
ROZPRAWY Z PRAWA PRYWATNEGO

Księga jubileuszowa
dedykowana
Profesorowi
Wojciechowi Popiołkowi



Wolters Kluwer

ROZPRAWY
Z PRAWA
PRYWATNEGO

Redakcja naukowa

Maksymilian Pazdan

Monika Jagielska

Ewa Rott-Pietrzyk

Maciej Szpunar

ROZPRAWY Z PRAWA PRYWATNEGO

Księga jubileuszowa
dedykowana
Profesorowi
Wojciechowi Popiołkowi

Publikacja dofinansowana przez Fundację
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego
„Facultas Iuridica”

Recenzent

Prof. dr hab. Tadeusz Wiśniewski

Wydawca

Agata Jędrasik

Redaktor prowadzący

Grażyna Polkowska-Nowak

Opracowanie redakcyjne

Małgorzata Nowak

Projekt graficzny okładki

Grafos

Zdjęcie prof. Wojciecha Popiołka

Mariusz Janiszewski

Łamanie

Andytex

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska SA, 2017

ISBN: 978-83-8107-156-7

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl



Noriaki Kuroki

SŁOWO WSTĘPNE

Profesor Wojciech Popiołek urodził się 1 kwietnia 1951 r. w Krakowie. Od najmłodszych lat mieszkał w Katowicach, gdzie w 1964 r. ukończył szkołę podstawową. W tym samym roku rozpoczął naukę w Liceum Ogólnokształcącym im. M. Kopernika, w klasie z poszerzonym językiem francuskim. W 1968 r. uzyskał świadectwo dojrzałości. W latach 1968–1972 odbył studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, uzyskując w 1972 r. tytuł magistra prawa. Od 1 października 1972 r. pracował na Uniwersytecie Śląskim jako asystent stażysta w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego, kierowanej ówczesnie przez prof. Maksymiliana Pazdana. W 1973 r. został asystentem przy tej Katedrze, następnie starszym asystentem, a po doktoracie – adiunktem. Na Uniwersytecie Śląskim pracuje do dziś. Od 2006 r. jest kierownikiem Katedry Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego. Tytuł profesora uzyskał w 2010 r., a od 2014 r. jest zatrudniony na stanowisku profesora zwyczajnego.

W latach 1972 i 1973 Profesor odbył staże na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, gdzie uczęszczał na wykłady i seminaria m.in. profesorów: Henryka Tramera, Witolda Czachórskiego i Jerzego Jakubowskiego, oraz w Międzyuczelnianym Instytucie Własności Intelektualnej w Krakowie. Tam uczestniczył w zajęciach prowadzonych m.in. przez profesorów Stefana Grzybowskiego i Andrzeja Kopffa. W latach 1974–1976 odbył pozaetatową aplikację sądową w Sądzie Wojewódzkim w Katowicach, zakończoną egzaminem sędziowskim.

Na podstawie rozprawy doktorskiej zatytułowanej *Umowa wydawnicza w prawie międzynarodowym prywatnym* – po złożeniu egzaminów doktorskich i po publicznej obronie przed Radą Wydziału Prawa UŚ w 1977 r. – Rada ta nadała mu stopień doktora nauk prawnych. Promotorem w przewodzie doktorskim był prof. Maksymilian Pazdan. Stopień doktora habilitowanego nauk prawnych uzyskał w 1990 r. mocą uchwały rady Wydziału Prawa i Administracji UŚ. Tytuł rozprawy habilitacyjnej to: *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania. Zagadnienia kolizyjnoprawne*.

Profesor Wojciech Popiołek w 1980 r. był stypendystą rządu francuskiego na Uniwersytecie Paris I, gdzie uczęszczał na wykłady i seminaria prowadzone przez profesorów Henri Batiffola, Paula Lagarde’a, François Terré i Bertholda Goldmana. Odbył także staże w ESC Toulouse i na Uniwersytecie w Trewirze.

W latach 1980–1981 działał w NSZZ „Solidarność” m.in. jako członek Komisji Zakładowej w Uniwersytecie Śląskim, a w stanie wojennym w Biskupim Komitecie Pomocy Uwięzionym i Internowanym przy Kurii Diecezjalnej w Katowicach.

Dorobek naukowy Profesora Wojciecha Popiołka jest imponujący. Jego wysoką pozycję naukową w polskiej doktrynie prawniczej dokumentuje wykaz dotychczasowych jego publikacji, zamieszczony w tym tomie.

Na podkreślenie zasługuje pionierski charakter wielu tez naukowych sformułowanych przez Profesora oraz stworzonych przez niego konstrukcji jurystycznych, podejmowanie tematów nieopracowanych w nauce, o dużej przydatności dla praktyki krajowego i międzynarodowego obrotu handlowego. Proponowane rozwiązania oparte są na gruntownej znajomości praktyki obrotu handlowego.

Zasięg poszukiwań badawczych Profesora jest bardzo szeroki. Najwięcej uwagi poświęcił on prawu prywatnemu międzynarodowemu, stając się jednym z najwybitniejszych znawców tej dziedziny nie tylko w Polsce, lecz także poza granicami naszego kraju, oraz prawu spółek handlowych. W jego dorobku są również cenne prace z zakresu klasycznej cywilistyki, prawa własności intelektualnej, międzynarodowego prawa handlowego i prawa sądownictwa polubownego.

Na macierzystej Uczelni pełnił i pełni różne funkcje: przewodniczącego Komisji Dyscyplinarnej Uniwersytetu Śląskiego dla studentów (1993–1998), rzecznika dyscyplinarnego do spraw nauczycieli akademickich (od 2001 r.), zastępcy dyrektora Śląskiej Międzynarodowej Szkoły Handlowej (1993–2004), kierownika Katedry Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego (od 1 października 2006 r.).

Pod kierunkiem Profesora dwanaście osób uzyskało stopień doktora nauk prawnych. Jako recenzent wziął udział w ponad 30 przewodach doktorskich w ośrodkach akademickich Krakowa, Wrocławia, Warszawy, Poznania i Katowic oraz w kilkunastu przewodach habilitacyjnych we Wrocławiu, w Gdańsku, Poznaniu, Katowicach, Warszawie, Lublinie i Krakowie. W charakterze recenzenta wystąpił w kilku postępowaniach o nadanie tytułu profesora.

Jest członkiem Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów.

Od wielu lat na macierzystym Wydziale na kierunku Prawo wykłada prawo zobowiązań i prawo prywatne międzynarodowe oraz od niedawna – na kierunku Przedsiębiorczość – część ogólną prawa cywilnego. Specjalistycznej problematyce prawa spółek handlowych poświęcone są jego wykłady na studiach podyplomowych na Uniwersytecie Śląskim (spółka akcyjna), Uniwersytecie Warszawskim (rozporządzanie prawami udziałowymi) i w Szkole Głównej Handlowej (zarząd i rada nadzorcza spółki akcyjnej). Dużym powodzeniem nieustannie cieszą się jego seminaria magisterskie.

Jest (lub był) członkiem wielu organizacji i stowarzyszeń naukowych: Komisji Prawa Morskiego PAN w Gdańsku (1999–2005), Komitetu Nauk Prawnych PAN Oddziału w Katowicach (od 2000 r.), Komitetu Nauk Prawnych PAN (2007–2010), Association Henri Capitant (od 1996 r.), Polskiego Stowarzyszenia Prawa Europejskiego (od 2005 r.), Fundacji Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, Stowarzyszenia Arbitrów Polskich (od 2001 r.) oraz Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego (od 2001 r.).

Przewodniczy powołanej w 2016 r. Komisji Prawniczej Polskiej Akademii Umiejętności w Katowicach. Jest delegatem Polski do UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law), członkiem Rady Zarządzającej.

Bierze niezwykle aktywny udział w krajowym i międzynarodowym życiu naukowym jako autor raportów i referatów wygłaszanych na konferencjach (seminariach) naukowych oraz uczestnik dyskusji. Jest świetnym mówcą. Znany jest z błyskotliwych wystąpień w czasie dyskusji.

Uczestniczy w pracach rad programowych lub komitetów redakcyjnych czasopism: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” (1972–2003), „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” (od 2004 r.), „Rejent” (od 1999 r.) i „Przegląd Prawa Handlowego” (od 2006 r.).

Od wielu lat bierze udział w pracach legislacyjnych. Był zapraszany do udziału w pracach nad prawem spółek handlowych, ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, prawem bankowym, ustawą o łączeniu banków oraz regulacjami dotyczącymi międzynarodowego obrotu handlowego. Wchodził w skład: Zespołu prawa prywatnego międzynarodowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości (2003–2011), Zespołu problemowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw projektu Kodeksu cywilnego – Zobowiązania (2008–2010), Zespołu problemowego w ramach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego do spraw nowelizacji Kodeksu spółek handlowych (2011–2014) i wreszcie w marcu 2015 r. został powołany w skład Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, którą rozwiązano już w grudniu tegoż roku. Przygotowywał opinie na życzenie Ministerstwa Finansów, Ministerstwa Sprawiedliwości, Ministerstwa Gospodarki, Najwyższej Izby Kontroli i Sejmu.

Duże zasługi ma dla funkcjonowania i rozwoju sądownictwa polubownego zarówno jako uczony, jak i arbiter. Jest wpisany na listy arbitrow: Sądu Polubownego przy Regionalnej Izbie Gospodarczej w Katowicach, Sądu Polubownego przy Związku Banków Polskich, Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej (obecnie jest nadto członkiem Rady Arbitrażowej), Sądu Arbitrażowego przy KPP Lewiatan oraz Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych. Uczestniczył jako arbiter w kilkunastu arbitrażach *ad hoc*, krajowych i międzynarodowych, w arbitrażach prowadzonych pod auspicjami Międzynarodowej Izby Handlowej i Instytutu Arbitrażowego przy Sztokholmskiej Izbie Handlowej.

Problematyce arbitrażowej poświęcił liczącą się część swego dorobku naukowego. Był aktywnym uczestnikiem wielu seminariów i konferencji poświęconych prawu sądownictwa polubownego.

Uczestniczył w pracach Rady Programowej przy Wojewodzie Katowickim, a następnie Komisji Gospodarczej Śląskiego Sejmiku Wojewódzkiego oraz Rady Konsultacyjnej przy Regionalnej Izbie Gospodarczej w Katowicach. Jest członkiem Business Center Club. Prowadził szkolenia dla sędziów sądów powszechnych, radców prawnych, adwokatów, notariuszy oraz pracowników administracji rządowej i samorządowej. Szczególnie doniosłe były szkolenia poświęcone uregulowaniom prawa spółek handlowych oraz regulacjom prawa europejskiego w zakresie uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń sądowych. Był i jest członkiem rad nadzorczych spółek akcyjnych.

Obok zawodu nauczyciela akademickiego wykonuje zawód radcy prawnego (Okręgowa Izba Radców Prawnych w Katowicach) jako współnik w kancelarii prawniczej ADP Popiołek, Adwokaci i Doradcy (Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych, Spółka Komandytowa z siedzibą w Katowicach).

Włada językami angielskim i francuskim.

Żonaty, ma dwóch dorosłych synów.

Charakterystyka dorobku naukowego Profesora Wojciecha Popiołka nie jest łatwa, zarówno ze względu na szerokość obszaru pola badawczego, po którym Autor się porusza, jak i wielowątkowość podejmowanych badań.

W okresie poprzedzającym habilitację (czyli do 1990 r.) zajmował się problematyką kolizyjnoprawną praw na dobrach niematerialnych, prawa właściwego dla zobowiązań umownych oraz zagadnieniami z pogranicza prawa na dobrach niematerialnych i prawa prywatnego międzynarodowego. Rozpoczął też badania nad reżimem prawnym inwestycji zagranicznych w Polsce.

Na trwałe do dorobku naszej doktryny weszła zaproponowana przez Profesora w Jego rozprawie doktorskiej, poświęconej umowie wydawniczej, interpretacja budzącego wątpliwości art. 27 § 1 pkt 4 ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.

Trwałym osiągnięciem była (sformułowana wspólnie z Marią-Anną Zachariasiewicz) propozycja sposobu rozumienia – na tle wspomnianej ustawy z 1965 r. – pojęć „chwila” i „miejsce zawarcia umowy”. Krok ku późniejszym badaniom poświęconym koncepcji przepisów wymuszających swoje zastosowanie stanowiła wypowiedź na temat znaczenia przepisów „prawa publicznego” różnych systemów prawnych dla stosunków umownych handlu zagranicznego. Profesor Wojciech Popiołek był jednym z pierwszych badaczy problematyki prawnej obejmującej prowadzenie w Polsce przez zagraniczne podmioty działalności gospodarczej.

W 1986 r. ukazał się jego – przy współautorstwie Krzysztofa Sularza – komentarz do ustawy o zasadach prowadzenia na terytorium PRL działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne. Opublikował też wiele artykułów poświęconych tej problematyce. Badania te kontynuował w późniejszych latach.

Najważniejszym osiągnięciem torującym drogę do habilitacji była monografia poświęcona aspektom kolizyjnoprawnym wykonania zobowiązania. Profesor w sposób mistrzowski ukazał zawiłości towarzyszące stosowaniu statutu kontraktowego do oceny wykonania zobowiązania. Po raz pierwszy w naszej literaturze zwrócił uwagę na doniosłość *legis loci solutionis* przy ocenie niektórych aspektów wykonania zobowiązania.

Po habilitacji kontynuował badania nad problematyką prawną inwestycji zagranicznych w Polsce. Poszerzył ją o zagadnienie statusu prawnego cudzoziemców w Polsce.

Główny nurt badawczy stanowiła w dalszym ciągu problematyka zobowiązań umownych. Poświęcił jej wiele studiów i artykułów oraz wystąpień na konferencjach naukowych. W tym nurcie mieści się Jego udział w komentarzu do Kodeksu cywilnego (pod redakcją K. Pietrzykowskiego) oraz w komentarzu do Konwencji wiedeńskiej z 1980 r., a także artykuły poświęcone wybranym uregulowaniom tej Konwencji.

Poza zobowiązaniami umownymi przedmiotem zainteresowania Profesora są inne zagadnienia z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego. Spod Jego pióra wyszły pogłębione opracowania niektórych zagadnień części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego (odesłanie, prawo niejednolite), które zostały opublikowane w tomie 20A *Systemu Prawa Prywatnego*. W tomie 20C tego *Systemu* znalazło się opracowanie kolizyjnej problematyki zawarcia małżeństwa. Profesor pisał też o statucie personalnym

osób prawnych (m.in. w tomie 16 *Systemu Prawa Prywatnego*), o kolizyjnoprawnej problematyce separacji i wielu innych zagadnieniach.

W ostatnich latach najczęściej uwagi Profesor poświęcał problematyce spółek handlowych, a w szczególności spółek kapitałowych. Uczestniczył w wielu konferencjach, na których m.in. prezentował najpierw założenia przygotowywanej reformy prawa spółek, a następnie rozwiązania ostatecznie przyjęte w nowym Kodeksie spółek handlowych (obowiązujące od 1 stycznia 2001 r.). Łącznie na konferencjach tych wygłosił ponad 40 referatów. Opublikował w tym zakresie około 30 artykułów i kilka głos. Jest współautorem dwóch najważniejszych komentarzy do Kodeksu spółek handlowych (C.H. Beck i Wolters Kluwer). Charakter monograficzny miały opracowania poświęcone spółce akcyjnej zamieszczone w *Systemie Prawa Gospodarczego (Prawo papierów wartościowych)* i w *Systemie Prawa Handlowego*. Z zakresu prawa spółek przygotował także monografię dotyczącą akcji jako praw podmiotowych.

Pod jego redakcją ukazało się pierwsze w naszym piśmiennictwie opracowanie międzynarodowego prawa handlowego (*System Prawa Handlowego*, t. 9).

Dorobek naukowy Profesora Wojciecha Popiołka oraz inne jego osiągnięcia jako nauczyciela akademickiego i prawnika budzą podziw i szacunek.

Niech ta księga, ofiarowana Profesorowi przez współpracowników, uczniów i grono przyjaciół z Polski i z zagranicy, będzie nie tylko wyrazem najwyższego uznania dla jego dotychczasowych dokonań, lecz także zachętą do dalszej owocnej pracy wbrew wszelkim przeciwnościom, jakich życie nam nie szczędzi.

*Komitet Redakcyjny
Przyjaciele i Uczniowie*

Pragniemy wyrazić wdzięczność wszystkim tym osobom, dzięki którym możliwe stało się urzeczywistnienie idei wydania książki, w tym mecenasowi Grzegorzowi Długiemu, Izbie Notarialnej w Katowicach, Izbie Notarialnej w Rzeszowie, Izbie Notarialnej w Warszawie, Kancelarii Adwokackiej Warcholik-Kubas, Kancelarii Radców Prawnych Tomasz Ogłódek Marzena Czarnecka, Krajowej Radzie Notarialnej, Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Katowicach, Stowarzyszeniu Notariuszy RP, Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych Ślęzak, Zapiór i Wspólnicy, a także tym osobom, które popierając nasze wspólne przedsięwzięcie, pragnęły pozostać anonimowe.

Komitet Redakcyjny

LISTA PUBLIKACJI (1972–2016)

1973

Konstytucyjna zasada monopolu handlu zagranicznego, „Studenckie Zeszyty Prawnicze”, Katowice, nr 3, s. 49–62.

1975

Prawo właściwe dla zobowiązań z umów o przeniesienie praw autorskich, „Prace Prawnicze Uniwersytetu Śląskiego”, z. 6, s. 45–64.

Sprawozdanie z konferencji poświęconej problematyce prawnej regulacji obrotu towarowego (Katowice, maj 1975), „Handel Wewnętrzny”, nr 4, s. 35–38.

1976

J.G. Matwiejew, Międzynarodownye konwencji po awtorskomu prawu. Moskwa 1973, „Państwo i Prawo”, nr 6, s. 215–219 – recenzja.

Prawo właściwe dla zobowiązań z umów o korzystanie z cudzych rozwiązań technicznych zawieranych w obrocie z krajami rozwijającymi się, „Problemy Prawa Wynalazczego i Patentowego. Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego”, z. 2, s. 105–120.

Stosunki zamienne w międzynarodowym obrocie handlowym, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych”, nr 4, s. 53–68.

1977

Ochrona praw producentów fonogramów w świetle postanowień konwencji międzynarodowych, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej”, t. 13, s. 141–161.

Prawo właściwe dla praw autorskich, „Studia Iuridica Silesiana”, t. 2, s. 62–77.

Projekt konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych i pozaumownych z 1972 r., „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 1, s. 66–89.

Sprawozdanie z konferencji poświęconych problematyce opracowania polskiego kodeksu handlu zagranicznego, Sopot, 8 października 1975 r., Warszawa, 27 lutego 1976 r., „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 1, s. 227–231.

Transakcje wymienne jako forma bezpośrednich powiązań eksportowych i importowych przedsiębiorstw handlu wewnętrznego [w:] *Zagadnienia prawne obrotu towarowego*, red. M. Pazdan, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego”, nr 193, Katowice, s. 114–131 – współautor: M.A. Zachariasiewicz.

1978

Zawarcie umowy wydawniczej w prawie prywatnym międzynarodowym, „Studia Iuridica Silesiana”, t. 3, s. 82–96.

Z problematyki umów wydawniczych zawieranych przez autorów polskich w obrocie międzynarodowym, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 2, s. 156–173.

1979

Kolizyjnoprawna problematyka wykorzystania praw autorskich w ramach umowy wydawniczej, „Studia Prawnicze”, nr 4, s. 49–68.

Normy prawa prywatnego międzynarodowego w konwencjach o ochronie praw autorskich, „Państwo i Prawo”, nr 5, s. 71–81.

Zobowiązania z umów w projekcie Konwencji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych i pozaumownych, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 3, s. 133–153.

1980

Handbook of Institutional Arbitration in International Trade, Facts, Figures and Rules, red. E.J. Cohn, M. Domke, F. Eisemann, Amsterdam–New York 1977, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 4, s. 89–93 – recenzja.

Yearbook Commercial Arbitration, red. P. Sanders, Deventer 1979, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 4, s. 94–97 – recenzja.

Znaczenie przepisów o „bezpośrednim działaniu” w zakresie eksportu kompletnych obiektów przemysłowych [w:] Zagadnienia prawne eksportu kompletnych obiektów przemysłowych, red. M. Pazdan, A. Tynel, Katowice, s. 117–138.

1981

B. Hanotiau, Le droit international privé américain (Du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws), Paris–Bruxelles 1979, „Państwo i Prawo”, nr 4, s. 112–114 – recenzja.

