu windykacyjnego od stanowiska zarówno

²⁰ Por. H. Dörner: *Die Verordnung...*, s. 509; J. Remde: *Die Europäische...*, s. 81; G. Hohloch, in: *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch* (2014)..., s. 6688, nb 13; D. Leipold: *Erbrecht*. Tübingen 2014, s. 11, nb 20 lit. O.

²¹ K. Thorn, in: *Palandt...*, s. 2724, nb 13; A. Dutta: *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union — Eine Erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*. „Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht” 2013, s. 12; J. Kleinschmidt: *Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht*. *RabelsZ* 2013, s. 762; M. Margonski: *Ausländische Vindikationslegate nach der EU-Erbrechtsverordnung*. „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivat Recht” 2013, H. 2, s. 109; J.P. Schmidt: *Ausländische Vindikationslegate über im Inland belegene Immobilien — zur Bedeutung des Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO*. *ZEV* 2014, H. 3, s. 133 i nast. Z ograniczeniem do rzeczy ruchomych: Ch. Döbereiner: *Das internationale...*, s. 361; K. Lechner: *Die EuErbVO...*, s. 499.

²² Por. aprobującą głosę do tego wyroku H. Hoyer, *IPRax* 1988, s. 255 i nast.

²³ Za poddaniem aktu nabycia (modus) prawa rzeczowego statutowi rzeczowemu także drogą dziedziczenia opowiadają się: F. Schwind: *Internationales Privatrecht*. Wien 1990, s. 174, nb 364; M. Schwimann: *Internationales Privatrecht*. Wien 1993, s. 95; B. Verschraegen: *Internationales Privatrecht*. Wien 2012, s. 66—67.

²⁴ Por. przyp. 12 i 13 oraz J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2011, s. 318, nb 495 i 496; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2011, s. 270; A. Wysocka-Bar: *Wybór prawa w międzynarodowym prawie spadkowym*. Warszawa 2013, s. 299.

statutu spadkowego, jak i rzeczowego²⁵), pojawił się również pogląd o wyłącznej w tej mierze roli statutu spadkowego²⁶.

3. Rozwiązanie rekomendowane

3.1. Uwagi wstępne

Dotychczasowe poszukiwania kolizyjnoprawnych rozstrzygnięć dla zapisu windykacyjnego koncentrowały się wokół określenia relacji między statutem spadkowym a statutem rzeczowym. Ograniczały się więc do sytuacji, gdy przedmiot zapisu jest własność lub inne podobne prawo do rzeczy. Chodziło w nich o ustalenie, czy o przejściu własności rzeczy (lub innego prawa rzeczowego), będącej przedmiotem zapisu windykacyjnego, decyduje wyłącznie statut spadkowy, czy też muszą być również spełnione wymagania wynikające ze statutu rzeczowego.

Takie podejście, z powodu zawężenia pola obserwacji, prowadziło do odpowiedzi o wycinkowym jedynie znaczeniu. Brak zaś było pogłębione-

²⁵ Pogląd ten wypowiedzany jest również na tle stanu prawnego ukształtowanego przez rozporządzenie UE z 2012 r. Por. A. Wysocka-Bar: *Prawo właściwe dla dziecizczenia według unijnego rozporządzenia dotyczącego spraw spadkowych*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, z. 4, s. 931. Zdaniem tej autorki, zapis windykacyjny podlegający prawu polskiemu nie doprowadzi do przejścia własności rzeczy położonej w Niemczech; „zostanie »przekwalifikowany« na zapis testamentowy przewidziany w prawie niemieckim”; J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2015, s. 315; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2015, s. 273.

W podobnym duchu wypowiedziała się A. Machnikowska, w: *Unijne Rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*. Red. M. Załucki. Warszawa 2015, s. 203, nb 14. Z niezrozumiałych powodów autorka ta pisze o zapisie windykacyjnym ustanowionym w Polsce, a nie o zapisie windykacyjnym, dla którego statutem spadkowym jest prawo polskie.