Dostosowanie treści kontraktów do zmiany okoliczności. Klauzule typowe i regulamin postępowania przed Stałym Komitetem przy MIH, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 6, s. 115–120 – tłumaczenie.

Znaczenie pojęć „chwila” i „miejsce zawarcia umowy” w ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 roku, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 5, s. 92–109 – współautor: M.A. Zachariasiewicz.

1982

Konwencja EWG o prawie właściwym dla zobowiązań, „Państwo i Prawo”, nr 9, s. 105–115.

Umowa wydawnicza w polskim prawie prywatnym międzynarodowym, Warszawa–Kraków.

Zachodnioniemiecka ustawa o regulacji prawnej ogólnych warunków umów z 9.12.1976 r., „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 6, s. 102–116.

1983

H. Batiffol, Les contrats en droit international privé comparé, McGill University 1981, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 7, s. 78–80 – recenzja.

I. Meznerics, International Payments with Special Regard to Monetary Systems, Alphen aan den Rijn–Budapest 1979, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 7, s. 74–78 – recenzja.

Konwencja 80/934 EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, podpisana w Rzymie 19.06.1980 r., „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 7, s. 92–115 – tłumaczenie.

Uwagi do „Ogólnych zasad...”, „Inter-Polcom. Magazyn Informacyjny”, nr 11, s. 31–32.

1984

Działalność eksportowo-importowa zagranicznych podmiotów gospodarczych, „Inter-Polcom”, nr 5–6, s. 1–7.

Odmowa wydania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej, „Inter-Polcom”, nr 11, s. 4–18.

Uczestnictwo zagranicznych podmiotów gospodarczych prowadzących działalność gospodarczą w Polsce w stosunkach handlu zagranicznego, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 8, s. 156–180 – współautor: K. Sularz.

1985

Le contrat d'édition en droit international privé polonais, „Polish Yearbook of International Law”, nr 14, s. 241–264.

1986

Komentarz do ustawy o zasadach prowadzenia na terytorium PRL działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne, Warszawa – współautor: K. Sularz.

Nowa regulacja prawna działalności przedsiębiorstw „zagranicznych” i „z udziałem zagranicznym” w handlu zagranicznym, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 10, s. 164–178.

1987

Glosa do wyroku NSA z 21.11.1985 r., II SA 1506/85, OSPiKA, poz. 162, s. 27–33.

1988

Znaczenie przepisów „prawa publicznego” różnych systemów prawnych dla stosunków umownych handlu zagranicznego, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 12, s. 56–78.

1989

Udział spółek i przedsiębiorstw zagranicznych w handlu zagranicznym, „Przegląd Organizacji”, nr 8, s. 3–13.

Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania. Zagadnienia kolizyjnoprawne, Katowice 1989.

1990

Uczestnictwo w handlu zagranicznym podmiotów zagranicznych prowadzących w Polsce działalność gospodarczą, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 15, s. 106–118.

1991

Roszczenie o wykonanie świadczenia w naturze: zagadnienia kolizyjnoprawne, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego. Studia Iuridica Silesiana”, t. 16, s. 77–97.

1993

Łączenie się (fuzja) banków w formie spółki akcyjnej w prawie polskim, Warszawa, s. 62.
Ustawa o spółkach z udziałem zagranicznym (zagadnienia wybrane), „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 17, s. 132–152.

1994

Glosa do postanowienia Sądu Wojewódzkiego w Warszawie z 12.02.1993 r., XVI Gns 22/92, „Orzecznictwo Sądów Polskich”, nr 10, poz. 181c, s. 16–22.

Konwencja Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych: wprowadzenie, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, z. 2, s. 297–300.

„*La bonne foi en droit polonais*”, *Travaux de l'Association Henri Mazeaud*, Paris, s. 156–178.

Uwarunkowania prawne prywatyzacji polskiego węgla [w:] *Prywatyzacja polskiego węgla*, red. A. Karbownik, Gliwice, s. 20–36.

W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, red. A. Maćczyński, M. Pazdan, A. Szpunar, Kraków, s. 337–355.

1995

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 24.06.1993 r., III CZP 76/93, „Przegląd Sądowy”, nr 3, s. 83–95.

Niektóre zagadnienia prawne prywatyzacji „spótek węglowych”, „Wiadomości Górnicze”, nr 2.

Prawa do nieruchomości jako wkład niepieniężny do spółki z udziałem podmiotu zagranicznego, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 18, s. 120–137.

Some Legal Questions Concerning the Situation of Foreigners in Poland [w:] *Rechtsfragen der Rechtsfragen der Transformation in Polen. Schweizerisch-polnisches Kolloquium*. Warszawa 11–14.05.1994, red. J. Aregger, J. Poczobut, M. Wyrzykowski, Kraków, s. 49–61.

Udział w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością jako przedmiot wkładu niepieniężnego do innej spółki – zagadnienia wybrane, „Rejent”, nr 9, s. 31–47.

1997

Holding bankowy w świetle przepisów ustawy z 14.06.1996 r. o łączeniu i grupowaniu niektórych banków w formie spółki akcyjnej [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Stockiego*, red. M. Bączyk, J.A. Piszczek, E. Radomska, M. Wilke, Toruń, s. 467–477.

Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa.

Skarb Państwa jako poręczyciel dłużnika, wobec którego przyjęto układ w postępowaniu układowym, „Rejent”, nr 12, s. 34–49.

1998

Kłopotliwy monopol na torach, „Gospodarka Śląska”, nr 3.

Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. 2, Warszawa.

Likwidacja spółki kapitałowej, „Gospodarka Śląska”, nr 5.

O zarządzaniu spółką akcyjną przez radę nadzorczą, „Gospodarka Śląska”, nr 2.

Spółki tęsknią za Europą, „Gospodarka Śląska. Analizy, Prognozy, Prezentacje”, nr 1.

Umowy menedżerskie zrobione na kolanie, „Gospodarka Śląska”, nr 4.

1999

Akcje uprzywilejowane co do dywidendy [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. K. Krucza-laka*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, nr 5, s. 343–354.

Glosa do wyroku SN z 22.04.1999 r., II CKN 204/98 [dot. stosowania norm kolizyjnych; otwarcia akredytywy w obrocie międzynarodowym], OSP nr 3, poz. 43c. (Lex).

Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. 1, wyd. 2, Warszawa.

Swoj człowiek w zarządzie, „Gospodarka Śląska. Analizy, Prognozy, Prezentacje”, nr 2.

„Szczególnie” spółki akcyjne w prawie polskim [w:] *II Kongres notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Poznań–Kluczbork, s. 233–255.

Ważne zakamarki górniczej ustawy, „Gospodarka Śląska. Analizy, Prognozy, Prezentacje”, nr 6.

Ważny akt prawny nie wolny od znaków zapytania, „Gospodarka Śląska. Analizy, Prognozy, Prezentacje”, nr 3.

2000

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 22.04.1999 r., II CKN 204/98, „Orzecznictwo Sądów Polskich”, nr 3, poz. 43c, s. 152–154.

Podstawowe obowiązki kupującego w konwencji ONZ o międzynarodowej sprzedaży towarów, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”, t. 19/20, s. 44–65.

Podstawowe obowiązki sprzedawcy w konwencji ONZ o międzynarodowej sprzedaży towarów [w:] *Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Janusza Pietrzykowskiego*, red. J. Bleszyński, Warszawa, s. 225–242.

Prezesi nie są bezkarni, „Gospodarka Śląska. Analizy, Prognozy, Prezentacje”, nr 3.

Samorządowe spółki akcyjne [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Antoniego Agoszowicza*, red. R. Mikosz, Katowice, s. 109–126.

Separacja w prawie prywatnym międzynarodowym [w:] *Valeat aequitas. Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*, red. M. Pazdan, Katowice, s. 351–361.

Zobowiązania umowne w prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi de lege ferenda, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, nr 3, s. 623–637.

2001

Dobrowolne umorzenie akcji, „Monitor Prawniczy”, nr 17, s. 871–876.

Kodeks spółek handlowych. Cz. 5–23. Spółka komandytowa; spółka z o.o.; spółka akcyjna, „Gazeta Prawna”, nr 2, 4, 6, 7, 9, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 29.

Kodeks spółek handlowych. Komentarz, red. K. Kruczałak, Warszawa, s. 694–728, 900–904, 906–910.

Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz, red. M. Pazdan, Kraków, s. 324–337, 340–381, 498–533.

Podmiotowy zakres zastosowania art. 6 Kodeksu spółek handlowych, „Prawo Spółek”, nr 7/8, s. 2–12.

Umorzenie udziałów i akcji w Kodeksie spółek handlowych, „Rejent”, nr 7/8, s. 245–266.

Wykonywanie praw udziałowych przez zagranicznych akcjonariuszy polskich spółek akcyjnych (zagadnienia wybrane) [w:] *Kodeks spółek handlowych. Studia i materiały*, red. R. Szytk, Poznań–Kluczbork, s. 573–594.

2002

Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. 1, wyd. 3, Warszawa.

Podział spółki kapitałowej przez wydzielenie – zagadnienia wybrane, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 2, s. 1–11.

Prawo właściwe dla przeniesienia akcji poza obrotem regulowanym, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 11, s. 37–46.

2003

Delegowanie członka rady nadzorczej spółki akcyjnej do czasowego wykonywania czynności członka zarządu [w:] *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa*, red. W. Pyziół, Kraków, s. 217–228.

Kodeks cywilny. Komentarz, t. I i II, wyd. III, *Suplement*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa, s. 12–35, 97–102.

Kodeks spółek handlowych: komentarz, orzecznictwo, red. J.A. Strzępka, Warszawa.

Lepiej już było. Wątpliwy projekt nowej ustawy o wolności gospodarczej, „Rzeczpospolita”, nr 246 – współautorzy: W.J. Katner, A. Kidyba, S. Sołtysiński.

Przeprowadzenie przymusowego wykupu akcji w trybie art. 418 Kodeksu spółek handlowych – zagadnienia wybrane, „Rejent”, nr 6, s. 141–159.

System Prawa Gospodarczego, t. IV, *Prawo papierów wartościowych*, red. S. Włodyka, Warszawa, s. 75–338.

2004

Adam Opalski, Kapitał zakładowy. Zysk. Umorzenie, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002, *Przegląd Prawa Handlowego* 2003, nr 1 – recenzja.

- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 3 zaktual., Warszawa.
- Nowelizacja przepisów Kodeksu spółek handlowych o spółce akcyjnej*, „Monitor Prawniczy”, nr 12, s. 539–547.
- Powstanie akcji jako prawa podmiotowego (przyczynek do dyskusji o odpowiedzialności w stosunkach spółki akcyjnej w organizacji)* [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Kraków, s. 563–577.
- Prawo o akcjach* [w:] *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa, s. 75–338.

2005

- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 4, Warszawa.
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, red. J.A. Strzępka, wyd. 3, t. II, Warszawa, s. 3–501.
- Niektóre przesłanki stosowania artykułu 394 Kodeksu spółek handlowych* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań, s. 509–522.
- Nie łączyć odsetek z opłatami*, „Rzeczpospolita”, nr 115 – współautor: G. Kott.
- Prawo właściwe dla wykonywania prawa głosu przez współnika spółki kapitałowej* [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków, s. 279–291.
- Wielka Encyklopedia Prawa*, red. B. Hołyst, E. Smoktunowicz, wyd. 2, Warszawa (wyd. 1: 2000) – opracowanie 28 haseł.
- Zakazać dzikiej windykacji*, „Rzeczpospolita”, nr 33, 34 – współautorzy: W.J. Katner, A. Roter, K. Wierzbowski.

2006

- Ile może kosztować kredyt konsumencki. Różne rozumienie jednego przepisu ustawy*, „Rzeczpospolita”, nr 156 – współautorzy: M. Jagielska, G. Kott.
- Jaki notariat jest potrzebny społeczeństwu i państwu?* [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Nowoczesny notariat w bezpiecznym państwie*, red. R. Szytyk, Warszawa–Kluczbork, s. 299–312.
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, red. J.A. Strzępka, wyd. 3, Warszawa, s. 3–109, 112.
- Wygaśnięcie mandatu członka organu spółki kapitałowej – zagadnienia wybrane* [w:] *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, red. J. Frąckowiak, Wrocław, s. 781–796.

2007

- Dziwaczne ograniczenia swobody działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych*, „Rzeczpospolita”, nr 121.
- Legitymacja czynna odwołanych członków władz spółki do zaskarżenia uchwał sprzecznych z ustawą. Głosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 1.03.2007 r.*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 10, s. 51–58 – współautor: S. Sołtysiński.
- Nieważność uchwały zgromadzenia wspólników zawierającej zgodę na zbycie udziałów, głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16.03.2006 r. (III CSK 32/06)*, „Głosa”, nr 3, s. 18–24.

- Obowiązek przyjęcia dostawy towaru w projekcie „Zasad europejskiego prawa umów” i w Konwencji ONZ o międzynarodowej sprzedaży towarów [w:] W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu, red. A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska, Warszawa, s. 563–573.*
- O uchwałach zgromadzeń spółek kapitałowych w protokołach notarialnych [w:] Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi, red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan, Kluczbork, s. 293–304.*
- Prawo właściwe dla umownych zobowiązań elektronicznych w konwencji rzymskiej i projekcie rozporządzenia Rzym I [w:] Kolizyjne aspekty zobowiązań elektronicznych, Materiały konferencyjne (Wrocław, 2006), red. J. Gołaczyński, Warszawa, s. 9–27.*
- Spółka akcyjna – Prawa i obowiązki akcjonariuszy; Zmiana statutu; Likwidacja spółki [w:] System Prawa Handlowego, t. 2B, Prawo spółek handlowych, red. S. Włodyka, Warszawa, s. 94–288, 516–593.*
- Spółki Skarbu Państwa. Kłopot z ekwiwalentem za nieodpłatne nabycie akcji, „Rzeczpospolita”, nr 80 – współautor: K. Wierzbowski.*

2008

- Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. I, wyd. 5, Warszawa, s. 211–241; 1069–1178 – komentarz do art. 1–449¹¹.*
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz, red. W. Pyzioł, Warszawa – komentarz do art. 201–300, 430–441.*
- O powadze rzeczy osądzonej w postępowaniu arbitrażowym [w:] Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu, red. P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, A. Tynel, Warszawa, s. 169–179.*
- Spółki osobowe w prawie prywatnym międzynarodowym [w:] System Prawa Prywatnego, t. 16, Prawo spółek osobowych, red. A. Szajkowski, Warszawa, s. 445–462.*
- Zagadnienia unormowane w art. 3 ust. 3 i art. 7 konwencji rzymskiej i w odpowiednich przepisach Rozporządzenia UE o prawie właściwym dla zobowiązań umownych: (Rzym I), „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”, t. 3.*

2009

- Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. II, wyd. 5, Warszawa, s. 3–103; 203–225, 560–579.*
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz, red. J.A. Strzępka, wyd. 4, Warszawa.*

2010

- Akcja: prawo podmiotowe, Warszawa.*
- The effects of a foreign arbitral award in Poland under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards [w:] Ius est ars boni et aequi: Festschrift für Stanisława Kalus, Frankfurt am Main, s. 429–450.*
- Jeszcze w sprawie regulaminów rad nadzorczych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością [w:] Prawo handlowe XXI wieku: czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji: księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego, Warszawa, s. 819–830.*

O dziedziczeniu udziału w spółce jawnej [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego: księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, Warszawa, s. 485–494.

Zdatność arbitrażowa ze szczególnym uwzględnieniem sporów korporacyjnych, „Biuletyn Arbitrażowy”, nr 2(14), s. 11–27.

Zdatność arbitrażowa sporów. Dyskusja, „Biuletyn Arbitrażowy” 2010/2011, nr 4, s. 7–39.

2011

Application of foreign law in Poland [w:] C. Esplugues Mota, J.L. Iglesias Buhigues, G. Palao Moreno, *Application of foreign law*, Monachium 2011 – współautor: M. Zachariasiewicz.

Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, wyd. 6, Warszawa.

Kodeks spółek handlowych. Komentarz, red. J.A. Strzępka, wyd. 5, Warszawa, s. 1430.

Odmowa uznania (wykonania) zagranicznego orzeczenia arbitrażowego na podstawie art. V Konwencji nowojorskiej [w:] *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, Warszawa, s. 1799–1812.

2012

Cena akcji objętych przymusowym odkupem i jej zapłata przez spółkę [w:] *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*, Warszawa.

Instrument opcjonalny a ochrona konsumenta [w:] *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego: wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, Warszawa, s. 71–76.

Postępowanie w przypadku „rozbieżności zdań” co do ceny akcji w ramach przymusowego wykupu [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Aleksandrowi Oleszce*, Warszawa.

System Prawa Handlowego, t. 2, *Prawo spółek handlowych*, red. S. Włodyka, wyd. 2, Warszawa.

W sprawie częściowej nieważności (uchylenia w części) uchwały wspólników spółki kapitałowej [w:] *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, Poznań.

W sprawie niektórych konsekwencji zasady autonomii umowy o arbitraż [w:] *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana dr Andrzejowi Tynelowi*, Warszawa 2012.

W sprawie zastosowania klauzuli rebus sic stantibus do zobowiązań wykonanych po wniesieniu pozwu [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, Warszawa.

2013

Charakter prawny zdarzenia prowadzącego do objęcia udziałów podwyższenia kapitału zakładowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością [w:] *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*, red. J. Frąckowiak, Wrocław.

Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. 1, wyd. 7, Warszawa.

- Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, t. 2, wyd. 7, Warszawa, s. 3–102, 180–205, 473–488.
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J.A. Strzępka, wyd. 6, Warszawa.
- Polskie prawo arbitrażowe osiem lat po reformie – refleksje* [w:] *Konferencja. Arbitraż: prawo, praktyka, instytucje*, Warszawa 2013.
- Prawo niejednolite w polskim prawie prywatnym międzynarodowym* [w:] *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa.
- Prawo właściwe dla roszczenia o uznanie umowy za bezskuteczną – skarga pauliańska w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”, t. 11 – współautor: M. Zachariasiewicz.
- System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, Warszawa – redaktor naukowy tomu.
- „Terytorializm” praw autorskich w nowej polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym [w:] *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, Warszawa.
- Wykonanie zobowiązania i jego naruszenie; Wykonanie zobowiązania i jego naruszenie (niewykonanie) w przepisach Konwencji wiedeńskiej; Prawo właściwe* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. W. Popiołek, Warszawa, s. 610–650.
- Zgłoszenie wniosku o wpis uchwały o warunkowym podwyższeniu kapitału zakładowego*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 11, s. 4–10.

2014

- Charakter prawny uchwał wspólników i organów spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 9, s. 11–17.
- Cudzoziemiec wykonujący wolny zawód w polskiej spółce partnerskiej*, „Rejent”, numer specjalny, s. 47–76.
- Le particularisme du pouvoir dans les entreprises à capitaux publics. Rapport Général* [w:] *Travaux de l'Association Henri Capitant „Le Pouvoir dans les sociétés”*, Journées Chiliennes, t. LXII, s. 615–643.
- Odesłanie; Niejednolite prawo* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa, rozdz. III § 12–13.
- Odesłanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Studia Prawa Prywatnego”, z. 1(32), s. 3–24.
- Odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę „pośrednią” wyrządzoną przez spółkę zależną* [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. Maksymilianowi Pazdanowi*, red. A. Dańko-Roesler, A. Oleszko, R. Pastuszko, Warszawa, s. 305–322.
- Wydanie przez spółkę akcyjną dokumentów akcji osobie nieuprawnionej*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 3, s. 4–9.

Wymagalność wierzytelności o wypłatę dywidendy w przypadku zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia określającej dzień dywidendy, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 2, s. 4–11.

2015

Czy koniec osiemdziesięcioletniej tradycji formy niektórych czynności prawa spółek?, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 4, s. 48–54.

Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. 1 i 2, wyd. 8, Warszawa.

Prawa podmiotowe uczestników spółek handlowych, „Monitor Prawniczy”, dodatek specjalny, nr 7, s. 18–26.

Zawarcie małżeństwa [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa, s. 37–77.

2016

La culpa in contrahendo dans la Convention de Vienne – perspective polonaise [w:] *Essays in honour of Professor Bonell*, Roma, s. 16.

La responsabilité de la société-mère pour la faute de la filiale [w:] *La responsabilité civile – les développements en France et en Pologne*, Łódź, red. D. Skupień, s. 95–110.

Oświadczenie o „braku zamiaru nabycia nieruchomości” w ustawie o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców [w:] *Usus Magister Est Optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*, red. B. Jelonek-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka, Warszawa, s. 213–220.

Spółki osobowe w prawie prywatnym międzynarodowym [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, wyd. 2, Warszawa, s. 675–697.