²⁶ Por. J. Górecki: *Zapis testamentowy...*, s. 143 i nast.; Idem, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 B..., s. 989, nb 121, s. 992, nb 128 i s. 994, nb 132; M. Pazdan: *Verfügungen...*, s. 509 i nast.; M. Margoński: *Skutki rzeczowe...*, s. 214, przyp. 30. Autor ten pozytywnie ocenił postanowienie Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieścia we Wrocławiu z 20.11.2008 r., I Ns 710/2010, niepubl., i wycofał się z wcześniejszego stanowiska, że polskie postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku w stanie prawnym sprzed 23 października 2011 r. nie powinno uwzględniać zapisów windykacyjnych przewidywanych przez obcy statut spadkowy, zajętego w artykule pt. *Redakcja postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku w sprawie z elementem zagranicznym*. „Iustitia” 2010, nr 1, s. 20. We wspomnianym orzeczeniu uznano za skuteczny zapis windykacyjny podlegający prawu włoskiemu dotyczący nieruchomości położonej w Polsce.

go spojrzenia poświęconego przypadkom, w których przedmiotem zapisu windykacyjnego jest inne dobro niż rzecz.

W dalszych rozważaniach zostanie podjęta próba oddzielnego spojrzenia na poszczególne grupy zapisów windykacyjnych, wyodrębnione ze względu na ich przedmiot (por. art. 981¹ § 2 naszego k.c.). Będzie więc mowa o poszukiwaniu prawa właściwego dla zapisu windykacyjnego, gdy jego przedmiotem jest: a) prawo do rzeczy (*ius ad rem*), b) inne prawo majątkowe, c) ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego, d) przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne. Wpierw jednak przypomnieć trzeba rozróżnienia niezbędne do uporządkowania dalszych wywodów.

W ustawie z 2011 r.:

- a) ogólny statut spadkowy wskazują normy z art. 64,
- b) statut testamentowy i innych rozrządzeń na wypadek śmierci wyznaczają normy z art. 65 (z wyjątkiem statutu formy, którego dotyczy art. 66),
- c) statut personalny osoby fizycznej określa art. 11.

Statutowi testamentowemu (i innych rozrządzeń *mortis causa*) pod rządem ustawy z 2011 r. podlegały²⁷:

- a) dopuszczalność dokonania czynności prawnej *mortis causa* określonego rodzaju;
- b) szczególne wymagania dotyczące zdolności jako przesłanki ważności zarówno testamentów, jak i innych rozrządzeń na wypadek śmierci;
- c) wady oświadczenia woli (zarówno przesłanki prawnej doniosłości, jak i skutki);
- d) treść jako przesłanka ważności czynności prawnej;
- e) reguły wykładni oświadczeń woli wchodzących w skład czynności prawnych, których przepis art. 65 dotyczył.

Od dopuszczalności dokonania czynności prawnej *mortis causa* określonego rodzaju odróżnić należy kwestię dopuszczalności zamieszczenia w testamencie (umowie dziedziczenia) przez spadkodawcę określonego rozrządzenia na wypadek śmierci. Zagadnienie to na tle ustawy z 2011 r. należało do zakresu zastosowania ogólnego statutu spadkowego.

Także skutki testamentu (lub umowy dziedziczenia) podlegały prawu wskazanemu przez normy z art. 64 (ogólnemu statutowi spadkowemu)²⁸, a nie prawu wskazanemu przez normę z art. 65 ustawy z 2011 r.

²⁷ Por. B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*. Warszawa 1973, s. 275; M. Pazdan: *Prawo...*, 2012 (wyd. 15), s. 283, nb 552; J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 319, nb 511 (2011, s. 322, nb 511); J. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 C..., s. 629 i 694, nb 122.

²⁸ Por. B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys...*, s. 275; W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa 1979, s. 243; M. Pazdan: *Prawo...*, 2012 (wyd. 15), s. 283, nb 553; Idem, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 C..., s. 694, nb 123.

Oceny skutków testamentu (umowy dziedziczenia) nie da się oderwać od oceny poszczególnych rozrządzeń zamieszczonych w testamencie (lub umowie dziedziczenia). Ocena ta obejmuje, poza dopuszczalnością, także treść i skutki rozrządzenia. Odnieść to należy także do zapisu windykacyjnego²⁹.