CZEŚĆ A

PRAWO PRYWATNE
MIĘDZYNARODOWE

LÁSZLÓ BURIÁN

DIE NEUKODIFIKATION DES UNGARISCHEN INTERNATIONALEN PRIVATRECHTS PROBLEME DES ALLGEMEINEN TEILS

1. EINFÜHRENDE BEMERKUNGEN

Es ist vielleicht auch im Ausland bekannt, dass in Ungarn nach mehr als 10-jährigen Kodifikationsarbeiten im Februar 2013 ein neues Zivilgesetzbuch verabschiedet wurde, das am 15-ten März 2014 in Kraft getreten ist¹. Im selben Jahr haben die Kodifikationsarbeiten an einer neuen Zivilprozessordnung begonnen. Deren vorläufigen Ergebnisse sind 39 Studien, die in einem Band vor kurzem veröffentlicht worden sind². Die Kodifikationswelle dauert an. Ein logischer nächster Schritt ist die Neukodifikation des ungarischen IPR-Gesetzes. Es hat niemandem überrascht, dass die Regierung im Mai dieses Jahres die Neukodifizierung des ungarischen IPR beschlossen hat³. Die von der Regierung gesetzten Fristen sind zwar kurz, das neue Gesetz soll spätestens im Frühjahr 2018 verabschiedet werden, dennoch scheint die Aufgabe nicht unlösbar zu sein. Der durch den Beschluss aufgestellte, von Prof. Lajos Vékás, und vom Staatssekretär des Justizministeriums Barna Berke geleitete Kodifikationsausschuss hat das Konzept des neuen IPR-Gesetzes Ende November 2015 ausgearbeitet⁴. Bis Ende Januar 2016 wird das Konzept zur Debatte an Fachkreisen und an die Öffentlichkeit gestellt⁵. 10 Monate nach dem Abschluss der Debatte, bis Ende November 2016 soll der endgültige Text des Entwurfes fertiggestellt werden. Anders als in Polen⁶, gab es in Ungarn in den wissenschaftlichen Kreisen keine Meinungs-

¹ Gesetz No. V. 2013 über das Zivilgesetzbuch Amtsblatt (Magyar Közlöny) 2013, No. 31.

² János Németh, István Varga (Hrsg.), *Egy új polgári perrendtartás alapjai (Die Grundzüge einer neuen Zivilprozessordnung)*, HVG ORAC, Budapest 2015.

³ Verkündet im Magyar Közlöny 2015, No. 72.

⁴ *Az új nemzetközi magánjogi törvény koncepciója (Das Konzept des neuen IPR-Gesetzes)*, Manuskript in ungarischer Sprache, Budapest 2015. Das Konzept (im weiteren IPRG-Konzept) beruht auf den Vorbereitungsstudien der Kommissionsmitgliedern. Sie ist in XV. Abschnitte gegliedert und besteht aus 258 Absätzen.

⁵ Zur Zeit der Abschlusses des Manuskripts läuft die vorgesehene Zeit für die Debatte, die zu Kurz zu sein scheint, um wirklich definitive Ergebnisse bringen zu können.

⁶ Darüber berichtet Andrzej Maczyński, Erfahrungen Polens mit der Kodifizierung des internationalen Privatrechts Tomislav Borić, Brigitta Lurger, Peter Schwarzenegger, Ulfried Terlitza (Hrsg.), *Öffnung und Wandel Die internationale Dimension des Rechts II. Festschrift für Willibald Posch zum 65. Geburtstag*, LexisNexis, Wien 2011, s. 440–441. Er kritisiert den damaligen Gesetze-

verschiedenheiten darüber, ob die Neukodifikation zu jener Zeit, als das Haager Programm der Europäischen Union noch nicht ganz verwirklicht worden ist, zu früh sei, oder nicht. Es wird also kodifiziert. Im nächsten sollen einige Argumente für eine Neukodifizierung kurz erwähnt werden.

In den, seit dem Inkrafttreten der Gesetzesverordnung 13. 1979 über das internationale Privatrecht (von nun an Kodex genannt) vergangenen gut dreieinhalb Jahrzehnten sind die gesellschaftlich-wirtschaftlichen Verhältnisse in Ungarn und in Europa grundlegend verändert worden. Dasselbe gilt auch für das ganze Rechtssystem sowie im Lande, als auch in den anderen ehemals sozialistischen Ländern. Der Kodex kann – trotz der vielen Modifizierungen – nicht den heutigen Anforderungen entsprechen⁷. Die Modifizierungen, von denen die meisten im Zusammenhang mit der fortschreitenden Europäisierung des IPR stattgefunden haben, sind nicht immer genau durchdacht worden⁸ und haben ausserdem die eigentliche Kohärenz der Normen zerrüttet. Um die Lage mit den Worten des berühmten ungarischen Juristen und Politikers Ferenc Deák, dem Vorbereiter des Ausgleichs zwischen Ungarn und der Habsburgmonarchie auszudrücken, wenn eine Weste einmal falsch zugeknöpft wurde, muss sie erst ausgeknöpft werden um wieder richtig zugeknöpft werden zu können. Mit einer Neukodifizierung wird es ausserdem möglich, das neue IPR-Gesetz mit dem neuen Zivilgesetzbuch in Einklang zu bringen.

Die Aufgabe des Gesetzgebers ist nicht leicht. Das IPR war seit jeher – oft zu Recht, manchmal aber auch zu Unrecht – für seine Komplexität und Kompliziertheit kritisiert worden. Im 21.-sten Jahrhundert wurde es noch komplizierter als je vorher. Die Zahl der internationalen Übereinkommen kollisionsrechtlicher Relevanz, die dem autonomen IPR vorgehen, ist gestiegen. Ausserdem kann das IPR eines Mitgliedstaats der EU nur zum einen Bruchteil autonom gestaltet werden. Die in der EU immer weiterreichende Vereinheitlichung des internationalen Zivilprozess- und Privatrechts führt zu einem wahren Labyrinth der Übereinkommen, Verordnungen, Richtlinien und autonomen Kollisionsnormen. Man kann von den Kollisionen von Kollisionsnormen Sprechen. Der Prozess der Europäisierung ist nicht abgeschlossen, es gibt Vorentwürfe und bei einigen Verordnungen sind Revisionen vorgesehen. Ein IPR-Gesetz eines EU-Mitgliedstaats, die an der justiziellen Zusammenarbeit beteiligt ist, ist daher kein klassisches Gesetzeswerk, kein Kodex im herkömmlichen Sinne, kein Orientteppich, sondern nur ein Flickenteppich, der aber gut funktionieren soll.

Trotz der Schwierigkeiten der Aufgabe haben einige Mitgliedstaaten in den letzten Jahren neue IPR-Gesetze verabschiedet. Da die meisten IPR-Gesetze in den Mittel- und Osteuropäischen Ländern in den 60-er, 70-er Jahren oder zu Beginn der 80-er Jahre kodifiziert worden sind, ist diese Kodifikationswelle nachvollziehbar. Aus unserer

sentwurf und charakterisiert ihn als „eine inkohärente Kompilation von Bestimmungen unterschiedlicher Provenienz“.

⁷ Lajos Vékás, *Egy új nemzetközi magánjogi törvény megalkotásának elvi kérdéseiről* (Über die prinzipiellen Fragen der Schaffung eines neuen IPR-Gesetzes), Jogtudományi Közlöny 2015, No. 6, s. 295–299.

⁸ Siehe die Kritik von Lajos Vékás, *A nemzetközi magánjogi törvény módosításáról* (Über die Modifizierung des IPR-Gesetzes), Magyar Jog 2009/6, s. 321–326.

Region kann die Reform des rumänischen Privatrechts samt IPR-Regeln aus dem Jahre 2009⁹, das polnische IPR Gesetz vom Jahre 2011¹⁰ und das tschechische IPRG von 2012¹¹ erwähnt werden. Um ein Beispiel aus Westeuropa zu nennen kann man das 10. Buch des holländischen BGB erwähnen¹². Es gibt also Beispiele, die beachtet werden können, von denen man lernen kann, die aber zum Teil auf unterschiedlichen Konzeptionen beruhen.

2. ZUR KONZEPT DES NEUEN GESETZES

2.1. NORMENHIERARCHIE – ANWENDUNGSBEREICH

Das neue Gesetz soll vor allem sein Anwendungsbereich bestimmen und ein klares Verhältnis zu den internationalen Übereinkommen und des EU Rechts festlegen. Im geltenden Recht wird im § 2. allgemein nur das Verhältnis zu den ersteren geregelt¹³ und zur Vorrang der einzelnen EU Verordnungen nur an manchen – aber nicht an allen nötigen – Stellen des Besonderen Teils hingewiesen. Als Vorbild für die Neuregelung kann die deutsche Regelung in Art. 3. EGBGB dienen. Nach dem Konzept werden aber die einzelnen Verordnungen an dieser Stelle nicht einmal beispielsweise erwähnt. Auf sie wird an den entsprechenden Stellen der „Besonderen Teils“ im Gesetzestext hingewiesen¹⁴.

2.2. GESETZESSTRUKTUR

Bei der Ausgestaltung der Struktur wird zwar aus der Struktur des geltenden Kodex ausgegangen, an einigen Stellen wird aber davon jedoch abgewichen. So wird das internationale Familienrecht anstatt wie bisher nicht nach dem internationalen Erbrecht sondern die Struktur des neuen Zivilgesetzbuches folgend, nach dem Abschnitt über die Personen behandelt, und die Kollisionsnormen über das geistige Eigentum (Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz) werden anstatt vor, erst nach dem Abschnitt über das Sachenrecht in das Gesetz eingegliedert¹⁵.

⁹ Lege Nr. 287 din 17 iulie 2009 privind Codul civil Monitorul Oficial nr. 511. 24.07.2009.

¹⁰ Gesetz vom 4. Februar 2011. über das Internationale Privatrecht. Inkraft seit dem 16. Mai 2011. Den Gesetzestext in englischer Sprache siehe http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf (Aufgesucht am 29.12.2015). *Eine deutschsprachige Kurzdarstellung von Maksymilian Pazdan: das neue polnische Gesetz über das internationale Privatrecht*, IPRax 2012/1, s. 77–81.

¹¹ Gesetz No. 91/2012 vom 25. Januar 2012. In Kraft seit dem 1. Januar 2013. In englischer Sprache zugänglich <http://www.brizatrubic.cz/en/binder/miscellaneous/preklad-zakona-o-mezinarodnim-pravu-soukromem-2> (Aufgesucht am 29.12.2015).

¹² Veröffentlicht im Amtsblatt 2011. Nr. 340. In Kraft seit dem 1.1.2012.

¹³ „Diese Gesetzesverordnung findet auf eine Frage, die durch internationalen Vertrag geregelt ist, keine Anwendung“. Der ungarische und deutsche Paralelltext der Gesetzesverordnung ist abgedruckt in Wolfgang Riering (Hrsg.), *IPR-Gesetze in Europa*, CH Beck München, Stämpfli + Cie AG Bern 1997, s. 364–409.

¹⁴ IPRG-Konzept Absatz 21.

¹⁵ IPRG-Konzept Absatz 30.

3. FRAGEN DES „ALLGEMEINEN TEILS“

Da der europäische Gesetzgeber in den kollisionsrechtlichen Verordnungen bislang ausschliesslich nur verschiedene Gebiete des „Besonderen Teils“ geregelt hatte, und die Chancen für eine Europäisierung des „Allgemeinen Teils“ sehr gering sind¹⁶, hat der nationale Gesetzgeber ein freies Spielraum in der Ausgestaltung der Regel des klassischen „Allgemeinen Teils“. Nach überwiegender Auffassung muss der Gesetzgeber bei der Regelung der zur „Allgemeinen Teil“ gehörenden Rechtsinstitutionen, wie die Qualifikation, die Rück- und Weiterverweisung, die Vorfrage, die Anpassung, oder die Öffentliche Ordnung eine gewisse Zurückhaltung zeigen um den Ermessensspielraum des Rechtsanwenders nicht übermässig Einzuengen¹⁷.

3.1. GEGENSEITIGKEIT

Das im geltenden Kodex sich befindende Grundsatzbestimmung, dass die Anwendung ausländischen Rechts nicht von der Gegenseitigkeit abhängt, die als eine Deklaration in 1979 vielleicht noch sinnvoll war, wird gestrichen, und zwar nicht wegen seines Inhalts, sondern einfach deswegen, weil diese Grundthese des IPR von sich selbst versteht.

3.2. QUALIFIKATION

Nicht entfällt dagegen die Bestimmung über die Qualifikation, die zwar in den meisten IPR-Kodifikationen nicht geregelt wird, aber nach der mehrheitlichen Auffassung des Kodifikationsausschusses, gestützt auf die bisherigen Erfahrungen der gerichtlichen Praxis als eine grundlegende Orientierung dem Rechtsanwender zum Nutzen sein kann. So wie das geltende, wird das neue Gesetz weiterhin keine Bestimmungen über die Vorfrage und die Anpassung enthalten.

3.3. RÜCK- UND WEITERVERWEISUNG

Veränderungen sind bei den Bestimmungen über die Rück- und Weiterverweisung vorgesehen. Der geltende Kodex schliesst die Weiterverweisung generell aus, dagegen muss der Rechtsanwender die Rückverweisung generell annehmen. Nach dem Konzept des neuen Gesetzes wird die Rückverweisung des anwendbaren Rechts auf das ungarische Recht oder die Weiterverweisung auf ein anderes ausländisches Recht nur dann angenommen wenn die Bestimmungen des Besonderen Teils dies ausdrücklich vorschreiben¹⁸. Eine Annahme der Rückverweisung und der einmaligen Weiterverweisung wird in Fragen des Personenstandes von natürlichen Personen vorgeschrieben wenn

¹⁶ Über die Chancen und den Inhalt eines europäischen „Allgemeinen Teils“ siehe Stefan Leible, Hannes Unberath (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des Europäischen IPR*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena 2013.

¹⁷ So schon der Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf zum *Bundesgesetz über das internationale Privatrecht*, Schultess Poligraphischer Verlag, Zürich 1979, s. 24.

¹⁸ IPRG-Konzept Absatz 38.

das persönliche Recht der jeweiligen Person durch die Staatsangehörigkeit bestimmt werden kann¹⁹. Es muss dabei bemerkt werden, dass trotz der eindeutigen Bestimmung, die Rückverweisung anzunehmen, die Gerichte diese Vorschrift kaum angewandt haben, obwohl dadurch zur Anwendung ungarischen Rechts hätten gelangen können (und müssen). Die Gründe dafür sind unklar. Die Neuregelung wird vielleicht neue Impulse bringen und die Aufmerksamkeit der Gerichte erwecken. Man kann nur hoffen, dass durch die expliziten Bestimmungen im Besonderen Teil nicht nur von der Rückverweisung, aber auch von der Weiterverweisung Gebrauch gemacht wird, um dadurch zur internationalen Entscheidungseinklang zu gelangen.

3.4. GESETZESUMGEHUNG

Das alte ungarische IPR hat die aus der französischen Gerichtspraxis stammende Institution²⁰ der allgemeinen Gesetzesumgehung (*fraus legis*) zwar gekannt, aber nicht in die Praxis umgesetzt. Man bediente sich um die Folgen unerwünschter Manipulationen vermeiden zu können mit der *ordre public* Klausel. Der berühmte ungarische IPR-Gelehrte der Zwischen- und Nachkriegszeit, István Szászy war der Meinung, dass es zur Unterbindung von betrügerischen und listigen Gesetzesumgehungen im ungarischen IPR die Unterscheidung zwischen dem Tatbestand der Gesetzesumgehung und der *ordre public* nicht nötig sei, zur Bekämpfung der Gesetzesumgehungen genügt die allgemeine Vorbehaltsklausel²¹. Die Redaktoren des heute geltenden Kodexes waren anderer Auffassung und haben den Tatbestand der allgemeinen Gesetzesumgehung in die Gesetzesverordnung von 1979 aufgenommen. Laut § 8. ist das ausländische Recht nicht anwendbar, wenn es an ein ausländisches Element anknüpft, welches die Parteien – um das an sich anwendbare Recht zu umgehen – durch Machenschaften oder Betrug herbeigeführt haben. In solchen Fällen ist das nach dem Kodex an sich massgebliche Recht anzuwenden. Diese Rechtsvorschrift, von dem die Praxis kaum Gebrauch gemacht hat, wurde in der Rechtsliteratur zu Recht kritisiert²². Es ist einerseits einseitig, weil dadurch nur die Anwendung ausländischen Rechts verhindert wird, andererseits ist sie schwer anwendbar, weil das Umgehungsmotiv der Parteien oft nicht bewiesen werden kann. Es ist auch nicht klar wozu eine solche allgemeine Bestimmung hinausläuft. Soll etwa dadurch – wie Kegel meint²³ – das Ansehen der Rechtsordnung des

¹⁹ IPRG-Konzept Absatz 114.

²⁰ Der berühmte Fall *Bauffremont* in dem zwischen 1869 und 1882 mehrere Prozesse vor französischen und auch vor belgischen Gerichten geführt worden sind. Entscheidung des französischen Cassationshofes: Cass. civ. 18 Mars 1878, D.P. 1878, 1 201.

²¹ István Szászy, *Nemzetközi Magánjog (Internationales Privatrecht)*, Sylvester Irodalmi és Nyomdai Intézet, Budapest 1938, s. 140.

²² László Burián, *Nemzetközi Magánjog, Általános Rész (Internationales Privatrecht Allgemeiner Teil)*, Pázmány Press, Budapest 2014, s. 144.

²³ Gerhard Kegel, Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, München 2000, s. 423. Schurig meint, dass das Ansehen einer Rechtsordnung auf deren Fähigkeit beruht, sachgerechte Entscheidungen zu treffen, die für die Rechtsgenossen einsehbar sind. Das Ansehen wird beschädigt, wenn die Entscheidungen die oben genannten Kriterien nicht erfüllen. Die neutralisierung einer Umgehung ist ein Fall der Normanwendungskorrektur im Interesse einer Sachgerechten Entscheidung.

Forumstaates im Allgemeinen geschützt werden? Diese Fragen werden in der Zukunft nicht gestellt bzw. beantwortet werden müssen, das neue Gesetz wird nämlich zum alten Recht zurückkehren und den Tatbestand der allgemeinen Gesetzesumgehung ins neue Gesetz nicht aufnehmen²⁴.

Nichtanwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts auf den gemeinsamen Antrag der Parteien

Nach § 9 des geltenden Kodexes ist der Parteien die Möglichkeit gegeben gemeinsam vor Gericht die Nichtanwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts zu beantragen. In diesem Fall hat das Gericht kein Ermessensspielraum, es muss dem Antrag stattgeben und ungarisches Recht anwenden. Im Falle eines Antrags wird das an sich unabdingbare Kollisionsrecht fakultativ. In einigen Fällen haben die Gerichte diese Bestimmung dahingehend interpretiert, dass der Antrag auch stillschweigend und zeitlich unbegrenzt gestellt werden kann. So wurde Angenommen, dass um einen stillschweigenden Antrag zur Nichtanwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts genügt wenn vor einem ungarischen Gericht geklagt wird oder die Klage auf das ungarische Recht gestützt wird, und die Beklagte dagegen nichts einwendet²⁵. Bei den Kodifikationsberatungen gingen die Meinungen darüber auseinander, ob diese Bestimmung nur modifiziert, oder gänzlich gestrichen werden sollte. Es war jedoch klar, dass das europäische Kollisionsrecht nicht fakultativ angewendet werden kann und deswegen eine – wenngleich auch modifizierte – Bestimmung, die z. B. die Nichtanwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts nur auf einen ausdrücklichen Antrag der Parteien und nur im ersten Instanz ermöglicht, nur eine begrenzte Geltung haben würde. Mehrheitlich hat der Ausschuss letztlich so entschieden, dass in das neue Gesetz diese Vorschrift nicht aufgenommen wird²⁶.

3.5. DIE ÖFFENTLICHE ORDNUNG

Die ungarischen Gerichte haben am Anfang des XX-sten Jahrhunderts in der Begründung und Anwendung der Rechtsinstitution der Vorbehaltsklausel die deutsche Theorie und Praxis gefolgt. Unter den Einfluss der damaligen Art. 30 des EGBGB haben die ungarischen Gerichte das ausländische Recht nicht angewandt wenn in einem konkreten Fall festgestellt wurde, dass die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines ungarischen Gesetzes verstösst²⁷. Nach der Meinung von Szászy ging diese Auffassung zu weit. Er meinte, dass nicht alle ausländischen Gesetze, deren Anwendung gegen den Zweck eines ungarischen Gesetzes verstösst, die

²⁴ IPRG-Konzept Absätze 53–56.

²⁵ Entscheidungen des Komitatsgerichts Kecskemét 14.P.21.584/2007 und 14.P.20.395./2011. Die Urteile sind vom Tafelgericht Szeged aufgehoben worden. Siehe János Bóka, *A mellőzöttség érzése – A külföldi jog alkalmazásának mellőzése a magyar bíróságok szemszögéből* (Das Gefühl der Unbeachtlichkeit. Die Nichtbeachtung des ausländischen Rechts aus dem Gesichtspunkt der ungarischen Gerichte), in: Sarolta Szabó (Hrsg.), *Gedechtnisschrift Gábor Bánrévy*, Pázmány Press, Budapest 2014, S. 30–46 (43).

²⁶ IPRG-Konzept Absätze 57–61.

²⁷ Urteile des Obersten Gerichtshofes (Königliche Kurie) 7674/1905, 5767/1926, 1616/1926. Siehe Szászy, *Nemzetközi Magánjog*, Fn. 20 S. 114.

ungarische öffentliche Ordnung verletzen, sondern nur die, die gegen den Geist des ungarischen Rechtssystems oder gegen den Zweck von denjenigen Gesetzen verstossen, die einen vorbehaltrechtlichen Charakter haben, anders formuliert eine ausschliessliche Anwendung beanspruchen²⁸. Damit hat er die Unterscheidung der negativen und der positiven Funktion der *ordre public* in die ungarische Theorie eingeführt. Diese Auffassung teilte auch die Theorie in der Nachkriegszeit²⁹, die Unterscheidung zwischen der negativen und der positiven Funktion der öffentlichen Ordnung, das heisst zwischen der Vorbehaltsklausel und der Anwendung von Eingriffsnormen (in der ungarischen Terminologie imperative Normen oder unbedingt anzuwendende Normen) des Forums hat trotzdem keinen Eingang in das positive Recht gefunden. Im geltenden Kodex wird nur die negative Funktion zum Ausdruck gebracht. Nach § 7 Abs. (1) soll von der Anwendung ausländischen Rechts abgesehen werden, soweit dies der ungarischen öffentlichen Ordnung zuwiderlaufen würde. Nach Abs. (2) kann das ausländische Recht nicht schon deshalb ausgeschlossen werden weil das gesellschaftlich- wirtschaftliche System des ausländischen Staates von dem ungarischen abweicht. Nach Abs. (3) soll im Falle der Nichtanwendung ausländischen Rechts als Ersatzrecht das ungarische Recht angewandt werden.

Der Kodifikationsausschuss ist der Meinung, dass im neuen Gesetz die Generalklausel der öffentlichen Ordnung eindeutig zum Ausdruck bringen soll, dass von der Anwendung ausländischen Rechts nur ausnahmsweise, dann abgesehen werden soll, wenn die Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Fall zu einem Ergebnis führen würde, die mit der grundsätzlichen Werten des ungarischen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Die im Abs. (2) des geltenden Kodexes sich befindende Bestimmung, die zu seiner Zeit die missbräuchliche Anwendung der Vorbehaltsklausel zu einer pauschalen Diskriminierung ausländischer Rechte aus politischen Gründen verboten hat ist zwar inhaltlich korrekt, ist aber seit spätestens seit dem Wandel selbstverständlich und soll im neuen Gesetz nicht geregelt werden. Ersatzrecht bleibt weiterhin die *lex fori*³⁰.

3.6. EINGRIFFSNORMEN

Eine meines Erachtens begrüssenswerte Neuerung des neuen Gesetzes wird die Definition der Eingriffsnormen und die Bestimmung sein, dass die Anwendung der Eingriffsnormen des ungarischen Rechts ohne Rücksicht auf das an sich anwendbare ausländische Recht erfolgen soll. Bei der Definition soll die Vorschrift der Art. 9 der Rom I Verordnung gefolgt werden³¹. Eine Eingriffsnorm wird also im neuen Gesetz so definiert, dass sie eine zwingende Vorschrift ist, deren Einhaltung von dem Staat der sie erlassen hat, so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation angesehen wird, dass sie ungeachtet des an sich anzuwendenden Rechts angewandt werden soll.

²⁸ Ebenda.

²⁹ Miklós Világgy, *Bevezetés a nemzetközi magánjogba (Einführung in das internationale Privatrecht)*, Tankönyvkiadó, Budapest 1966, s. 62.

³⁰ IPRG-Konzept Absatz 75.

³¹ IPRG-Konzept Absatz 82.

Über die Bedingungen der Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen wird das neue Gesetz keine Bestimmungen enthalten, insofern genügt nach der Auffassung des Kodifikationsausschusses die Möglichkeit die in den europarechtlichen Verordnungen verankert ist³². Das neue Gesetz wird auch keine Bestimmungen über die Anwendung der Eingriffsnormen der *lex causae* enthalten. Der Kodifikationsausschuss ist der Auffassung, dass die Identifizierung der Eingriffsnormen der *lex causae* nicht unbedingt nötig sei, sie werden im Rahmen der Bestimmungen des anwendbaren ausländischen Rechts angewandt.

Mit der klaren Formulierung der Vorbehaltsklausel und die Unterscheidung deren von den Eingriffsnormen im neuen Gesetz wird eine eher fruchtbare Debatte in der Theorie des ungarischen internationalen Privatrechts über die negative und positive Funktion der öffentlichen Ordnung zur Rechtsgeschichte. Damit werden hoffentlich auch die Unsicherheiten der Anwendung der Vorbehaltsklausel in der ungarischen Gerichtspraxis Teil der Vergangenheit, und man wird darüber im Klaren sein, dass die Anwendung eines ungarischen Gesetzes nicht gegen die ungarische *ordre public* verstossen kann³³. Infolge dessen kann ein Schiedsgerichtsurteil, das aufgrund ungarischem Recht gefällt wurde, nicht wegen Verstosses gegen die ungarische öffentliche Ordnung mit der Argumentation vor dem Gericht angefochten werden, dass im konkreten Fall das Schiedsgericht über die Ungültigkeit des Beschlusses der Ausschluss eines GmbH-Mitglieds mit der Anwendung des BGB sondern mit der Anwendung des Gesetzes über die Wirtschaftsgesellschaften das eine Eingriffsnorm sei, hätte entscheiden sollen³⁴.

3.7. DIE ANWENDUNG UND DIE ERMITTLUNG AUSLÄNDISCHEN RECHTS

In der Theorie des ungarischen internationalen Privatrechts ist es unumstritten, dass das ausländische Recht im Grunde genommen genauso behandelt werden muss wie das inländische³⁵. Aus dieser Grundvorstellung folgt logischer Weise, dass die Anwendung ausländischen Rechts nicht auf Antrag der Parteien, sondern Amts wegen erfolgen soll und die Feststellung des Inhalts des anzuwendenden ausländischen Rechts die Aufgabe des angerufenen Gerichts ist. Theoretisch heisst das, dass die Klägerin, die ihre Ansprüche auf ausländisches Recht stützt, die Anwendung ausländischen Rechts formell nicht zu beantragen hat und keine Beweise bezüglich dessen Inhalts vorlegen

³² IPRG-Konzept Absatz 82.

³³ Dieses Problem stellte sich bei Klagen gegen ungarische Schiedsgerichtsurteile gestützt auf die vermeintliche Verletzung der ungarischen öffentlichen Ordnung. Siehe László Burián, *Gondolatok a közrend szerepéről* (Gedanken über die Rolle der öffentlichen Ordnung), in: Daisy Kiss, István Varga (Hrsg.), *Magister Artis Boni et Aequi. Studia in Honorem Németh János*, Budapest 2003, S. 99–122.

³⁴ Urteil des ungarischen Obersten Gerichtshofes Gf. VI. 30848/1997/8 Die Klage wurde mit der Begründung abgewiesen, dass das Gesetz No. VI. aus dem Jahre 1988 über die Wirtschaftsgesellschaften keinen imperativen Charakter hat.

³⁵ Ferenc Mádl, Lajos Vékás, *Nemzetközi magánjog és nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga* (Internationales Privatrecht und das Recht der Internationalen Wirtschaftsbeziehungen), ELTE Eötvös Kiadó, Budapest 2012, S. 132.

muss. Da die Feststellung des Inhalts des Ausländischen Rechts eine besondere Frage der Beweisführung im Prozess darstellt, ist diese Frage eine komplexe Angelegenheit, die Berührungspunkte sowohl zum Zivilprozessrecht als auch zum IPR aufweist. In der prozessrechtlichen Theorie galt lange aus der starren Auslegung der Maxime „iura novit curia“ folgend, dass die Rechtsvorschriften im Prozess nicht bewiesen werden können. Eine Ausnahme bildeten aber schon in der ZPO von 1911 die ausländischen Rechtsvorschriften, das ausländische Gewohnheitsrecht und die örtlichen Regelungen³⁶. Die ZPO von 1952 hat nur die ausländischen Rechtsvorschriften als solche erwähnt, die in dem Prozess bewiesen werden sollen³⁷. In der Theorie ist es unumstritten, dass die Ermittlung ausländischen Rechts im Verfahren nicht mit dem Tatsachenbeweis gleichgestellt werden kann und das Scheitern der Ermittlung keine Beweislast begründet³⁸. Seit dem Inkrafttreten des Kodexes befinden sich die Bestimmungen über die Feststellung des Inhalts des ausländischen Rechts im IPR-Gesetz. Trotz der klaren Stellungnahme über die Anwendung und Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen wirft die geltende Regelung Fragen auf. Im Kodex mangelt es an einer eindeutigen Differenzierung zwischen der Anwendung und der Feststellung des Inhalts des ausländischen Rechts. Nach § 5. unterrichtet sich das Gericht oder eine andere Behörde über das ihm unbekannte ausländische Recht von Amts wegen; falls erforderlich holt es ein Fachgutachten ein und darf auch die von der Partei vorgelegten Beweise berücksichtigen. Auf Antrag gibt der für die Justiz zuständige Minister Auskunft über das ausländische Recht. Kann der Inhalt des ausländischen Rechts nicht ermittelt werden, soll als Ersatzrecht die lex fori angewandt werden. Die Praxis der Gerichte zeigt, dass das Inanspruchnahme der genannten Quellen unterschiedlich ausfällt. Einige Gerichte sind der Meinung, dass das von einer Partei eingereichte Beweismaterial über den Inhalt eines ausländischen Gesetzes nur dann berücksichtigt werden kann, wenn die Gegenpartei es nicht in Frage stellt. Andere Gerichte teilen diese Ansicht nicht. Es herrscht auch keine Einigkeit darüber ob das Ersuchen des Justizministers eine Pflicht oder nur eine Option darstellt³⁹. In der Regel wird nur das Justizministerium um Auskunft ersucht, die anderen Beweismittel werden nur spärlich eingesetzt. In der Gerichtspraxis scheitert die Ermittlung ausländischen Rechts oft daran, dass der Justizminister Mangels internationaler Abkommen von ausländischen Behörden keine Auskunft einholen kann. Falls aufgrund einer internationalen Verpflichtung die zuständigen Behörden des ausländischen Staates die gewünschte Auskunft erteilen, ist sie oft nur in ein einfaches Gesetzestext in einer dem Richter nicht zugänglichen fremden Sprache, die nicht einmal ins ungarische übersetzt wird. Die Theorie geht davon aus, dass zur Anwendung ausländischen Rechts der Text der ausländischen Rechtsnormen nicht genügt, man sollte auch die ausländische Gerichtspraxis genau kennen, um das ausländische Recht

³⁶ Gesetz Nr. I. 1911, § 268.

³⁷ Gesetz Nr. III. 1952, § 200.

³⁸ Die Ermittlung ausländischen Rechts stellt keinen Tatsachenbeweis dar, deswegen besteht auch keine Beweispflicht gemäss § 164 ZPO. Genauso im Konzept des neuen ZPO.

³⁹ Nach der Auffassung des Obersten Gerichtshofes sollte im wiederholten Verfahren der Inhalt des anzuwendenden deutschen Rechts in erster Linie durch das Ersuchen des Justizministers ermittelt werden (BH 2002.492).

so anwenden zu können, wie es im jeweiligen Forumstat angewandt wird⁴⁰. Zwar hat der Oberste Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahr 2002 zu recht betont, das bei der Feststellung des Inhalts des ausländischen Rechts umfassende und systemgerechte Kenntnisse über die ganze Rechtsmaterie unerlässlich sind, und die Anwendung von einzelnen aus, der Einheit herausgegriffenen Rechtsinstitutionen ungenügend ist⁴¹, in der Praxis können diese Voraussetzungen in den meisten Fällen nicht makellos erfüllt werden. In einer Studie zu den Vorbereitungsarbeiten des Konzepts wird erwogen, eine Vorschrift ins neue Gesetz aufzunehmen, die dem Gericht die Berücksichtigung der oben genannten Kriterien per Gesetz vorschreiben würde⁴². Eine solche Bestimmung kann nützlich sein, allein dadurch kann das Problem aber bestimmt nicht gelöst werden. Nicht nur Mängel von Informationen über den Inhalt und der Gerichtspraxis, sondern auch eine nicht hinnehmbare Verzögerung deren kann eine effiziente Anwendung ausländischen Rechts vereiteln. In manchen Fällen dauert das Einholen einer Auskunft so lange, dass dadurch das Verfahren – wenn überhaupt – nur mit einer erheblichen Verzögerung fortgesetzt werden kann. In einem konkreten Fall hat die Klägerin wegen einer 10-jährigen Verzögerung den Staat mit Erfolg in Strasbourg vor dem Europäischen Gerichtshof der Menschenrechte für Schadensersatz verklagt, weil die Ermittlung griechischen Rechts scheiterte⁴³. Deswegen möchte man im neuen Gesetz die Ermittlung ausländischen Rechts – etwa wie z. B. im österreichischen IPRG – zeitlich begrenzen, und nur binnen einer angemessenen Frist zulassen. Falls diese Frist ohne Erfolg abläuft, soll als Ersatzrecht das ungarische Recht angewandt werden⁴⁴. Die geplanten Veränderungen sind zwar sinnvoll, werden aber das Problem allein nicht lösen können. Man brauchte eine effizientere Mittel für die Ermittlung ausländischen Rechts, die aber durch das IPR-Gesetz nicht geschaffen werden kann. Ein anderes Problem welches ebenfalls nicht durch das IPR-Gesetz zu lösen ist, ist die Tragung der oft nicht geringen Kosten, die im Zusammenhang mit der Ermittlung ausländischen Rechts auftreten. Aus dem Grundsatz der Anwendung ausländischen Rechts von Amts wegen werden die Kosten in der Regel vom Staat gedeckt. Wird aber ein Gutachten auf Antrag einer Partei eingeholt, zählen die Kosten zu den Prozesskosten, über deren Tragung am Ende des Verfahrens entschieden wird. Wenn man eine grössere Aktivität der Prozessparteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts ein rechtspolitisches Ziel des Gesetzgebers ist, sollte man die Frage der Kostentragung in der neuen ZPO dementsprechend durchdenken.

László Burián – CSc, professor, Pázmány Péter Catholic University.

⁴⁰ Ferenc Mádl, Lajos Vékás, *Nemzetközi magánjog*, s. 137.

⁴¹ Oberster Gerichtshof Pf. III.25.783/2002/5.

⁴² Sarolta Szabó, *A külföldi jog alkalmazásának [tartalma megállapításának] problematikája (Die Problematik der Anwendung [Ermittlung des Inhalts] des ausländischen Rechts)*, Manuskript in ungarischer Sprache, Budapest 2015, s. 16.

⁴³ Urteil des EGMR vom 6. April 2004. Karalyos and Huber v. Hungary and Greece (75116/01).

⁴⁴ IPRG-Konzept Absatz 103.

PAWEŁ CZUBIK

LEGALIZACJA DOKUMENTÓW W USTAWIE Z 25.06.2015 R. – PRAWO KONSULARNE

1. WSTĘP

Nowa polska ustawa konsularna weszła w życie 1.11.2015 r.¹ Zmiana dotychczasowego stanu prawnego w zakresie prawa konsularnego i jej uchwalenie stanowiły konsekwencję wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28.10.2014 r., K 8/14², kwestionującego zgodność z ustawą zasadniczą przepisów dotyczących trybu postępowania przed konsulem³. Co prawda dotychczasowa ustawa⁴ jako całość nie wymagała zmiany (wystarczyło np. dodać do starej ustawy nowy rozdział z przepisami proceduralnymi, usuwając z porządku prawnego zarządzenie Ministra Spraw Zagranicznych z 4.11.1985 r. w sprawie szczególnego trybu postępowania przed konsulem⁵), jednakże Ministerstwo Spraw Zagranicznych, jako inicjator prac ustawodawczych, zdecydowało się na zmianę kompleksową. Przy okazji zmieniono wiele przepisów dotyczących również zakresu aktywności konsularnej, którym co prawda nie można było stawiać zarzutu niekonstytucyjności, jednakże inne ich ujęcie wskazane było z punktu widzenia praktyki, istniała także konieczność dostosowania się do wymogów stawianych w dyrektywach europejskich⁶, lub też zasadność zmiany stanowiła konsekwencję prostej reakcji na ewolucję niektórych funkcji konsularnych⁷. Kwestia potencjalnej zmiany dotychczas obowiązujących przepisów w zakresie legalizacji konsularnej dokumentów dokony-

¹ Ustawa z 25.06.2015 r. – Prawo konsularne (Dz.U. poz. 1274 ze zm.).

² Dz.U. poz. 1521.

³ Choć należy podkreślić, że prace nad nową ustawą konsularną trwały już w chwili wydawania wyroku przez Trybunał, natomiast z pewnością ogłoszenie wyroku przyspieszyło te prace (także w związku z terminami zakreślonymi w orzeczeniu).

⁴ Ustawa z 13.02.1984 r. o funkcjach konsułów Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2015 r. poz. 389 ze zm.).

⁵ M.P. Nr 35, poz. 233.

⁶ Przy okazji zapewniono implementację dyrektywy Rady (UE) 2015/637 z 20.04.2015 r. w sprawie środków koordynacji i współpracy mających ułatwić ochronę konsularną niereprezentowanych obywateli Unii w państwach trzecich oraz uchylającej decyzję 95/553/WE (Dz.Urz. UE L 106, s. 1).

⁷ Wiele funkcji konsularnych uległo samoczynnej eliminacji wskutek zmiany faktycznej i prawnej zakresu relacji pomiędzy państwami. Przykładowo ruch bezwizowy czy bezpaszportowy przyczynił się do eliminacji niektórych czynności administracyjnych. Liberalna ewolucja handlu zagranicznego spowodowała m.in. zanik szeregu czynności związanych z wystawianiem tzw. faktur konsularnych. Zob. L.T. Lee, J. Quigley, *Consular Law and Practice*, Oxford 2008, s. 338.

wanej przez konsulów RP mogła być podyktowana przede wszystkim potrzebami ich dostosowania do bieżącej praktyki konsularnej (która wskazywała szereg problemów wynikających z dotychczas stosowanych mechanizmów). W mniejszym stopniu mogła być postrzegana jako wyraz ewolucji funkcji konsularnych – fakt bowiem, że legalizacja dokumentów w obrocie prawnym stosowana jest rzadziej, niż choćby 20 lat temu, nie wynika z samoistnej ewolucji funkcji konsularnych w tym zakresie, lecz z masowego przystępowania państw do międzynarodowych traktatów eliminujących ją⁸ lub zastępujących⁹. Oczywiście stanowi to wyraz pewnych tendencji w zachowaniu państw, natomiast istota samych funkcji legalizacyjnych nie ulega zmianie – nadal są one stosowane w dotychczasowym kształcie w relacjach między państwami, które nie są związane liberalnymi postanowieniami traktatowymi.

2. ISTOTA LEGALIZACJI KONSULARNEJ W POLSKIM KODEKSIE POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

Legalizacja bądź uwierzytelnianie¹⁰ dokumentów w rozumieniu międzynarodowej procedury cywilnej stanowi czynność konsularną¹¹ zapewniającą zrównanie mocy dowodowej dokumentu zagranicznego z dokumentem krajowym. W przypadku polskim legalizacja konsularna wymagana jest rzadko – zgodnie z art. 1138 k.p.c.¹² zasadniczo zagraniczne dokumenty urzędowe mają moc dowodową równą dokumentom krajowym bez potrzeby legalizacji, jedynie zagraniczne dokumenty urzędowe dotyczące przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce oraz dokumenty, których autentyczności zaprzecza strona czynności, takiej mocy dowodowej z urzędu nie posiadają i tym samym podlegają legalizacji konsularnej. Ten drugi przypadek należy raczej do rzadkości, wymóg legalizacji w praktyce ograniczony jest więc do zagranicznych dokumentów urzędowych dotyczących przeniesienia własności nieruchomości. Ponadto liczne umowy dwustronne o pomocy prawnej, których stroną jest Polska, znoszą w pełni wymóg legalizacji, a Konwencja haska, której stroną Polska jest od 2005 r., zastępuje legalizację certyfikacją, tzw. klauzulami *apostille* wydawanymi przez organy państwa miejsca wystawienia dokumentu, niefunkcjonujące za-

⁸ Taki cel osiągany jest głównie przez zawieranie dwustronnych umów o pomocy prawnej. Popularność tego typu rozwiązań (dość spora jeszcze w latach 90. XX w.) istotnie spadła, co związane było także z rozpowszechnieniem konwencji wielostronnej, o której mowa w przypisie poniżej.