O tym więc, co może być przedmiotem rozrządzenia spadkowego, polegającego na ustanowieniu zapisu windykacyjnego, na tle ustawy z 2011 r. decydował ogólny statut spadkowy.

Natomiast prawo właściwe dla dobra prawnego (prawa majątkowego), które w tej roli miało wystąpić, rozstrzygało:

- 1) o tym, czy dane dobro (prawo majątkowe) w świetle prawa istnieje,
- 2) komu przysługuje,
- 3) i jaki charakter ma prawo podmiotu uprawnionego (w szczególności, czy jest prawem majątkowym, zbywalnym i dziedzicznym).

Już więc na tym etapie, gdy spadkodawca rozważał podjęcie decyzji o ustanowieniu zapisu windykacyjnego, powinien był liczyć się — z jednej strony — ze statutem spadkowym, z drugiej zaś strony — z prawem właściwym dla dobra prawnego (prawa majątkowego), które miało być przedmiotem zapisu windykacyjnego. Jeśli były to prawa różnych państw, to w trakcie stosowania prawa właściwego należało liczyć się z różnorodnymi trudnościami.

W rozporządzeniu spadkowym UE z 2012 r. ogólny statut spadkowy wyznaczają postanowienia art. 21 i 22. Wskazanie prawa właściwego dla testamentów znajduje się w art. 24, a dla umów dotyczących spadku — w art. 25. W przepisie art. 26 objaśniono pojęcie ważności materialnej na użytek obu wspomnianych grup czynności prawnych *mortis causa*. Z kolei prawo właściwe dla wymagań w zakresie formy wskazuje przepis art. 27.

Poszukiwanie prawa właściwego do oceny dopuszczalności poszczególnych rodzajów czynności prawnych zawierających rozrządzenia *mortis causa* na tle rozporządzenia jest ułatwione. Kwestię tę rozstrzygnięto bowiem wyraźnie w art. 24 i 25. Z kolei w art. 23 rozporządzenia objaśniono zakres zastosowania ogólnego statutu spadkowego. Z art. 23 ust. 2 lit. b wynika, że statutowi temu podlega między innymi określenie „beneficjentów spadkowych”, a według art. 23 ust. 2 lit. e — „przejście składników majątku, praw i obowiązków wchodzących w skład spadku [...], w stosownych przypadkach, na zapisobierców [...]”.

²⁹ Por. M. Pazdan: *Verfügungen...*, s. 506. Odmienne J. Górecki: *Zapis windykacyjny w praktyce notarialnej*. „Rejent” 2012, nr 4, s. 36; Idem, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 B..., s. 989, nb 120; autor ten opowiedział się za stosowaniem w rozpatrywanym zakresie prawa wskazanego przez art. 65 ustawy z 2011 r., czyli prawa ojczystego spadkodawcy z chwili dokonania rozrządzenia.

Nie tylko więc zapis zwykły, ale także zapis windykacyjny — według rozporządzenia — podlega ogólnemu statutowi spadkowemu. Przemawia za tym także brzmienie pkt. 9 i 15 zd. 1 Preambuły rozporządzenia.

Dla stosowania tych przepisów w Polsce nie ma znaczenia to, że wedle przyjętej w Polsce konstrukcji przedmiot zapisu windykacyjnego w chwili otwarcia spadku zostaje wyłączony z majątku spadkowego. Przechodzi na zapisobiercę windykacyjnego w drodze sukcesji singularnej (*successio singularis*).

3.2. Rola statutu rzeczowego w sytuacji, gdy przedmiotem zapisu windykacyjnego jest rzecz

Jeżeli przedmiotem zapisu windykacyjnego jest rzecz, w szczególności gdy zapis ma prowadzić do bezpośredniego nabycia własności tej rzeczy, o roli statutu rzeczowego należy powiedzieć co następuje: Prawo własności rzeczy, jako podmiotowe prawo rzeczowe, także to, które jest przedmiotem zapisu windykacyjnego, do chwili otwarcia spadku i po otwarciu spadku podlega bez wątpienia statutowi rzeczowemu. Statut rzeczowy przesądza też o jego zbywalności i dziedziczności.