⁹ Przede wszystkim chodzi tu o Konwencję znoszącą wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych, sporządzoną w Hadze 5.10.1961 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 112, poz. 938); dalej: Konwencja haska. Obecnie wiąże ona 112 państw świata.

¹⁰ Pojęcia te są utożsamiane w polskiej praktyce i doktrynie (zob. E. Wierzbowski, *Międzynarodowy obrót prawny w sprawach cywilnych*, Warszawa 1971, s. 160), choć zauważyć należy, że Kodeks postępowania cywilnego posługuje się pojęciem „uwierzytelnienie dokumentu zagranicznego”, podczas gdy krajowe prawo konsularne (zarówno poprzednia, jak i nowa ustawa) posługuje się pojęciem „legalizacja”.

¹¹ Dokonywaną przez urzędników konsularnych lub przedstawicieli dyplomatycznych – w ramach funkcji konsularnych, które wykonywać mogą nie tylko konsulowie, lecz również dyplomaci.

¹² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.); dalej: k.p.c.

sadniczo¹³ w obrocie dyplomatyczno-konsularnym. W związku z coraz powszechniejszym uczestnictwem państw świata we wspomnianej Konwencji haskiej zastosowanie praktyczne legalizacji konsularnej spada – obecnie legalizacja konsularna w polskiej praktyce dotyczy zaledwie niewiele ponad 50 państw świata, z których najistotniejszymi są Kanada, Indonezja, Malezja, Zjednoczone Emiraty Arabskie, Arabia Saudyjska. Zanikanie legalizacji konsularnej nie powinno wiązać się jednak ze zmianami w treści art. 1138 k.p.c. – należy bowiem pamiętać, że przepis ten precyzuje również warunki użycia w prawie polskim dokumentów zagranicznych z państw stron Konwencji haskiej. Wymóg certyfikacji klauzulami *apostille*, zgodnie z art. 3 ust. 2 Konwencji haskiej, powinien być stawiany w takim zakresie, w jakim wymagana jest przez prawo państwa miejsca przeznaczenia dokumentu legalizacja konsularna w stosunku do dokumentów z państw niebędących stronami Konwencji. Artykuł 1138 k.p.c. określa więc również, *per analogiam* do wymogu legalizacji konsularnej, zakres zastosowania klauzul *apostille*. Przepis ten należy ocenić jako dobrze skonstruowany, sprawdzający się w praktyce¹⁴.

Praktyczne stosowanie legalizacji to już domena krajowej ustawy konsularnej. Dotychczasowe przepisy były stosunkowo lapidarne w tym zakresie, zmiana przepisów w nowej ustawie musiała uwzględniać sens legalizacji wynikający z art. 1138 k.p.c., tak aby nie wymuszać zmian w tymże przepisie w związku z przyjęciem nowego prawa konsularnego. Założony cel w tym zakresie osiągnięto.

3. LEGALIZACJA DOKUMENTÓW W USTAWIE Z 1984 R.

W starej ustawie konsularnej (art. 21 ustawy o funkcjach konsulów) legalizacji był poświęcony jeden, lapidarny w swojej treści, przepis, z którym związany był jednakże niemały zakres problemów praktycznych. Przepis ten miał treść: „Konsul legalizuje dokumenty urzędowe, sporządzone lub uwierzytelnione w państwie przyjmującym bądź w Rzeczypospolitej Polskiej”. Oznaczał on dwoistość aktywności konsula w zakresie uwierzytelniania dokumentów zagranicznych. Po pierwsze, konsul dokonywał czynności legalizacyjnych względem dokumentów zagranicznych, które miały być przedłożone w Rzeczypospolitej Polskiej. W tym zakresie konsul realizował dyspozycję

¹³ O pewnych nieprawidłowościach w zakresie wydawania klauzul *apostille* przez organy funkcjonujące w ramach służby konsularnej, charakteryzujących praktykę tzw. mikropaństw zob. P. Czubik, *Dyplomatyczny wystawca klauzul apostille. Egzotyczne rozwiązanie mikropaństw czy zapowiedź praktyki przyszłości?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2013/11, s. 43–50.

¹⁴ Brak jednakże w art. 1138 k.p.c. przepisu na wzór rozwiązania niemieckiego (por. § 438 niemieckiego kodeksu procedury cywilnej – *Zivilprozessordnung* ZPO), które skutkuje w praktyce możliwością uznania przez sąd niemiecki mocy dowodowej niezalegalizowanego dokumentu zagranicznego. *De lege ferenda* należałoby rozważyć wprowadzenie tego typu regulacji jako jednoznacznie korzystnej dla obywateli (niezależnie od rysujących się nieuchronnie sceptycznych wizji jego praktycznego wykorzystania – wobec tempa procedowania sądów krajowych). Zob. P. Jansen, *FGG – Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen und bundes- und landesrechtlichen Ergänzung- und Ausführungsvorschriften – Kommentar*, Berlin 1971, s. 21. Por. Ch. Armbrüster, D. Huhn, N. Preuß, T. Renner, H.-J. von Schuckmann, *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare: Kommentar*, Berlin 2009, s. 44.

art. 1138 zd. 2 i 3 k.p.c. Legalizacja dokonana przez konsula RP gwarantowała równą dokumentom polskim moc dowodową dokumentów zagranicznych, które mocy takiej nie posiadały na podstawie tegoż art. 1138 zd. 1 k.p.c.

Ponadto jednakże konsul dokonywał czynności legalizacyjnych odnoszących się do dokumentów polskich, przedkładanych mu do zalegalizowania przed ich użyciem na terytorium państwa przyjmującego¹⁵. Choć tego typu działanie legalizacyjne konsula ma tradycyjne konotacje i wręcz dowodzić można, że praktyka w tym zakresie jest równie wiekowa jak praktyka legalizacji dokonywanej wobec dokumentów zagranicznych¹⁶, nie była to w ostatnich dekadach praktyka przed polskim konsulem nazbyt częsta. Niemniej jednak, występując sporadycznie, była ona przedmiotem na tyle istotnych kontrowersji, że Ministerstwo Spraw Zagranicznych wskazało na konieczność usunięcia tej możliwości w przepisach nowej ustawy konsularnej.

Generalnie wobec rozwiązania tego, choć było ono rozwiązaniem bardzo trwałym¹⁷, podnoszono trzy kwestie. Po pierwsze, konsul w ramach tego typu czynności niejednokrotnie stykał się z dokumentami krajowymi, których autentyczności nie był w stanie prostymi środkami ustalić. W szczególności wskazywano na praktykę przedkładania do legalizacji starych dokumentów (np. aktów stanu cywilnego¹⁸ z okresu XX-lecia międzywojennego) celem ich wykorzystania podczas przeprowadzenia postępowań spadkowych za granicą. Weryfikacja tego typu dokumentów była wyjątkowo trudna, o ile nie niemożliwa.

Po drugie, zasadne było podnoszenie kwestii, jaki rodzaj klauzul legalizacyjnych w niektórych tego typu przypadkach powinien zastosować konsul. Dotychczas w praktyce, w razie niemożności poświadczenia autentyczności podpisu i pieczęci wystawcy (w razie braku w ogóle takowego na niektórych dokumentach historycznych czy papierach wartościowych lub braku możliwości dokonania ustaleń w tym względzie), przy jednoczesnej pewności co do wystawienia dokumentu jako niesfałszowanego w Polsce,

¹⁵ Zob. S. Rudnicki, *Komentarz do ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Warszawa 1996, s. 117; także E. Wierzbowski, *Międzynarodowy*, s. 163.

¹⁶ Zob. H. Oberneck, L. Sternberg, *Legalisation, Freizügigkeit vollstreckbarer Urkunden, Konsularisches Notariat*, Berlin 1927, s. 41–42; także: G. Neumann, *Kommentarzu den Zivilprozeßgesetzen vom 1. August 1895*, Wien 1907, s. 980; E. Bourgnon, *La légalisation des signatures en droit suisse et international*, „Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier” 1987/68(2), s. 77–78; odmiennie, krytycznie na temat tej legalizacji, por. G. Biscottini, *L'efficacité des actes administratifs étrangers*, „Recueil des cours Académie de droit international” 1961/104(III), s. 666.

¹⁷ O ile ustawa o funkcjach konsułów podlegała w ciągu ponad 30 lat jej obowiązywania licznym zmianom, o tyle do art. 21 nigdy nie wprowadzono jakichkolwiek zmian (poza oczywistą zmianą nazwy państwa z PRL na RP).

¹⁸ Jeśli państwo przyjmujące nie było stroną Konwencji nr 17 w sprawie zwolnienia od legalizacji niektórych aktów i dokumentów, sporządzonej w Atenach 15.09.1977 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 148, poz. 1446; dalej: Konwencja ateńska), i wymagało legalizacji tego typu dokumentów. Wydaje się natomiast, że dokumenty wydane w państwie-stronie Konwencji ateńskiej, zanim przystąpiło ono do tej umowy, objęte są zakresem zastosowania Konwencji i nie wymagają legalizacji dla swojej skuteczności. Konwencja nie ma bowiem reguł intertemporalnych, które rozgraniczałyby jej zakres zastosowania w zależności od daty powstania aktu stanu cywilnego – w efekcie od chwili wejścia w życie tej Konwencji wobec danego państwa dokumenty pochodzące z tego państwa, a wchodzące w jej zakres zastosowania, niezależnie od daty ich powstania, objęte są zakresem ułażeń traktatowych.

konsul, dokonując legalizacji dla potrzeb użycia dokumentu w państwie obcym, posługiwał się klauzulą „zgodności dokumentu z prawem miejsca wystawienia”, wobec której to treści klauzuli wskazywać można było niepoprawność logiczną¹⁹. Jednocześnie w przepisie art. 21 ustawy o funkcjach konsułów nie określono treści klauzuli legalizacyjnej, co wiodło do zaskakujących konkluzji. W praktyce wykorzystywano bowiem klauzule odnoszące się nie tylko do „poświadczania autentyczności podpisu i pieczęci wystawcy dokumentu”, lecz również do „zgodności dokumentu z prawem miejsca wystawienia”. Nastąpiło to w szczególności we wspomnianej wyżej sytuacji, gdy konsul miał trudności z ustaleniem autentyczności podpisu i pieczęci wystawcy dokumentu głównego, a w związku z faktem, że powołanie na takową okoliczność było po prostu dla konsula wygodne (i nie rodziło obowiązku czasochłonnych ustaleń w kraju), stanowiło to podstawową formułę wykorzystywaną w przypadku tego trybu legalizacji. Swoistym paradoksem było, że przy okazji również do obcej przestrzeni prawnej kierowano formułę niemającą żadnego umocowania w polskim prawie, o specyficznym pochodzeniu²⁰ i wątpliwej wartości logicznej stosowanego zwrotu²¹.

Po trzecie, wskazywano kwestię odpowiedzialności Skarbu Państwa w obliczu faktu, iż konsul polski, dokonując czynności względem dokumentów polskich, mających być przedłożonymi za granicą, nie mógł zagwarantować skuteczności dokonanej czynności, strona zaś mogła powziąć mylne przekonanie o jej skuteczności (podczas gdy państwo przyjmujące nie uznawało skutków tego typu czynności legalizacyjnych w zakresie mocy dowodowej dokumentu polskiego za granicą, wymagając legalizacji przez własnego konsula akredytowanego w RP).

Argumentacja ta nie do końca zyskała uznanie ze strony posłów uczestniczących w pracach kodyfikacyjnych podkomisji, o czym mowa będzie dalej. Trzeba bowiem zauważyć jej pozytywne strony. Przede wszystkim należy podkreślić, że potencjalny zakres tego typu legalizacji jest o wiele szerszy niż zakres standardowego trybu (odnoszącego się do dokumentów obcych przeznaczonych do użytku w Polsce). *Notabene* Konwencja haska zastępuje klauzulami *apostille* legalizację konsularną jedynie w tym

¹⁹ W obecnie obowiązującym stanie prawnym na takie przypadki będą natrafiać urzędnicy MSZ (następnie zaś dokumenty będą kierowane do legalizacji przed właściwym konsulem państwa miejsca przeznaczenia dokumentu akredytowanym w Polsce). Wydaje się to o tyle rozwiązaniem pozytywnym, że po pierwsze jest im łatwiej przeprowadzić tego typu badania (co do autentyczności dokumentu) niż np. konsulom RP za granicą, po drugie zaś zastosowano zgodnie z pismem MSZ z 27.10.2015 r., o którym mowa jest dalej w tekście, o wiele bezpieczniejszą klauzulę prelegalizacyjną o treści „MSZ uwierzytelnia niniejszy dokument urzędowy”, która pozwala upewnić się obcemu konsulowi legalizującemu dokument i organom państwa obcego, w którym ma być on użyty, co do jego autentyczności, bez wnikania w szczegóły dotyczące jego wystawcy.

²⁰ Klauzula ta miała swój rodowód w przepisach prawa rosyjskiego datowanych na lata 60. XIX w. (stworzonych na podstawie Kodeksu Napoleona i stanowiących deformację jego postanowień odnoszących się do formy czynności i mocy dowodowej dokumentu). Por. P. Czubik, *Geneza poświadczenia zgodności dokumentu z prawem miejsca wystawienia* [w:] A. Dańko-Roesler, A. Oleszko, R. Pastuszko (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*, Warszawa 2014, s. 92–100.

²¹ „Zgodność dokumentu z prawem miejsca wystawienia” stanowiła swoisty oksymoron – dokument nie może być bowiem zgodny z prawem (zgodna z prawem jest natomiast czynność odzwierciedlona w jego treści), wątpliwe jest też to, czym jest prawo miejsca wystawienia i na ile może być rozumiane jako prawo miejsca dokonania czynności.

standardowym trybie (dokonywaną przez konsula państwa przeznaczenia dokumentu akredytowanego w państwie pochodzenia dokumentu). Nie ma natomiast żadnego wpływu na legalizację dokonywaną przez konsula państwa pochodzenia dokumentu akredytowanego w państwie przeznaczenia dokumentu. Dokumenty z Polski, które trafiają więc do państw-stron Konwencji haskiej, pozbawione wymaganych przez ich przepisy klauzul *apostille*, mogły więc niekiedy, w stanie prawnym wynikającym z ustawy o funkcjach konsułów, uzyskać legalizację konsularną.

Łatwo wyobrazić sobie przy tym przypadek, gdy brak możliwości prawnej (identyczny z obecnie wprowadzanym nową ustawą) zalegalizowania niektórych dokumentów przez konsula państwa obywatelstwa na potrzeby ich użycia w państwie przyjmującym (przy niesprzeciwianiu się tego państwa co do skuteczności takiego trybu legalizacji) może wyeliminować je z grupy dowodów procesowych i pogorszyć sytuację prawną obywatela za granicą. Można zakładać, że prędzej czy później do takiej sytuacji dojdzie – również w przypadku obywateli polskich w krajach egzotycznych (co może mieć szczególnie dotkliwe negatywne konsekwencje²²).

Niemniej jednak przyczyny, o których mowa była powyżej, przy odrzuceniu argumentacji przeciwnej, przyczyniły się do przyjęcia założeń kodyfikatorów co do konieczności eliminacji jednego zakresu czynności uwierzytelniających. Jednocześnie zdecydowano się na wprowadzenie zasadniczej treści klauzuli legalizacyjnej (przy pozostawieniu jednakże swoistej furtki – pozwalającej nadać klauzuli odmienną treść²³) – oznaczało to zerwanie z dotychczasową konstrukcją klauzul, opierającą się w praktyce (a bez podstawy ustawowej) na sformułowaniu o „zgodności dokumentu z prawem miejsca wystawienia”.

4. PRZEPISY DOTYCZĄCE LEGALIZACJI DOKUMENTÓW W CZASIE PRAC NAD NOWĄ USTAWĄ KONSULARNĄ

We wstępnej fazie projektowej próbowano umiejscowić w ustawie konsularnej bezpośrednie odwołania do umów międzynarodowych derogujących ten wymóg²⁴,

²² Patrz przypis 40.

²³ W przepisie zastosowano przy określeniu zakresu przedmiotowego poświadczenia uwierzytelniającego określenie „w szczególności”, które może oznaczać, że konsul może w razie konieczności przyjąć inną treść klauzuli legalizacyjnej (i w praktyce takie możliwości się pojawiły – o czym mowa dalej w tekście).

²⁴ Proponowano następujące rozwiązanie normatywne: „Konsul legalizuje dokumenty urzędowe, sporządzone lub uwierzytelnione w państwie przyjmującym, o ile postanowienia umów międzynarodowych nie stanowią inaczej”. Takie rozwiązanie przewidziano w projekcie z 5.02.2014 r. skierowanym do uzgodnień międzyresortowych (ówczesny art. 26 projektu). Co więcej, ostał się on w takiej wersji również po głównej fazie uzgodnień międzyresortowych i publicznych (projekt z 13.06.2014 r. – art. 25). Zwrot „o ile postanowienia umów międzynarodowych nie stanowią inaczej” zniknął następnie z projektu w efekcie dalszych prac i uzgodnień resortowych (art. 26 z projektu z 18.12.2014 r. brzmiał: „Konsul legalizuje dokumenty urzędowe, sporządzone lub uwierzytelnione w państwie przyjmującym”). Wreszcie w projekcie przedstawionym przez dr. hab. Artura Nowaka-Fara, Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, do rozpatrzenia Stałemu Komitetowi Rady Ministrów w dniu 12.01.2015 r. dopisano do treści art. 26 również ust. 2 zawierający definicję legalizacji. Okazało się to ostateczną wersją omawianego przepisu.

co jednak, po pierwsze, stanowiło podkreślenie oczywistości, po drugie – nie miało większego sensu, a wręcz wprowadzałoby nieporządek legislacyjny, tworzyłoby bowiem – zbyteczne na poziomie ustawowym – powtórzenie materii konstytucyjnej.

Natomiast wpływ międzynarodowych traktatów odnoszących się do legalizacji jest ewidentnie widoczny w definicji klauzuli legalizacyjnej przyjętej w nowej ustawie. Wręcz identyczna definicja charakteryzuje zarówno wspomnianą Konwencję haską²⁵, jak też Konwencję Rady Europy²⁶ czy też Konwencję Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego²⁷. Rozwiązanie to należy ocenić wysoko, w ten sposób jednoznacznie określono czynność legalizacyjną w prawie polskim jako czynność wywołującą skutki w zakresie postępowania dowodowego, bez możliwości przypisywania jej innych skutków.

Drobna różnica między treścią definicji legalizacji z art. 32 ustawy z 25.06.2015 r. – Prawo konsularne a treścią definicji wielostronnych traktatów międzynarodowych dotyczących tej materii dotyczyła określenia nie tylko osoby „podpisującej dokument”, lecz również „dokonującej jego uwierzytelnienia”. Stanowi to naturalne rozszerzenie zakresu, wynikające z istnienia tzw. łańcuszków legalizacyjnych i nakładających się na nie poświadczeń prelegalizacyjnych (poprzedzających legalizację konsularną). Istotą traktatów wielostronnych jest eliminacja nie tylko samej legalizacji, lecz także poprzedzających ją poświadczeń (Konwencja haska przewiduje np., że klauzula *apostille* będzie jedynym poświadczeniem na dokumencie, następującym po dokumencie głównym²⁸). Legalizacja konsularna często bazuje natomiast na dokonanych uprzednio czynnościach uwierzytelniających. Jedynie w państwach bardzo małych konsulowie dysponują wzorami wszystkich działających w jego okręgu funkcjonariuszy państwowych, mogących wystawiać dokumenty skutkujące za granicą, wobec których istnieje potrzeba ich poświadczania konsularnymi klauzulami legalizacyjnymi wystawianymi przez konsula państwa przeznaczenia dokumentu. Zasadniczo konsul ten posiada wzór pieczęci jedynie urzędnika MSZ państwa pochodzenia dokumentu, w którym został akredytowany. W efekcie, legalizując dokument, poświadcza jedynie podpis, pieczęć, charakter działania tego urzędnika. Od pieczęci i podpisu wystawcy dokumentu dzieli tę klauzulę często niemały łańcuszek klauzul poprzedzających²⁹ (niewystępujących w przypadku np. stosowania klauzul *apostille*). Stąd też modyfikację haskiej definicji legalizacyjnej w kontekście legalizacji konsularnej należy uznać za zasadną.

²⁵ Zob. art. 2 Konwencji haskiej.

²⁶ Zob. art. 1 Europejskiej Konwencji o zniesieniu wymogu legalizacji dokumentów sporządzonych przez przedstawicieli dyplomatycznych lub urzędników konsularnych, sporządzonej w Londynie 7.06.1968 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 76, poz. 381).

²⁷ Zob. art. 1 Konwencji ateńskiej.

²⁸ Zob. W.C. Harvey, *The United States and the Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents*, „Harvard International Law Journal” 1970/11, s. 487. Abstrahować w tym miejscu należy od tego, czy Rzeczpospolita Polska, wobec zachowania poświadczeń poprzedzających uwierzytelnienie dokumentu klauzulą *apostille*, prawidłowo implementowała postanowienia Konwencji haskiej.

²⁹ Wyraźnie widać to na przykładzie dokumentów polskich przeznaczonych do użycia za granicą, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 28.01.2002 r. w sprawie szczegółowych czynności sądów w sprawach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego oraz karnego w stosunkach międzynarodowych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1657).

Przepis art. 32 ust. 2 ustawy z 25.06.2015 r. – Prawo konsularne, zawierający definicję legalizacji, uzyskał ostateczne brzmienie: „Wykonując czynność, o której mowa w ust. 1, konsul w szczególności może poświadczyć autentyczność podpisu i charakter, w jakim działała osoba podpisująca dokument urzędowy lub dokonująca jego uwierzytelnienia, oraz tożsamość pieczęci albo stempla, którym jest opatrzony ten dokument”. W toku procesu prac sejmowych nad ustawą przepis ten nie uległ, w stosunku do projektu przekazanego do Sejmu, jakimkolwiek zmianom, nie były one także sugerowane przez jakiekolwiek podmioty uprawnione do kierowania poprawek. W toku prac legislacyjnych w podkomisji podkreślano pełną zasadność zmiany, krytykując poprawność dotychczas stosowanej formuły.

Więcej kontrowersji budził przepis ograniczający czynności legalizacyjne konsula jedynie do czynności względem dokumentów wystawionych w państwie przyjmującym, przeznaczonych do użycia w Polsce. Tym samym wyeliminowano czynności takie względem dokumentów polskich przeznaczonych do użycia w państwie przyjmującym. Argumenty „za” i „przeciw”, w odniesieniu do rozwiązania stosowanego w świetle ustawy z 1984 r. i eliminowanego w świetle przepisów nowej ustawy, przedstawiono w pkt 3. Należy w tym miejscu wskazać, że jeden z najbardziej istotnych argumentów wysuwanych przeciwko dotychczas stosowanemu rozwiązaniu dotyczył potencjalnej nieskuteczności działań konsula. Wobec powyższego piszący niniejsze słowa (pozostając zwolennikiem zachowania dotychczasowego zakresu czynności legalizacyjnych³⁰) zasugerował w opinii przedstawionej na posiedzeniu Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy – Prawo konsularne (powołanej w ramach sejmowej Komisji Spraw Zagranicznych), zamówionej na zlecenie Biura Analiz Sejmowych (sporządzonej 25.05.2015 r.³¹), następującą treść tego przepisu: „Konsul legalizuje dokumenty urzędowe sporządzone lub uwierzytelnione w Rzeczypospolitej Polskiej po pouczeniu strony, iż o mocy dowodowej takich dokumentów rozstrzygnie prawo państwa, w którym dokumenty te będą użyte”³². W uchwale Krajowej Rady Notarialnej z 9.05.2015 r.³³, również przedstawionej do informacji posłów – członków podkomisji, wskazano zasadność powrotu w tym zakresie do rozwiązania stosowanego w art. 21 ustawy o funkcjach konsulów z 1984 r. i nieuszczipiania zakresu funkcji konsularnych. Również poseł Małgorzata Gosiewska (Klub Poselski Prawo i Sprawiedliwość) zasugerowała poprawkę stanowiącą w omawianym zakresie pełny powrót do rozwiązania z art. 21 ustawy o funkcjach konsulów. Niestety, inicjator projektu nie zarekomendował przyjęcia zmian wskazanych we wspomnianej opinii Biura Analiz Sejmowych oraz uchwale Krajowej Rady Notarialnej, a ówczesna koalicyjna większość w podkomisji odrzuciła, wspomnianą powyżej, sugerowaną poselską poprawkę do pro-

³⁰ Autor uczestniczył w posiedzeniach tej Podkomisji w podwójnym charakterze: członka Krajowej Rady Notarialnej oraz eksperta z ramienia Biura Analiz Sejmowych.

³¹ Opinia dostępna na stronie: <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3290> (dostęp: 28.01.2017).

³² Rozwiązanie to pozwalałoby zachować dotychczasowy zakres czynności uwierzytelniających konsula – przy jednoznacznym wskazaniu dotyczącym skuteczności tej czynności. Przy takim rozwiązaniu dokonanie przez konsula nieskutecznej czynności w tym zakresie nie generowałoby odpowiedzialności Skarbu Państwa.

³³ Uchwała KRN nr IX/18/2015 (posiedzenie w dniu 9.05.2015 r.).

jektu. Również na posiedzeniu plenarnym podczas II czytania ustawy poseł Mariusz Błaszczak (Klub Poselski Prawo i Sprawiedliwość) zgłosił poprawkę identyczną w swej treści jak poprawka zgłoszona na posiedzeniu podkomisji przez poseł Małgorzatę Gośkiewską³⁴. Została ona odrzucona³⁵. Senat przyjął ustawę bez jakichkolwiek poprawek w dniu 22.07.2015 r.

Tym samym od chwili wejścia projektu Prawa konsularnego do Sejmu do chwili podpisania ustawy przez Prezydenta (5.08.2015 r.) przepis art. 32 ust. 1 o treści: „Konsul legalizuje dokumenty urzędowe sporządzone lub uwierzytelnione w państwie przyjmującym” nie uległ jakimkolwiek zmianom³⁶.

5. KONSEKWENCJE PRZYJĘCIA NOWYCH ROZWIĄZAŃ DOTYCZĄCYCH LEGALIZACJI

Parę dni przed wejściem w życie nowej ustawy Ministerstwo Spraw Zagranicznych, przewidując zapewne problemy, jakie może spowodować w praktyce notarialnej i sądowej zastąpienie dotychczasowej treści klauzul legalizacyjnych (związanego z nią „domniemania o zgodności dokumentu z prawem miejsca wystawienia”) nową treścią, wystosowało pismo (nr DK.3132.12465.2015/1 z 27.10.2015 r.), skierowane do wszystkich ministerstw, Krajowej Izby Gospodarczej, Krajowej Rady Notarialnej, Krajowej Rady Radców Prawnych, Naczelnej Rady Adwokackiej oraz Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych.

Na wstępie podkreślono „nowatorskość i odmienność” dokonywania czynności legalizacyjnych przez polskich konsulów w warunkach obowiązywania nowej ustawy konsularnej. Wskazano, iż konsekwencją wprowadzenia definicji legalizacji w art. 32 ust. 2 ustawy będzie stosowanie głównie klauzuli legalizacyjnej określonej jako „legalizacja pełna”. Oznaczać ona będzie poświadczenie podpisu, pieczęci oraz określenie organu, który dokument wydał lub uwierzytelił (charakteru działania osoby urzędowej). Jednoznacznie stwierdzono, że w treści stampili legalizacyjnej od 1.11.2015 r. nie będzie pojawiać się sformułowanie dotyczące „zgodności z prawem miejsca wystawienia”, które określone zostało jako: „nieprecyzyjne sformułowanie (...) oznaczające właśnie, iż dokument został sporządzony lub uwierzytelniony przez właściwy organ, upoważniony do dokonania tej czynności przez przepisy miejscowego prawa”. Podkreślono, że

³⁴ Komisja Spraw Zagranicznych zasugerowała w dniu 24.06.2015 r. odrzucenie poprawki, VII kadencja, druk sejm. nr 3549-A, zob. <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/8058BFC279-DA4B27C1257E6E00528DBF/%24File/3549-A.pdf> (dostęp: 28.01.2017). Ustawa została przegłosowana w Sejmie po trzecim czytaniu w dniu 25.06.2015 r. (podczas głosowania obecnych było 431 posłów, „za” głosowało 430, „przeciw” – jedynie 1 poseł niezrzeszony Przemysław Wipler).

³⁵ Podobnie odrzucono, zgłaszane odpowiednio w Podkomisji, poprawki poseł Małgorzaty Gośkiewskiej (na forum plenarnym zaś posła Mariusza Błaszczaka), które polegały na skreśleniu art. 134 i 135 – dotyczących czynności notarialnych konsulów honorowych. Zob. P. Czubik, *Czynności legalizacyjne i notarialne konsula w świetle nowej polskiej ustawy konsularnej – uwagi porównawcze na marginesie procesu legislacyjnego* [w:] W. Burek, P. Czubik (red.), *Polskie prawo konsularne w okresie zmian*, Warszawa 2015, s. 92–96.

³⁶ Oczywiście poza zmianami numeracji artykułu wynikającymi ze zmiany ujęcia i materii pozostałych przepisów Prawa konsularnego w toku prac sejmowych.

z klauzulą tą nie można było wiązać żadnych innych faktów poza tymi, które wynikać będą z treści nowej klauzuli. Tym samym uznano, że określenie charakteru działania osoby urzędowej w pełni zastąpi dotychczas stosowaną formułę zgodności z prawem miejsca wystawienia. Do pisma załączono wzory stampili legalizacyjnych oraz wzory podpisów osób uprawnionych do dokonywania czynności legalizacyjnych w Ministerstwie Spraw Zagranicznych. Wzory te nie mają większego znaczenia z perspektywy praktyki notarialnej – odnoszą się bowiem do dokumentów polskich kierowanych za granicę (a wcześniej przedkładanych do legalizacji konsularnej w konsulacie państwa obcego w Polsce). Stanowią one jednak model dla zbliżonych konstrukcji stosowanych przez konsulaty RP za granicą. Wśród załączonych stampili wskazano również formułę uproszczoną (składającą się wyłącznie z określenia: „Ministerstwo Spraw Zagranicznych uwierzytnia niniejszy dokument urzędowy”, prawdopodobnie zbliżona formuła zastąpi klauzulę „zgodności z prawem miejsca wystawienia”, dotychczas stosowaną także dla uwierzytelnienia niewątpliwie autentycznych dokumentów, w przypadku których nie można było (z różnych względów) poświadczyć pieczęci czy podpisu wystawcy³⁷.

Tym samym klauzule polegające w szczególności na poświadczeniu autentyczności podpisu, tożsamości pieczęci lub stempla i charakteru, w jakim działała osoba podpisująca dokument urzędowy lub dokonująca jego uwierzytelnienia, Ministerstwo Spraw Zagranicznych przedstawiło jako wystarczające dla uczynienia zadość wymogom artykułu 1138 k.p.c.

6. PODSUMOWANIE

W efekcie prac legislacyjnych nad nową polską regulacją konsularną przepisom dotyczącym uwierzytelnienia dokumentów nadano nowe, patrząc z perspektywy dotychczasowego kształtu przepisów, oryginalne brzmienie. Wyeliminowano ostatecznie z praktyki legalizacyjnej stosowanie klauzuli poświadczającej zgodność dokumentu zagranicznego z prawem miejsca wystawienia. Rozwiązanie to przyczyniło się do wielu problemów i deformacji (także w zakresie praktyki orzeczniczej sądów³⁸). Definicja legalizacji, którą zawarto w nowej ustawie – pierwsza *nota bene* definicja legalizacji w historii prawa polskiego – ograniczyła zakres zastosowania tej czynności do rzeczywistego jej sensu wynikającego z art. 1138 k.p.c. (czynności odnoszącej się do mocy dowodowej dokumentów). Wraz z wejściem w życie nowej ustawy konsularnej odeszła tym samym do przeszłości nie do końca logiczna, pozbawiona w odniesieniu do swojej treści podstaw normatywnych i mająca konotacje historyczne w prawie obcym, klauzula poświadczenia „zgodności dokumentu z prawem miejsca wystawienia”.

³⁷ Przykładowo niektórych dokumentów dotychczas legalizowanych w trybie zniesionym nową ustawą. W tym przypadku uwierzytelnienia we wspomniany sposób dokona obecnie Ministerstwo Spraw Zagranicznych RP, wymagana zaś klauzulę legalizacyjną na dokumencie umieści konsul państwa przeznaczenia dokumentu akredytowany w Polsce.

³⁸ Sądy (w tym przede wszystkim sądy wieczystoksięgowe) przypisywały klauzuli legalizacyjnej skutki w zakresie formy czynności (tymczasem konsul zgodności czynności odzwierciedlonej w treści dokumentu z prawem *loci actus* ani z punktu widzenia prawa badać nie mógł, ani z punktu widzenia praktyki nie badał). W tę błędną retorykę wpisał się także Sąd Najwyższy (zob. uchwałę SN z 13.04.2007 r., III CZP 21/07, OSNC 2008/3, poz. 34).

Bardziej krótkowzroczne wydaje się natomiast istotne ograniczenie zakresu czynności legalizacyjnych stosowanych przez polskich konsulów. Zniesiono bowiem możliwość legalizacji przez nich dokumentów polskich przeznaczonych do użycia za granicą. Rzeczywista przyczyna takiego stanu rzeczy leżała w trudnościach, których przezwyciężenie, jak się wydaje, mogło się odbywać bez drastycznego ograniczenia kompetencji urzędników konsularnych³⁹. Zastosowane obecnie ujęcie zakresu legalizacji uniemożliwi dokonywanie czynności legalizacyjnych w sytuacjach losowych, gdy zwrotne przeniesienie dokumentu krajowego do polskiej przestrzeni prawnej, by dokonać legalizacji przed obcym konsulem akredytowanym w Polsce, będzie niemożliwe. Może przyczynić się to w szczególnych sytuacjach, poprzez pozbawienie dostępu do środków dowodowych, do obniżenia poziomu ochrony prawnej obywatela Rzeczypospolitej Polskiej za granicą⁴⁰.

Paweł Czubik – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Poglądy autora wyrażone w niniejszym tekście nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem jakiegokolwiek instytucji.

³⁹ Konsulowie podnosili trudności z ustaleniem autentyczności przedkładanych im do zalegalizowania dokumentów polskich, co mogło stanowić argument przed trzydziestu laty, jednak dziś, w dobie internetu i powszechnej dostępności sieci telefonicznej, mogło być odbierane jedynie jako przejaw oczekiwań co do ograniczania własnych obowiązków, niekojarzony bynajmniej z pracowitością.

⁴⁰ Można wyobrazić sobie sytuację, gdy przeniesie się analizę w przestrzeń prawa karnego (jeżeli państwo przyjmujące wymaga np. legalizacji konsularnej również dokumentów zagranicznych w procesie karnym), w której obrońca obywatela polskiego w toku procesu karnego nie może posłużyć się dokumentami polskimi (np. dotyczącymi stanu zdrowotnego, niepoczytalności oskarżonego itp.), których przedłożenie w procesie mogłoby zapewnić np. łagodniejsze karanie, ponieważ dokumenty te (wobec których nie uzyskano w Polsce klauzuli legalizacyjnej konsula państwa miejsca ich przeznaczenia) nie mogą zostać, w obecnie obowiązującym stanie prawnym, zalegalizowane przez konsula polskiego w tymże państwie obcym (mimo że przykładowo państwo to pozwala wiązać z tego typu legalizacją skutki prawne). Jedyne rozwiązanie w takiej sytuacji to odesłanie dokumentów do Polski, aby uzyskać tam klauzulę legalizacyjną obcego konsula (lub krajową klauzulę *apostille*), co może się jednak wiązać ze stratą cennego procesowo czasu.

BOGUSŁAWA GNELA

GENEZA ART. 30 USTAWY Z 4.02.2011 R. – PRAWO PRYWATNE MIĘDZYNARODOWE

Normy wskazujące prawo właściwe dla zobowiązań umownych, zawarte w art. 7–10 ustawy z 2.08.1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych¹, a następnie w art. 25–29 ustawy z 12.11.1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe² nie realizowały kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta. Gdy jednak na gruncie europejskim pojawiły się tendencje w zakresie tego rodzaju ochrony, w literaturze zaproponowano, aby najpierw wzmocnić ochronę konsumenta w polskim prawie materialnym, a następnie zastanowić się nad uregulowaniem jego ochrony w prawie kolizyjnym³. Rzeczywiście, pojęcie „konsument” pojawiło się w aktach normatywnych polskiego prawa cywilnego dopiero w latach 90. XX w., chociaż w literaturze, orzecznictwie oraz w aktach pozakodeksowych idea ochrony słabszej strony umowy znana była wcześniej⁴. O konieczności wprowadzenia do polskiego systemu prawnego kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta wypowiediano się już w związku z zamysłem reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego⁵ lub w związku z procesem dostosowania prawa polskiego do treści postanowień unijnych dyrektyw konsumenckich⁶.

Wobec ustawicznych zmian w prawie unijnym (dawniej wspólnotowym) jego dyrektywy konsumenckie⁷ zawierają lub zawierały, albo nie zawierają bądź nie zawierały,

¹ Dz.U. Nr 101, poz. 581 ze zm.; dalej: p.p.m. z 1926 r.

² Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm.; dalej: p.p.m. z 1965 r.

³ W. Popiołek, *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym* [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar, Kraków 1994, s. 351.

⁴ B. Gnela, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 129 i n.

⁵ M. Pazdan, *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*, PiP 1999/3, s. 22; M. Pazdan, *O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach*, KPP 2000/3, s. 504; M. Jagielska, *Ochrona konsumenta jako zagadnienie kodyfikacyjne w prawie prywatnym międzynarodowym*, KPP 2000/3, 639 i n.; A. Kozakiewicz, W. Kurowski, *Co dalej z kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce?*, KPP 2003/4, s. 931–932; J. Gołaczyński, *Kolizyjne aspekty umów zawieranych z udziałem konsumentów*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 2617, Prawo, Wrocław 2004, s. 60.

⁶ Np. P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej*, cz. 1, Rej. 2002/7, s. 119–121; P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej*, cz. 2, Rej. 2002/9, s. 59 i n.

⁷ Umowy konsumenckie regulowały lub regulują: dyrektywa Rady 85/577/EWG z 20.12.1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębior-

nakazu kolizyjnej ochrony konsumenta. Przed podjęciem prac nad nowym Prawem prywatnym międzynarodowym, a więc w czasie obowiązywania p.p.m. z 1965 r., nakaz kolizyjnej ochrony przewidywały dotyczące umów konsumenckich: art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13/EWG (nieuczciwe klauzule), art. 9 dyrektywy 94/47/WE (timeshare), art. 12 ust. 2 dyrektywy 97/7/WE (umowy na odległość), art. 7 ust. 2 dyrektywy 99/44/WE (sprzedaż konsumencka) oraz art. 12 dyrektywy 2002/65/WE (usługi finansowe na odległość). Według jednego stanowiska nakaz taki zawierał także art. 14 dyrektywy 87/100/EWG⁸, według innego poglądu ta dyrektywa nie zawierała wyraźnego nakazu kolizyjnego, ale można było przyjąć jego istnienie na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości⁹ (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Warto nadmienić, że wyraźnego nakazu kolizyjnej ochrony konsumenta nie zawierały: dyrektywa 85/577/EWG (umowy zawarte poza lokalem przedsiębiorstwa), dyrektywa 90/314/EWG (umowy o usługi turystyczne) oraz dyrektywa 85/374/EWG dotycząca odpowiedzialności za produkt¹⁰, zaliczana także do dyrektyw konsumenckich.

stwa (Dz.Urz. WE L 372, s. 31 ze zm.) (harmonizacja minimalna); dyrektywa Rady 87/102/EWG z 22.12.1986 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących kredytu konsumenckiego (Dz.Urz. WE L 42, s. 48); dyrektywa Rady 90/314/EWG z 13.06.1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz.Urz. WE L 158, s. 59) (harmonizacja minimalna); dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE L 95, s. 29) (harmonizacja minimalna); dyrektywa 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20.05.1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (Dz.Urz. UE L 144, s. 19 ze zm.) (harmonizacja minimalna); dyrektywa 99/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.05.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. WE L 171, s. 12 ze zm.) (harmonizacja minimalna); dyrektywa 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.09.2002 r. dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniająca dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE (Dz.Urz. UE L 271, s. 16 ze zm.) (harmonizacja pełna); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z 23.04.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.Urz. UE L 133, s. 66) (harmonizacja pełna); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z 14.01.2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.Urz. UE L 33, s. 10) (harmonizacja pełna).