Z kolei zapis windykacyjny jako tytuł nabycia przez zapisobiercę windykacyjnego własności rzeczy ma charakter prawnośpadkowy. Do zadań prawa spadkowego należy však określanie losów majątku osoby zmarłej. Przemawia to za przynależnością zapisu windykacyjnego do zakresu zastosowania statutu spadkowego.

Respektowanie zagranicznego zapisu windykacyjnego, jeżeli jego przedmiotem jest prawo własności, nie zagraża w rozważanych sytuacjach zasadzie *numerus clausus* praw rzeczowych. Współcześnie prawo własności jest prawem niemal powszechnie znanym i respektowanym na świecie. Zapis windykacyjny nie prowadzi do powstania nowego prawa rzeczowego. W jego wyniku następuje jedynie zmiana właściciela.

Brak więc racjonalnego uzasadnienia dla wyłączenia skutków prawnorzeczowych zagranicznego zapisu windykacyjnego w państwie miejsca położenia rzeczy będącej przedmiotem zapisu z tego powodu, że zapis windykacyjny jest w prawie tego państwa nieznany.

Statut spadkowy obejmuje swym zasięgiem także inne — poza dziedziczeniem (sukcesją uniwersalną) — prawnośpadkowe podstawy (tytuły) uzyskania korzyści z majątku należącego do spadkodawcy³⁰. Dotyczy

³⁰ Por. A. Dutta: *Das neue...*, s. 12; U. Thorn, in: *Palandt...*, s. 2724, nb 15; J.P. Schmidt: *Ausländische Vindikationslegate...*, s. 133 i nast.; H.-P. Mansel, in: *J. von Staudingers Kommentar* (2015)..., s. 78, nb 233.

to również zapisu windykacyjnego. Za bronionym poglądem przemawiają następujące argumenty.

Przepis art. 1 ust. 2 lit. k rozporządzenia nie wyłącza sposobu nabycia własności rzeczy w drodze zapisu windykacyjnego z zakresu zastosowania rozporządzenia. Sposób ten ma charakter prawnośpadkowy. Jest więc objęty zakresem zastosowania statutu spadkowego³¹.

Liczył się z tym ustawodawca europejski, postanawiając w art. 23 ust. 2 lit. b rozporządzenia, że statutowi spadkowemu podlegają w szczególności „określenie beneficjentów, ich udziałów oraz obowiązków, które mógł na nich nałożyć zmarły, oraz ustalenie innych praw spadkowych, w tym praw spadkowych pozostającego przy życiu małżonka lub partnera”. Nadto w art. 23 ust. 2 lit. e, stanowiąc, że statutowi spadkowemu podlega „przejście składników majątku, praw i obowiązków wchodzących w skład spadku na spadkobierców oraz, w stosownych przypadkach, na zapisobierców, w tym warunki i skutki przyjęcia lub odrzucenia spadku lub zapisu”.

Wprawdzie w art. 1 ust. 1 rozporządzenia znajduje się stwierdzenie, że akt ten stosuje się do dziedziczenia majątku po osobach zmarłych, jednakże w definicji legalnej „dziedziczenia”, zamieszczonej w art. 3 ust. 1 lit. a, wyrażeniu temu nadano szerokie znaczenie. Stwierdzono mianowicie, że „»dziedziczenie« oznacza dziedziczenie majątku po osobie zmarłej i obejmuje wszystkie formy przejścia składników majątku, praw i obowiązków na skutek śmierci, czy to na podstawie dobrowolnego rozrządzenia na wypadek śmierci, czy to w drodze dziedziczenia ustawowego”.

Na tle prawa niemieckiego istniały opory przeciwko zamieszczaniu w niemieckim „poświadczeniu dziedziczenia” (*Erbschein*) informacji o zapisie windykacyjnym przewidzianym w obcym statucie spadkowym, jeżeli dotyczył on rzeczy położonej w Niemczech³². Argument stanowiło wywoływanie w Niemczech przez taki zapis jedynie skutków zapisu damnacyjnego, a tych zapisów w *Erbschein* się nie ujawnia.

Zwolennicy respektowania w Niemczech skutków rzeczowych zagranicznego zapisu windykacyjnego, także wtedy, gdy przedmiot zapisu znajduje się w Niemczech, oporów takich nie mają³³.

³¹ Por. H.P. Mansel, in: *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 78, nb 233 i 234 oraz autorzy tam powołani. Odmienne: A. Dörner: *Die Verordnung...*, s. 509; G. Hohloch, in: *Erman Bürgerliches Gesetzbuch* (2014)..., s. 6688, nb 13.

³² Por. G. Schotten: *Das Internationale...*, s. 239, nb 331; Y. Nishitani: *Ausländische Vindikationslegat...*, s. 77.

³³ Por. G.J. van Venrooy: *Inländische Wirkung...*, s. 234 i nast.; A. Tiedeman: *Internationales Erbrecht...*, s. 105 i nast. Na tle rozporządzenia spadkowego UE z 2012 r. por. J. Kleinschmidt: *Optionales Erbrecht...*, s. 759 i nast.

Sprawę tę wyraźnie rozstrzygnięto w rozporządzeniu w odniesieniu do europejskiego poświadczenia spadkowego. W art. 63 ust. 1 rozporządzenia stwierdzono bowiem, że owo poświadczenie jest przeznaczone do wykorzystania między innymi przez zapisobierców mających bezpośrednie prawa do spadku po to, by mogli oni wykazać w innym państwie członkowskim swój status zapisobiercy. Nie ma więc wątpliwości, że zapisy windykacyjne powinny być ujawniane w europejskich poświadczeniach spadkowych³⁴.

Argumentów przeciw bronionej koncepcji nie dostarcza art. 1 ust. 2 lit. k rozporządzenia. Wyraża on jedynie respektowaną powszechnie na świecie zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych na tle prawa krajowego danego państwa. Potwierdza to pkt 15 Preambuły rozporządzenia. Stwierdzono w nim, że „od państwa członkowskiego nie można wymagać, by uznało prawo rzeczowe odnoszące się do majątku znajdującego się w tym państwie członkowskim, jeżeli to prawo rzeczowe nie jest znane w jego prawie”.

Warto też zwrócić uwagę na pierwsze zdanie pkt. 15 Preambuły: „rozporządzenie powinno umożliwić tworzenie lub przejście w drodze dziedziczenia prawa do nieruchomości lub rzeczy ruchomych, zgodnie z prawem właściwym dla dziedziczenia”. W celu ułatwienia korzystania z tych możliwości pkt. 16 i 17 Preambuły zachęcają do posługiwania się instytucją dostosowania³⁵. Postanowienia te przemawiają za ścisłą (wąską) interpretacją przepisu art. 1 ust. 2 lit. k rozporządzenia.

Twórcy rozporządzenia zdawali sobie sprawę z głębokich różnic dotyczących kształtu instrumentów prawnospadkowych w prawie poszczególnych państw. Dotyczy to także prawa państw członkowskich UE.

Oprócz mechanizmu sukcesji uniwersalnej, prowadzącego do przejścia spadku na spadkobierców *ipso iure* w chwili otwarcia spadku (wedle reguły *le mort saisit le vif*), w niektórych innych systemach prawnych, opierających się również na romanistycznej koncepcji sukcesji uniwersalnej, nabycie spadku przez spadkobierców bywa uzależnione od spełnienia się rozmaitych dalszych przesłanek (np.: faktycznego objęcia spadku, złożenia oświadczenia o przyjęciu spadku, wydania przez sąd odpowiedniego orzeczenia). Trzeba się też liczyć z podziałem spadku na część rozrządzalną i nierozrządzalną (np. w prawie francuskim).

Jeszcze większe odmienności dotyczące kształtu instrumentów prawnospadkowych spotkać można w prawie państw *common law* posługującym się konstrukcją administracji spadku (*administration of estate*).