Dyrektywy 85/577/EWG i 97/7/WE zostały uchylone przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającą dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.Urz. UE L 304, s. 64) (harmonizacja pełna). Natomiast dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z 25.11.2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych (Dz.Urz. UE L 326, s. 1) (harmonizacja pełna) stanowi, że dyrektywa 90/314/EWG traci moc ze skutkiem od dnia 1.07.2018 r.

⁸ B. Gneta, *Uwagi o sposobie realizacji w polskim prawie koncepcji kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta*, PPPM 2009/4, s. 51, s. 56–57.

⁹ M. Wojewoda, *Artykuł 30 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe – jego geneza i rola w systemie kolizyjnej ochrony konsumenta*, KPP 2012/3, s. 695–696.

¹⁰ Dyrektywa 85/374/EWG z 25.07.1985 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe (Dz.Urz. WE L 210, s. 29 ze zm.).

W procesie transpozycji do prawa polskiego wymienionych dyrektyw ustawodawca nie wdrożył instrumentu ochrony kolizyjnej konsumenta przewidzianego w art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13/EWG, dokonał wadliwie wdrożenia tego rodzaju instrumentu przewidzianego w innych dyrektywach, albo uregulował ten instrument, chociaż nie regulowały go implementowane dyrektywy. W polskim systemie prawnym zaczęły zatem pojawiać się pojedyncze normy kolizyjne będące efektem implementacji lub nadimplementacji dyrektyw konsumenckich, zamieszczone w nieobowiązujących już w większości ustawach dotyczących umów konsumenckich¹¹ oraz w art. 449¹¹ Kodeksu cywilnego¹².

W myśl obowiązującego wówczas, i obejmującego kolejne nowelizacje, art. 17 ustawy z 20.03.2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny¹³: „Nie można w drodze umowy wyłączyć lub ograniczyć praw konsumenta określonych w art. 1–16e, także w razie dokonania wyboru prawa obcego”. Ten przepis odsyłał do art. 1–16e, które implementowały postanowienia dyrektyw: 85/577/EWG (umowy zawarte poza lokalem przedsiębiorstwa), 97/7/WE (umowy na odległość) oraz 2002/65/WE (usługi finansowe na odległość). Dyrektywa 85/577/EWG nie zawierała nakazu kolizyjnej ochrony konsumenta, natomiast taki nakaz był zawarty w art. 12 ust. 2 dyrektywy 97/7/WE oraz w art. 12 ust. 2 dyrektywy 2002/65/WE. Przepis art. 17 u.o.n.p.k. stał się przykładem nadimplementacji postanowień dyrektywy 85/577/EWG oraz wadliwej implementacji art. 12 ust. 2 dyrektywy 97/7/WE i art. 12 ust. 2 dyrektywy 2002/65/WE, z powodu niespełnienia przesłanek przewidzianych w tych przepisach dyrektyw. Ponadto przepisom, do których odsyłał art. 17 u.o.n.p.k., przypisywano charakter przepisów wymuszających swoje zastosowanie¹⁴ (wymieniona ustawa oraz dwie z wymienionych dyrektyw już nie obowiązują, o czym dalej).

Dyrektywa 87/102/EWG (umowa kredytu konsumenckiego) została natomiast implementowana przez ustawę z 20.07.2001 r. o kredycie konsumenckim¹⁵. W myśl art. 17 tej ustawy „Postanowienia umowne nie mogą wyłączać ani ograniczać uprawnień konsumenta przewidzianych w ustawie, także w razie dokonania wyboru prawa obcego. W takich przypadkach stosuje się przepisy ustawy”. Ten przepis uznano za przypadek „nadmiernej”¹⁶ albo wadliwej implementacji¹⁷.

Z kolei nakaz ochrony kolizyjnej konsumenta, zawarty w art. 7 ust. 2 dyrektywy 99/44/WE (sprzedaż konsumencka), został wadliwie implementowany przez art. 11 ustawy z 27.07.2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej¹⁸. W myśl

¹¹ B. Gnela, *Kolizyjna ochrona konsumenta według art. 30 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe* [w:] B. Gnela, K. Michałowska, *Współczesne wyzwania prawa konsumenckiego*, Warszawa 2015, s. 12–17.

¹² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459); dalej: k.c.

¹³ Dz.U. z 2000 r. Nr 22, poz. 271 ze zm. (uchylona); dalej: u.o.n.p.k.

¹⁴ Zob. np. W. Popiołek, *Prawo właściwe dla umownych zobowiązań elektronicznych w Konwencji rzymskiej i projekcie rozporządzenia Rzym I* [w:] *Kolizyjne aspekty zobowiązań elektronicznych. Materiały z konferencji*, red. J. Gołaczyński, Warszawa 2008, s. 20, przyp. 27.

¹⁵ Dz.U. Nr 100, poz. 1081 (uchylona).

¹⁶ M. Wojewoda, *Artykuł 30*, s. 710–711.

¹⁷ B. Gnela, *Uwagi*, s. 56–57.

¹⁸ Dz.U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1176 (uchylona); dalej: u.s.w.s.k.

tego przepisu: „Uprawnień unormowanych w niniejszej ustawie nie można wyłączyć ani ograniczyć w drodze umowy zawartej przed zawiadomieniem sprzedawcy o niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową. W szczególności nie można tego dokonać przez oświadczenie kupującego, że wie o wszelkich niezgodnościach towaru z umową, lub przez wybór prawa obcego”.

W myśl wymienionych dyrektyw, jeżeli umowa nimi regulowana wykazuje ścisły związek z obszarem co najmniej jednego państwa członkowskiego (określenie to oddaje sens wymogów różnie ujmowanych w poszczególnych dyrektywach), wówczas stosowanie dla niej wybranego prawa państwa niebędącego państwem członkowskim nie może prowadzić do pozbawienia konsumenta ochrony przyznanej mu w tych dyrektywach¹⁹. Szczególne przepisy prawa polskiego, implementujące wyraźne nakazy kolizyjnej ochrony konsumenta we wspomnianych dyrektywach, nie zawierały wymogów „ścisłego związku” umowy z obszarem państwa członkowskiego, natomiast uprawniały do ograniczenia stosowania każdego wybranego prawa obcego, w tym prawa państwa członkowskiego²⁰. Z tych choćby przyczyn implementacja tych dyrektyw do prawa polskiego była wadliwa.

Inne przyczyny wadliwości występowały w implementacji art. 9 dyrektywy 94/47/WE (timeshare) przez art. 10 ustawy z 13.07.2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku²¹. Treść tego przepisu odbiegała znacznie od sensu kolizyjnej ochrony nabywcy, przewidzianej w art. 9 dyrektywy 94/47/WE²² (o czym dalej).

Dyrektywa 90/314/EWG została implementowana przez ustawę z 29.08.1997 r. o usługach turystycznych²³. Przykładem nadimplementacji tej dyrektywy był art. 11b ust. 1 u.u.t., który z zastrzeżeniem ograniczeń przewidzianych w ust. 2 i 3 nie pozwalał w drodze umowy wyłączyć ani ograniczyć odpowiedzialności określonej w art. 11a (za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o imprezę turystyczną), także w razie wyboru prawa obcego. Takiego instrumentu kolizyjnego nie przewiduje dyrektywa 90/314/EWG, zawierająca klauzulę harmonizacji minimalnej²⁴.

Z kolei dyrektywa 85/374/EWG (dotycząca odpowiedzialności za produkt) nie przewidywała kolizyjnego instrumentu ochrony konsumenta, a wprowadzono go na podstawie wspomnianej ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów do art. 449¹¹ k.c., który brzmiał: „Nie można w drodze umowy wyłączyć lub ograniczyć odpowiedzialności określonej w przepisach niniejszego tytułu, także w razie dokonania wyboru prawa obcego”.

¹⁹ Na temat przesłanek stosowania norm kolizyjnych dyrektyw zob. M. Jagielska, *Ewolucja ochrony konsumenta w prawie kolizyjnym Unii Europejskiej w zakresie zobowiązań umownych*, Warszawa 2010, s. 147 i n.

²⁰ B. Gnela, *Uwagi*, s. 53 i n.; B. Gnela, *Umowa*, s. 431 i n.; M. Wojewoda, *Artykuł 30*, s. 708–709.

²¹ Dz.U. z 2000 r. Nr 74, poz. 855 (uchylona).

²² Por. B. Gnela, *Uwagi*, s. 51–53; M. Wojewoda, *Artykuł 30*, s. 709–710.

²³ Dz.U. z 2016 r. poz. 187 ze zm.; dalej: u.u.t.

²⁴ B. Gnela, *Prawo właściwe dla umowy o imprezę turystyczną* [w:] *Transformacje prawa turystycznego*, red. P. Cybula, Kraków 2009, s. 148.

Wymienione wyżej przepisy prawa polskiego stały się przedmiotem krytyki przede wszystkim z powodu ich niezgodności z prawem unijnym²⁵. Polskiemu ustawodawcy zarzucono także brak realizacji spójnej koncepcji kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta²⁶. Warto jednak zwrócić uwagę, że oprócz dominującego stanowiska krytycznego wobec efektów implementacji nakazów kolizyjnych dyrektyw dotyczących umów konsumenckich w literaturze bronione jest stanowisko, iż przed wejściem w życie w stosunkach wewnętrznych Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartej do podpisu w Rzymie 19.06.1980 r.²⁷, ustawodawca polski nie naruszył swobody, która mu przysługiwała w procesie implementacji tych dyrektyw z klauzulą harmonizacji minimalnej, w tym także dokonując ich „nadimplementacji”²⁸.

W czasie obowiązywania omówionych, szczególnych przepisów kolizyjnych dotyczących ochrony konsumenta, w 2004 r. podjęto prace nad nowym prawem prywatnym międzynarodowym, a ich celowość²⁹ uzasadniono m.in. brakiem kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta w Prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r. Zamyśl uchwalenia nowej ustawy był aprobowany³⁰ bądź krytykowany³¹. Prace nad nową ustawą stały się okazją do przemyślenia spójnej koncepcji kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta, do ograniczenia zjawiska dekodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego, oraz do poprawienia błędów ustawodawcy popełnionych przy wdrażaniu nakazów dyrektyw konsumenckich, wyrażających kolizyjnoprawną ochronę konsumenta. W trakcie przygotowania pierwszego projektu brano pod uwagę fakt, że w przyszłości Polska zostanie związana Konwencją rzymską, która unormowała budzące wówczas wątpliwości zagadnienie ochrony konsumentów w prawie prywatnym międzynarodowym³².

²⁵ P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne*, cz. 1, s. 107 i n.; P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne*, cz. 2, s. 59 i n.; M. Lijowska, *O kolizyjnoprawnych problemach dostosowania prawa polskiego do europejskiego prawa ochrony konsumenta*, KPP 2004/1, s. 137 i n.

²⁶ B. Gnela, *Uwagi*, s. 37 i n.

²⁷ Dz.U. z 2008 r. Nr 10, poz. 57; dalej: Konwencja rzymska. Konwencja weszła w życie w stosunku do państw, które ją ratyfikowały 1.04.1991 r. – por. W. Popiołek, *Zobowiązania umowne w prawie prywatnym międzynarodowym*, KPP 2000/3, s. 624. W stosunku do Polski weszła w życie 1.08.2007 r. – por. W. Popiołek, *Zagadnienia unormowane w art. 3 ust. 3 i art. 7 Konwencji rzymskiej i w odpowiednich przepisach Rozporządzenia UE o prawie właściwym dla zobowiązań umownych (Rzym I)*, PPPM 2008/3, s. 14. Natomiast zaczęła być stosowana w stosunkach krajowych, ze względu na opóźnienie w publikacji Dziennika Ustaw, dopiero od 22.01.2008 r. – por. np. M. Wojewoda, *Artykuł 30*, s. 707 oraz lit. tam cyt. w przyp. 81.

²⁸ M. Wojewoda, *Artykuł 30*, s. 712–717.

²⁹ B. Gnela, *Geneza polskich ustaw o prawie prywatnym międzynarodowym [w:] Regnare, gubernare, administrare. Prawo i władza na przestrzeni wieków. Prace dedykowane profesorowi Jerzemu Malcowski z okazji 40 lecia pracy naukowej*, red. S. Grodziski, A. Dziadzio, Kraków 2012, s. 252–256.

³⁰ Np. M. Pazdan, *Założenia*, s. 20 i n.; M. Pazdan, *O potrzebie*, s. 501 i n.; M. Pazdan, *O projekcie nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*, PPPM 2007/1, s. 11 i n.; A. Kozakiewicz, W. Kurowski, *Co dalej*, s. 927 i n.; M. Jagielska, *Ochrona*, s. 639 i n.

³¹ A. Mączyński, *O potrzebie, zakresie i sposobie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego [w:] Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltyśnińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 851 i n.; K. Zawada, *O projekcie nowej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, KPP 2006/4, s. 1083 i n.

³² W. Popiołek [w:] *Konwencja Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Wprowadzenie*, KPP 1994/2, s. 298.

W pierwszych opublikowanych wersjach projektu Prawa prywatnego międzynarodowego w zakresie zobowiązań umownych znajdowało się odesłanie do Konwencji rzymskiej, które obejmowało także umowy wyłączone spod jej zasięgu³³. Uwzględniano również w wyraźny sposób instrument kolizyjnej ochrony konsumenta, gdyż jeszcze art. 37 projektu z 2006 r. zawierał propozycję tej ochrony o treści: „W stosunkach pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą konsument korzysta z ochrony, jaką zapewnia mu, jako konsumentowi, prawo państwa miejsca jego zwykłego pobytu, chyba że przedsiębiorca – z uwagi na zakres i charakter swej działalności – nie mógł w sposób rozsądny spodziewać się zastosowania tego prawa”. W literaturze ten projektowany przepis uznano za zbędny i błędny³⁴. Rzeczywiście, skoro w zakresie zobowiązań umownych ten projekt odsyłał do Konwencji rzymskiej, a w jej art. 5 przewidziany był kolizyjny instrument ochrony konsumenta o podobnej treści, to art. 37 projektu był zbędny. Prawdopodobnie z tej przyczyny w późniejszych wersjach projektu ustawy zrezygnowano z tego przepisu.

Stosowanie Konwencji rzymskiej w Polsce miało charakter czasowy, dlatego art. 28 projektu z 18.05.2008 r.³⁵ w kwestii prawa właściwego dla zobowiązań umownych odsyłał już do rozporządzenia Rzym I³⁶.

W dniu 31.10.2008 r. do sejmu wpłynął projekt ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe (druk nr 1277), który w kwestii prawa właściwego dla zobowiązań umownych nie różnił się od projektu z 18.05.2008 r. Ten projekt nie uwzględniał faktu obowiązywania kolizyjnych przepisów szczególnych chroniących konsumenta, będących efektem wadliwej implementacji postanowień dyrektyw konsumenckich, nie uzupełniał także luki w postaci braku implementacji do polskiego prawa art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13/EWG. Te okoliczności uwzględniono dopiero w trakcie prac sejmowych nad projektem. W czasie skierowania projektu do sejmu projektodawca uwzględnił fakt, że Konwencję rzymską zastąpi rozporządzenie Rzym I z 17.06.2008 r., wiedział także, że w dniu 23.04.2008 r. przyjęto dyrektywę 2008/48/WE dotyczącą umów o kredyt konsumencki, której art. 22 ust. 4 zobligował państwa członkowskie do zapewnienia, by konsumenci nie zostali pozbawieni ochrony przyznanej tą dyrektywą z uwagi na wybór prawa państwa trzeciego, jako prawa właściwego dla umowy o kredyt, jeżeli ta umowa ma ścisły związek z terytorium co najmniej jednego państwa członkowskiego. W czasie prac sejmowych nad projektem uchwalona została 14.01.2009 r. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z 14.01.2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany (tekst mający znaczenie dla

³³ Por. art. 31 projektu z 9.10.2006 r., PPPM 2007/1, s. 115, oraz identycznie brzmiący art. 30 projektu z 23.01.2007 r., opublikowany w: M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2007, s. 349 i n.

³⁴ K. Zawada, *O projekcie nowej kodyfikacji*, s. 1089.

³⁵ Opublikowany w: M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2008, s. 353 i n.

³⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.Urz. UE L 177, s. 6). To rozporządzenie stosuje się do umów zawartych począwszy od 17.12.2009 r. – por. M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 84.

EOG)³⁷, która w art. 12 reguluje także kolizyjnoprawną ochronę konsumenta. Ponadto w UE trwały prace nad dyrektywą w sprawie praw konsumentów. Nie zakończyły się one w trakcie prac sejmowych nad nową ustawą, a zatem ich efektu końcowego nie można było uwzględnić w tych pracach.

Instrument kolizyjnej ochrony konsumenta zawarty w dyrektywach konsumenckich pojawił się latem 2010 r. na końcowym etapie prac komisji sejmowej³⁸. Ostatecznie został on zawarty w art. 30 ustawy z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe³⁹. Jego ust. 1 w wersji pierwotnej stanowił, że poza przypadkami uregulowanymi w rozporządzeniu, o którym mowa w art. 28 p.p.m., wybór prawa państwa, niebędącego państwem członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, dla umowy, która wykazuje ścisły związek z obszarem co najmniej jednego państwa członkowskiego, nie może prowadzić do pozbawienia konsumenta ochrony przyznanej mu przepisami prawa polskiego wdrażającymi następujące dyrektywy:

- 1) dyrektywę Rady 93/13/EWG z 5.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich,
- 2) dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20.05.1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość,
- 3) dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.05.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji,
- 4) dyrektywę 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.09.2002 r. dotyczącą sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniającą dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE,
- 5) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z 23.04.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylającą dyrektywę Rady 87/102/EWG.

Z kolei według art. 30 ust. 2 p.p.m., jeżeli prawem właściwym dla umowy, objętej zakresem zastosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z 14.01.2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany, jest prawo państwa niebędącego państwem członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego, to konsument nie może być pozbawiony ochrony przyznanej mu przez przepisy prawa polskiego wdrażające tę dyrektywę:

- 1) jeżeli którakolwiek z nieruchomości jest położona na terytorium jednego z państw członkowskich, lub
- 2) w przypadku umowy niezwiązanej bezpośrednio z nieruchomością, jeśli przedsiębiorca wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w jednym z państw członkowskich lub w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do jednego z państw członkowskich, a umowa wchodzi w zakres tej działalności.

W art. 30 ust. 1 pkt 1 p.p.m. ustawodawca (wreszcie) prawidłowo implementował nakaz kolizyjny z art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13/EWG, a w art. 30 ust. 1 pkt 5 p.p.m.

³⁷ Dz.Urz. UE L 33, s. 10.

³⁸ M. Wojewoda, *Artykuł 30*, s. 688.

³⁹ Dz.U. z 2015 r. poz. 1792; dalej: p.p.m.

– tego rodzaju nakaz chroniący konsumenta na gruncie dyrektywy 2008/48/WE. Natomiast art. 30 ust. 1 pkt 2–4 p.p.m. stały się przykładem prawidłowej reimplementacji nakazów kolizyjnych zawartych w dyrektywach wymienionych w tych punktach. Z kolei analiza treści art. 30 ust. 2 p.p.m. dowodzi, że prawidłowo implementuje on kolizyjne instrumenty ochrony konsumenta zawarte w art. 12 ust. 2 dyrektywy 2008/122/WE. Warto nadmienić, że umowy typu timeshare uregulowane były pierwotnie w dyrektywie 94/47/WE, implementowanej przez ustawę z 13.07.2000 r. o ochronie nabywców prawa do korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku, o zmianie ustaw – Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece⁴⁰. Dotyczący problematyki kolizyjnej art. 9 tej ustawy był zbędny, natomiast jej art. 10 nie był zgodny z celem art. 9 dyrektywy 94/47/WE⁴¹. W literaturze proponowano uchylenie tych przepisów ustawy oraz prawidłowe implementowanie reguł kolizyjnych dyrektywy 94/47/WE do obowiązującego wówczas Prawa prywatnego międzynarodowego z 1965 r.⁴² Jednakże dyrektywę 94/47/WE uchyliła i zastąpiła dyrektywa 2008/122/WE, którą implementowała ustawa z 16.09.2011 r. o timeshare⁴³, z wyjątkiem norm zawartych w art. 12 ust. 2 dyrektywy 2008/122/WE, implementowanych przez art. 30 ust. 2 p.p.m.