³⁴ Por. H.-P. Mansel, in: *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 79, nb 235.

³⁵ Co do tej instytucji por. K. Sznajder-Peroń, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 537 i nast., nb 418 i nast.

Trzeba też pamiętać, że nawet w państwach, w których zasadę stanowi sukcesja uniwersalna, prawo spadkowe przewiduje zwykle także inne niż dziedziczenie i zapisy prawnospadkowe podstawy (tytuły) uzyskania korzyści z majątku należącego do spadkodawcy. Na przykład można tu wymienić przewidziane w prawie polskim uprawnienia małżonka i innych osób bliskich spadkodawcy do korzystania w ciągu trzech miesięcy od otwarcia spadku z mieszkania i urządzenia domowego w zakresie do-tychczasowym (art. 923 k.c.) czy też uprawnienia alimentacyjne dziadków (art. 938 k.c.).

Decyzja o dopuszczeniu do głosu zagranicznego prawa jako statutu spadkowego oznacza z góry zgodę na respektowanie tych wszystkich odmienności, które prawo obce przewiduje. Jedyne zabezpieczenie przeciwko skutkom zastosowania prawa obcego stanowi klauzula porządku publicznego (art. 35 rozporządzenia). W myśl art. 35, „stosowania przepisu prawa jakiegokolwiek państwa wskazanego przez niniejsze rozporządzenie można odmówić jedynie wówczas, gdy takie stosowanie jest w sposób oczywisty niezgodne z porządkiem publicznym (*ordre public*) państwa członkowskiego sądu lub innego właściwego organu zajmującego się sprawą spadkową”.

Nie wydaje się jednak, by można było za pomocą klauzuli porządku publicznego wyłączyć w państwie, którego prawu zapis windykacyjny jest nieznany, stosowanie przepisów obcego prawa (statutu spadkowego) dopuszczających ten rodzaj rozrządzenia na wypadek śmierci.

3.3. Zapis windykacyjny prawa majątkowego

Chodzi tu, oczywiście, o prawa majątkowe inne niż prawo własności i skuteczne *erga omnes* „prawa do rzeczy” niebędące własnością. Na czoło wysuwają się wśród takich praw wierzytelności. Dla uproszczenia jedynie one będą brane pod uwagę w dalszych wywodach. Pojawia się pytanie o znaczenie prawa, któremu wierzytelność podlega (statutu wierzytelności), przy ustanowieniu zapisu windykacyjnego tej wierzytelności. Odwołując się do zasad ogólnych, można stwierdzić, że statut wierzytelności rozstrzyga: a) o jej istnieniu i treści, b) o tym, komu przysługuje, c) czy jest zbywalna i dziedziczna. Natomiast statut spadkowy decyduje, czy dopuszczalny jest zapis windykacyjny wierzytelności i jakimi cechami taka wierzytelność powinna się odznaczać. Jej dziedziczność stanowi tutaj wymaganie minimalne. Od ustawodawcy zależy natomiast, czy wymagane będą jeszcze dalsze jej właściwości, na przykład zbywalność. Nie notuje się zaś pomysłów³⁶,

³⁶ Podkreślają to J.P. Schmidt: *Ausländische Vindikationslegate...*, s. 133, przyp. 2; H.-P. Mansel, in: *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 78, nb 231.

by w rozważanym zakresie przyznać znaczenie prawu miejsca położenia przedmiotu wierzytelności, której zapis windykacyjny dotyczy.

3.4. Ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego w drodze zapisu windykacyjnego

Nie można kwestionować znaczenia statutu rzeczowego przy ocenie skutków zapisu windykacyjnego, jeżeli przedmiot zapisu jest powołanie do istnienia ograniczonego prawa rzeczowego (por. art. 981¹ § 2 pkt 4 k.c.).

Do powstania — w wyniku zapisu windykacyjnego — ograniczonego prawa rzeczowego wymagane jest spełnienie dwóch przesłanek. Z jednej strony statut spadkowy powinien taki przedmiot zapisu windykacyjnego przewidywać, a z drugiej strony — co jest oczywiste — w drodze zapisu windykacyjnego może w danym państwie powstać i funkcjonować tylko takie ograniczone prawo rzeczowe, które znane jest prawu rzeczowemu obowiązującemu w tym państwie (czyli statutowi rzeczowemu).

Treść oświadczenia spadkodawcy ustanawiającego zapis windykacyjny, zmierzający do utworzenia ograniczonego prawa rzeczowego, powinna spełniać oczekiwania statutu rzeczowego. Treść w taki sposób powstałego ograniczonego prawa rzeczowego określa statut rzeczowy.

W celu urzeczywistnienia woli testatora dążącego do ustanowienia w drodze zapisu windykacyjnego ograniczonego prawa rzeczowego, którego przedmiot położony jest w obcym państwie, przyjdzie nam nieraz sięgnąć do instrumentu nazywanego dostosowaniem. Do posługiwania się tym instrumentem zachęca pkt 16 Preambuły. Do powstania w drodze zapisu windykacyjnego ograniczonego prawa rzeczowego wystarczy, że prawo państwa miejsca położenia przedmiotu zapisu windykacyjnego zna ograniczone prawo rzeczowe, będące odpowiednikiem ograniczonego prawa rzeczowego przewidzianego w prawie stanowiącym statut spadkowy, które wskazał testator ustanawiający zapis windykacyjny. Dojdzie jednak wówczas do powstania ograniczonego prawa rzeczowego w kształcie przewidzianym przez statut rzeczowy.

3.5. Zapis windykacyjny przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego

Zapisy takie dopuściło polskie prawo spadkowe (art. 981¹ § 2 pkt 3 k.c.). Znane są one również niektórym obcym systemom prawnym³⁷.

Jeżeli przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne, którego zapis dotyczy, znajduje się w państwie, którego prawo spadkowe (jako statutowi spadkowemu) zapis podlega, to nie należy oczekiwać większych trudności przy ustalaniu i stosowaniu prawa właściwego. Trudności takie mogą się natomiast pojawić, gdy gospodarstwo rolne lub przedsiębiorstwo znajdują się w innym państwie niż państwo, którego prawo stanowi statut spadkowy.

Jeżeli istnieją szanse zapobiegnięcia temu rozejściu się statutu spadkowego i prawa miejsca położenia przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego w drodze wyboru prawa, to spadkodawca powinien z tej szansy skorzystać, o ile zależy mu na skuteczności zapisu windykacyjnego (przy założeniu, że prawo państwa miejsca położenia przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego jest takiemu zapisowi przychylne).

Ogólnie można stwierdzić, że zapis windykacyjny przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego położonego w innym państwie niż państwo, którego prawo stanowi statut spadkowy, będzie skuteczny, jeżeli prawo państwa miejsca położenia przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego nadaje im (podobnie jak prawo stanowiące statut spadkowy) charakter wyodrębnionych mas majątkowych oraz dopuszcza ich zbycie jako całości. Problematyka ta wymaga dalszych pogłębionych badań.

3.6. Znaczenie prawa regulującego rejestry

I na koniec kilka słów o wątpliwościach, jakie pojawiają się na tle art. 1 ust. 2 lit. l rozporządzenia. Przepis ten wyłącza z zakresu zastosowania rozporządzenia „wszelkie wpisy do rejestru praw do nieruchomości lub rzeczy ruchomych, łącznie z wymogami prawnymi dotyczącymi takich wpisów, oraz skutki wpisu lub braku wpisu takich praw do rejestru”. Nasuwa się pytanie: Jak rozumieć zwrot „wymogi prawne dotyczące wpisów”? Czy użycie tego zwrotu w rozporządzeniu oznacza wyłączenie z zakresu zastosowania rozporządzenia tytułu nabycia prawa podlegającego wpisowi i poddania go prawu właściwemu dla rejestrów („prawa rejestrowemu”)?

³⁷ Zapis windykacyjny przedsiębiorstwa dopuszcza m.in. prawo włoskie — por. J. Waszczuk-Napiórkowska: *Zapis windykacyjny...*, s. 99.

Przepis art. 1 ust. 2 lit. 1 objaśniają pkt. 18 i 19 Preambuły. Nie znajduję w nich podstaw zmuszających do udzielenia pozytywnej odpowiedzi na postawione wcześniej pytanie. Przepis art. 1 ust. 2 lit. 1 nie obejmuje — zdaniem moim — przejścia praw majątkowych na następców na podstawie tytułu prawnośpadkowego. Z pkt. 18 Preambuły nie wynika, by materialnoprawne podstawy nabycia praw majątkowych miały być uzależnione od przepisów prawa rejestrowego³⁸.

Zgodnie z ogólnie przyjętą zasadą, prowadzenie rejestru określa prawo państwa, w którym rejestr jest prowadzony³⁹. W przypadku rejestrów dotyczących nieruchomości jest to prawo państwa miejsca położenia nieruchomości (*lex rei sitae*). W efekcie dochodzi do koincydencji w rozpatrywanym zakresie statutu rzeczowego i statutu rejestrowego. Taka koincydencja jest z różnych powodów pożądana.

Zbieg, o jakim mowa, nie musi jednak wystąpić, gdy nabycie prawa podlegającego wpisowi następuje na podstawie tytułu prawnośpadkowego. Tytuł ten zasadniczo powinien być uszanowany także wtedy, gdy dochodzi do ujawnienia nabytego na jego podstawie prawa w rejestrze⁴⁰.

Nie da się jednak zignorować pkt. 19 Preambuły, który stwierdza, że prawo państwa członkowskiego, w którym prowadzony jest rejestr, rozstrzyga, czy wpis do rejestru ma charakter deklaracyjny, czy konstytutywny. Prawo to określa — jak się twierdzi — chwilę nabycia prawa, jeżeli wpis ma charakter konstytutywny. Z pkt. 19 Preambuły wynika więc dopuszczenie do głosu prawa państwa, w którym rejestr jest prowadzony, obok prawa zasadniczo właściwego (między innymi statutu spadkowego)⁴¹. Ono samo decyduje o tym, czy wpis jest konstytutywny. Pozytywna odpowiedź na to pytanie przesądza o właściwości prawa państwa,

³⁸ Por. H.-P. Mansel, in: *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 80, nb 239 i 240; J. Górecki: *Europejskie poświadczenie spadkowe — nowy sposób potwierdzenia praw do majątku spadkowego*. „Rejent” 2015, nr 8, s. 21.

³⁹ Por. M. Pazdan: *Prawo* (2012)..., s. 122, nb 193; J. Górecki: *Rozgraniczenie statutu spadkowego i statutu rzeczowego na tle rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe...*, s. 192.

⁴⁰ Na tle prawa niemieckiego nie ma wątpliwości, że do nabycia prawa własności na nieruchomości prowadzi już sama sukcesja uniwersalna uregulowana w § 1922 k.c.n. Por. J. Kleinschmidt: *Optionales Erbrecht...*, s. 762; J.P. Schmidt: *Ausländische Vindikationslegate...*, s. 135; J.P. Mansel, in: *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 81, nb 243.

⁴¹ O kumulatywnym stosowaniu obu statutów por. J. Kleinschmidt: *Optionales Erbrecht...*, s. 762 i nast.; J.P. Schmidt: *Ausländische Vindikationslegate...*, s. 135; M. Margonski: *Ausländische Vindikationslegate...*, s. 108; K. Thorn, in: *Palandt. Bürgerlichen Gesetzbuch*. München 2014, s. 2724; J.P. Mansel, in: *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 81, nb 242.

w którym rejestr jest prowadzony. Wymagania przewidziane w tym prawie mogą odwlec w czasie skutki zapisu windykacyjnego. Nie powinny jednak skutków tych unicestwiać.

W praktyce w takich przypadkach liczyć się trzeba z trudnościami. W ich rozwiązaniu pomocne mogą się okazać instrumenty wykształcone w ramach instytucji dostosowania.