W myśl art. 12 dyrektywy „1. Państwa członkowskie zapewniają, aby w przypadku gdy prawo właściwe dla umowy jest prawem jednego z państw członkowskich, konsumenci nie mogli zrezygnować z praw przysługujących im na mocy niniejszej dyrektywy. 2. Jeśli prawem właściwym jest prawo państwa trzeciego, to konsumenci nie mogą zostać pozbawieni ochrony, jaką zapewnia niniejsza dyrektywa, w kształcie, w jakim została ona wdrożona w państwie członkowskim sądu, jeśli którakolwiek z nieruchomości jest położona na terytorium jednego z państw członkowskich; lub w przypadku umowy niezwiązanej bezpośrednio z nieruchomością, jeśli przedsiębiorca wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w jednym z państw członkowskich lub w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do jednego z państw członkowskich, a umowa wchodzi w zakres tej działalności”.

Treść art. 30 ust. 2 p.p.m. w zasadzie odzwierciedla treść art. 12 ust. 2 dyrektywy 2008/122/WE. Jednakże kryterium „prawa państwa trzeciego”, użyte w tym przepisie dyrektywy, zostało w art. 30 ust. 2 p.p.m. zastąpione określeniem „prawo państwa niebędącego państwem członkowskim EOG”. Ta zmiana terminologiczna jest uzasadniona faktem, że dyrektywa 2008/122/WE ma znaczenie dla EOG, zatem państw EOG niebędących państwami UE nie należy traktować jako „państw trzecich”.

Normy zawarte w art. 30 ust. 2 p.p.m. nie wskazują prawa właściwego dla umowy objętej zakresem dyrektywy 2008/122/WE, lecz ograniczają stosowanie wskazanego dla niej prawa, jeżeli spełnione są przesłanki określone w tych normach. Tymi przesłankami określonymi w art. 30 ust. 2 pkt 1 lub 2 p.p.m. są położenie którejkolwiek nieruchomości na terytorium jednego z państw członkowskich (art. 30 ust. 2 pkt 1 p.p.m.) lub – w przypadku umowy niezwiązanej bezpośrednio z nieruchomością – wykony-

⁴⁰ Dz.U. Nr 74, poz. 855 ze zm. (utraciła moc).

⁴¹ B. Gneta, *Umowa*, s. 427–429.

⁴² B. Gneta, *Uwagi*, s. 53.

⁴³ Dz.U. Nr 230, poz. 1370.

wanie przez przedsiębiorcę swojej działalności gospodarczej lub zawodowej w jednym z państw członkowskich lub kierowanie w jakikolwiek sposób takiej działalności do jednego z państw członkowskich, gdy umowa wchodzi w zakres tej działalności (art. 30 ust. 2 pkt 2 p.p.m.).

Kolizyjny mechanizm ochrony konsumenta w odniesieniu do umów typu time-share znajdzie zastosowanie nie tylko w razie wyboru prawa, lecz także w przypadku wskazania prawa właściwego dla tych umów na podstawie łącznika obiektywnego⁴⁴.

Uchwalenie art. 30 p.p.m. doprowadziło do uzupełnienia luki w postaci braku implementacji nakazu kolizyjnej ochrony konsumenta zawartego w art. 6 ust. 2 dyrektywy 93/13/EWG, do poprawienia błędów popełnionych przy pierwotnych implementacjach, w tym do wyeliminowania przypadków „nadimplementacji” tego rodzaju nakazów, oraz do prawidłowego wdrożenia tych nakazów zawartych w najnowszych wówczas dyrektywach 2008/48/WE i 2008/122/WE. Wyrazem spójnych działań legislacyjnych jest nie tylko art. 30 p.p.m., ale również treść art. 60, 72, 73, 74 i 77 p.p.m. Przepis art. 60 p.p.m. uchylił art. 449¹¹ k.c., który był prawdopodobnie wyrazem pomyłki ustawodawcy⁴⁵. Przepis art. 72 p.p.m. pozbawił funkcji kolizyjnej art. 11b ust. 1 u.u.t., natomiast art. 73 p.p.m. uczynił to w stosunku do art. 17 u.o.n.p.k. Z kolei art. 74 p.p.m. pozbawił charakteru normy kolizyjnej chroniącej konsumenta art. 17 ustawę z 20.07.2001 r. o kredycie konsumenckim⁴⁶, którą następnie uchyliła ustawa z 12.05.2011 r. o kredycie konsumenckim⁴⁷. Natomiast art. 77 p.p.m. pozbawił funkcji kolizyjnej art. 11 u.s.w.s.k., ale ten przepis ustawy o sprzedaży konsumenckiej został następnie uchylony⁴⁸.

W literaturze wyrażono pogląd, że art. 30 p.p.m. jest przede wszystkim reakcją polskiego ustawodawcy na przemiany w europejskim prawie kolizyjnym, które spowodowały, iż szczegółowe rozwiązania kolizyjne dotyczące ochrony konsumenta stały się niezadawalające w świetle rozporządzenia Rzym I i, w mniejszym stopniu, rozporządzenia Rzym II⁴⁹ oraz wystąpiła konieczność implementacji nowych dyrektyw dotyczących kredytu konsumenckiego i umów typu timeshare⁵⁰. Wydaje się, że art. 30 p.p.m. jest jednak efektem realizacji zamysłu ustawodawcy zmierzającego do uporządkowania instrumentów ochrony kolizyjnej konsumenta zawartych w dyrektywach konsumenckich⁵¹.

Z przebiegu wspomnianych wyżej prac nad dyrektywą w sprawie praw konsumentów wynikało, że początkowo miała ona dotyczyć problematyki uregulo-

⁴⁴ M. Jagielska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 299.

⁴⁵ Por. P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne*, cz. 1, s. 123; P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne*, cz. 2, s. 62; B. Gnela, *Uwagi*, s. 59; B. Gnela, *Umowa*, s. 436.

⁴⁶ Dz.U. Nr 100, poz. 1081 (uchylona).

⁴⁷ Dz.U. z 2016 r. poz. 1528.

⁴⁸ Zob. art. 52 pkt 2 ustawy z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. poz. 827 ze zm.); dalej: u.p.k.

⁴⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 864/2007 z 11.07.2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II) (Dz.Ur. UE L 199, s. 40).

⁵⁰ M. Wojewoda, *Artykuł 30*, s. 720–721.

⁵¹ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2012, s. 160.

wanej w ośmiu, a następnie w czterech dyrektywach konsumenckich: 85/577/EWG, 93/13/EWG, 97/7/WE i 1999/44/WE. Ostatecznie uchwalona 25.10.2011 r. dyrektywa 2011/83/UE⁵² uchyliła i zastąpiła dyrektywy 87/100/EWG oraz 97/7/WE, a pozostałe z wymienionych zmieniła nieznacznie⁵³. Ta dyrektywa została implementowana przez ustawę z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta. Na podstawie jej art. 53 uchylony został art. 30 ust. 1 pkt 2 p.p.m.

Z art. 25 dyrektywy 2011/83/UE wynika, że jeżeli prawem właściwym dla umowy jest prawo państwa członkowskiego, to konsumenci nie mogą zrzec się praw przyznanych im na mocy krajowych środków transponujących tę dyrektywę. Twierdzi się, że ten przepis nie ma kolizyjnego charakteru⁵⁴, i takie stanowisko zajął ustawodawca polski. Odpowiednikiem art. 25 dyrektywy 2011/83/UE jest bowiem w prawie polskim art. 7 u.p.k. Wydaje się, że wymieniony przepis dyrektywy ma jednak specyficzny, kolizyjny charakter. Tylko bowiem wówczas, gdy prawem właściwym dla umów objętych zakresem dyrektywy 2011/83/UE jest prawo państwa członkowskiego, konsument jest związany zakazem zrzekania się praw przyznanych mu na mocy krajowych środków transponujących tę dyrektywę. Jeżeli ustawodawca unijny nie chciałby nadać kolizyjnego charakteru omawianemu przepisowi dyrektywy, mógł nadać mu treść podobną do art. 23 ust. 2 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z 25.11.2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającej rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylającej dyrektywę Rady 90/314/EWG⁵⁵. W myśl tych przepisów: „2. Podróżni nie mogą zrzekać się praw przyznanych im na mocy środków krajowych transponujących niniejszą dyrektywę. 3. Wszelkie porozumienia umowne lub oświadczenia podróżnego, które bezpośrednio lub pośrednio prowadzą do zrzeczenia się lub ograniczenia praw przyznanych podróżnemu na podstawie niniejszej dyrektywy lub mają na celu obejście stosowania niniejszej dyrektywy, nie są wiążące dla podróżnego”. Te przepisy nie uzależniają zrzeczenia się lub ograniczenia praw podróżnego od właściwości prawa, nie zawierają zatem nakazu kolizyjnego. Wydaje się, że taki nakaz o ograniczonym zakresie zawiera natomiast art. 25 dyrektywy 2011/83/UE, dlatego powinien być on implementowany przez przepis Prawa prywatnego międzynarodowego, a nie przez art. 7 u.p.k., który brzmi: „Konsument nie może zrzec się praw przyznanych mu w ustawie. Postanowienia umów mniej korzystne dla konsumenta niż postanowienia ustawy są nieważne, a w ich miejsce stosuje się przepisy ustawy”. Ten przepis ustawy ma zastosowanie wówczas, gdy prawem właściwym dla umowy konsumenckiej objętej zakresem tej dyrektywy jest prawo polskie. Dyrektywa 2011/83/UE zawiera klauzulę harmonizacji pełnej, wobec tego w każdym państwie członkowskim „prawa przyznane konsumentom na mocy krajowych środków transponujących tę dyrektywę” powinny być takie same. Jednakże nie ma w systemie prawa polskiego podstawy prawnej do stosowania „zakazu zrzekania się praw” z art. 25 dyrektywy 2011/83/UE tylko do umowy objętej jej zakresem, dla której właściwe jest prawo państwa UE (EOG).

⁵² Dz.Urz. UE L 304, s. 64.

⁵³ J. Luzak, M. Loos, *Nowa dyrektywa w sprawie praw konsumentów*, KPP 2011/4, s. 1019 i n.

⁵⁴ M. Wojewoda, *Artykuł 30*, s. 728–729.

⁵⁵ Dz.Urz. UE L 326, s. 1.

Z tej przyczyny istnieje prawdopodobieństwo traktowania art. 7 u.p.k. jako przepisu wymuszającego swoje zastosowanie, skoro występuje tendencja zaliczania do przepisów tego rodzaju także przepisów chroniących konsumenta⁵⁶.

Przepis art. 7 u.p.k. nie nawiązuje do problemu właściwości prawa, w przeciwieństwie do art. 25 dyrektywy 2011/83/UE. Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 2 *in fine* u.p.k., przepis art. 7 u.p.k. ma zastosowanie także do umów o usługi finansowe zawierane na odległość⁵⁷, a ochronę konsumenta tych usług w związku z wyborem prawa „państwa trzeciego” wyraża art. 30 ust. 1 pkt 4 p.p.m., reimplementujący art. 12 ust. 2 dyrektywy 2002/65/WE. Ta dyrektywa zawiera klauzulę harmonizacji pełnej i przewiduje inny sposób ochrony konsumenta niż ten, który realizuje art. 25 dyrektywy 2011/83/UE. Warto podkreślić, że w myśl art. 12 ust. 1 dyrektywy 2002/65/WE: „Konsumenci nie mogą zrzec się praw nadanych im przez niniejszą dyrektywę”. Z art. 25 dyrektywy 2011/83/UE wynika, że jeżeli prawem właściwym dla umowy jest prawo państwa członkowskiego, konsumenci nie mogą zrzec się praw przyznanych im na mocy krajowych środków transponujących tę dyrektywę. Zakres przedmiotowy ustawy o prawach konsumenta jest szerszy od zakresu dyrektywy 2011/83/UE, wobec tego zakres art. 7 u.p.k. jest szerszy od zakresu art. 25 dyrektywy 2011/83/UE. Wydaje się, że obydwa wymienione przepisy dyrektyw realizują inne cele. O ile z preambuły do rozporządzenia Rzym I (pkt 37) wynika, że pojęcie przepisów wymuszających swoje zastosowanie należy odróżnić od sformułowania „przepisy, których nie można wyłączyć w drodze umowy”, to nie wiadomo, jak oddzielić od nich te przepisy, które zakazują w ogóle zrzeczenia się praw przyznanych przez dyrektywę.

Z powyższych przyczyn uchylenie art. 30 ust. 1 pkt 2 p.p.m. było uzasadnione, ale art. 25 dyrektywy 2011/83/UE *de lege ferenda* powinien być reimplementowany do art. 30 p.p.m. przez dodanie do niego ust. 3 o treści oddającej sens tego przepisu dyrektywy⁵⁸. Tego rodzaju postulat może być uznany za dyskusyjny, uwzględnia jednak odmiennność modelu ochrony konsumenta przyjętego w art. 25 dyrektywy 2011/83/UE od modelu zastosowanego w dyrektywach konsumenckich wymienionych w art. 30 ust. 1 p.p.m., a także od przyjętego w art. 23 ust. 2 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302. Jeżeli ustawodawca unijny chciałby w art. 25 dyrektywy 2011/83/UE w ogóle zrezygnować z modelu kolizyjnej ochrony konsumenta, to powinien nadać mu treść podobną do wyżej przytoczonego art. 23 ust. 2 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 (imprezy turystyczne i powiązane usługi turystyczne). Dyrektywa 90/314/EWG traci moc ze skutkiem od dnia 1.07.2018 r. (art. 29 dyrektywy 2015/2302), a przepisy implementujące nową dyrektywę powinny być przyjęte i ogłoszone do 1.01.2018 r. oraz

⁵⁶ Np. W. Popiołek, *Prawo*, s. 20; M. Lijowska, *Instrumenty kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta a przepisy koniecznego zastosowania*, KPP 2006/2, s. 423, przyp. 2; M. Mataczyński, *Obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Rozważania na tle art. 7 ust. 1 Konwencji rzymskiej oraz orzecznictwa sądów niemieckich*, KPP 2001/2, s. 381–382; M.-A. Zachariasiewicz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2014, s. 448.

⁵⁷ B. Gnela, *Kolizyjna*, s. 35.

⁵⁸ B. Gnela, *Kolizyjna*, s. 35.

stosowane od 1.07.2018 r. (art. 28 ust. 1 i 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302). W procesie implementacji nowej dyrektywy nie zajdzie potrzeba wdrożenia nakazów kolizyjnej ochrony konsumenta (podróżnego), ponieważ dyrektywa ta ich nie zawiera.

Bogusława Gnela – profesor zwyczajny doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie.

JACEK GÓRECKI

PIERWOKUP W PRAWIE PRYWATNYM MIĘDZYNARODOWYM

1. Pierwokup służy do zapewnienia określonej osobie pierwszeństwa kupna oznaczonego przedmiotu (rzeczy lub prawa). Może mieć on swe źródło w umowie (czynności prawnej) albo w ustawie. W konstrukcji pierwokupu występują trzy podmioty. Osoba, której pierwokup przysługuje, zwana jest uprawnionym. Osoba obciążona obowiązkami związanymi z pierwokupem określana jest jako zobowiązany. Uprawnionemu przysługuje zwykle przywilej pierwszeństwa kupna przedmiotu objętego pierwokupem, w przypadku gdy zobowiązany sprzedaje go osobie trzeciej. Na zobowiązanym spoczywa obowiązek stworzenia uprawnionemu sposobności nabycia rzeczy lub prawa objętego pierwokupem, i to z pierwszeństwem przed innymi osobami. Możliwość realizacji pierwokupu uzależniona jest od inicjatywy zobowiązanego, a nie uprawnionego. Może być on wykonany w zasadzie tylko w razie zawarcia przez zobowiązanego ważnej umowy sprzedaży z osobą trzecią. Złożenie przez uprawnionego oświadczenia o wykonaniu pierwokupu prowadzi do zawarcia kolejnej umowy sprzedaży, tym razem między zobowiązanym a uprawnionym¹.

Pierwokup ustanowiony w umowie wykorzystywany jest dość często w odniesieniu do nieruchomości i praw do nieruchomości. Zastrzega się go np. na korzyść najemców, dzierżawców, sąsiadów, aby umożliwić im nabycie nieruchomości z pierwszeństwem przed innymi osobami. Pierwokup pojawia się także w przypadku obrotu prawami udziałowymi w spółkach². Nierzadko wspólnicy w umowie (statucie) spółki lub w oddzielnej umowie zastrzegają na swoją rzecz pierwokup na wypadek sprzedaży przez jednego z nich praw udziałowych. Takie zastrzeżenie ma najczęściej na celu udaremnienie przystąpienia do spółki osób spoza oznaczonego kręgu³.

Ustawowy pierwokup służy do zabezpieczenia różnorodnych interesów. Ma on umożliwić nabycie oznaczonego przedmiotu przez podmioty, które zgodnie z założeniami społeczno-gospodarczymi przyjmowanymi przez ustawodawcę są najbardziej do tego predysponowane. Jest on zatem instrumentem prawnym pozwalającym ustawodawcy kształtować od strony podmiotowej obrót przedmiotami objętymi ustawowym

¹ Szerzej na temat konstrukcji pierwokupu zob. J. Górecki, *Umowne prawo pierwokupu*, Kraków 2000, s. 17 i n.

² Pojęcie praw udziałowych w dalszych wywodach obejmuje zarówno prawo uczestnictwa w spółce osobowej, jak i udział przysługujący wspólnikowi w spółce kapitałowej.

³ Cel ten można zrealizować także przez ustanowienie innego pierwszeństwa niż pierwokup. Zob. J. Górecki, *Umowne (statutowe) pierwszeństwo nabycia*, Rej. 2009/2, s. 51 i n.

pierwokupem. Stanowi on dość istotne ograniczenie w swobodnym obrocie tymi przedmiotami⁴.

Regułą jest, że pierwokup ukształtowany jest jako prawo o charakterze względnym, które wykonać można tylko względem zobowiązanego. Funkcjonuje on albo jako prawo kształtujące, albo jako prawo rodzące stosunek obligacyjny między zobowiązanym a uprawnionym⁵. Dalsze uwagi będą poświęcone pierwokupowi, który wywołuje konsekwencje o charakterze obligacyjnym. Sporadycznie w niektórych systemach prawnych występuje jednak także pierwokup ukształtowany jako prawo rzeczowe⁶. Z punktu widzenia prawa kolizyjnego należy go traktować tak jak inne prawa rzeczowe⁷.

2. Prawo pierwokupu może być ustanawiane w umowach zawieranych w obrocie międzynarodowym. Ustawowe prawo pierwokupu służy m.in. jako instrument ograniczający nabywanie określonych dóbr przez podmioty zagraniczne (cudzoziemców)⁸. W związku z tym pojawić się może m.in. kwestia ustalenia prawa właściwego dla ustanowienia umownego prawa pierwokupu, jego wykonania lub naruszenia oraz skutków z tym związanych. Splatają się tu przede wszystkim zakresy działania statutu kontraktowego i statutu, któremu poddany jest przedmiot objęty prawem pierwokupu. W przypadku rzeczy jest to statut rzeczowy⁹. Natomiast w przypadku praw udziałowych w spółkach jest to statut personalny spółki¹⁰. Oddzielnej analizy kolizyjnoprawnej wymaga także umowa zobowiązująca do ustanowienia prawa pierwokupu.

W przypadku ustawowego prawa pierwokupu, oprócz podstawowej kwestii ustalenia prawa właściwego dla jego istnienia, wykonania i oceny skutków naruszenia, do rozstrzygnięcia jest jeszcze charakter przepisów ustanawiających pierwokup. W szczególności rozważyć należy, czy przepisy regulujące ustawowe prawo pierwokupu są przepisami wymuszającymi swe zastosowanie i stosuje się je niezależnie od tego, któremu prawu poddane jest rozporządzenie przedmiotem objętym pierwokupem, a także umowa zobowiązująca do takiego rozporządzenia.

⁴ Zob. J. Górecki, *Ustawowe prawo pierwokupu jako ograniczenie swobody kontraktowej* [w:] *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, red. B. Gneta, Warszawa 2010, s. 389 i n.

⁵ Na temat charakteru prawnego prawa pierwokupu zob. np. J. Górecki, *Umowne*, s. 65 i n.; K. Mularski, *Zakres autonomii woli w ramach prawa pierwokupu* [w:] *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, red. A. Olejniczak i inni, Warszawa 2015, s. 500 i n. (a w szczególności s. 503).

⁶ Zob. np. § 1094–1104 BGB oraz J. Górecki, *Umowne*, s. 25 i n. oraz s. 83 i n.

⁷ Zob. J. Górecki [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 954 i n. Zob. również orzeczenie TSUE z 3.04.2014 r., C-438/12, *Irmengard Weber v. Mechthilde Weber* (CURIA), dotyczące wyłącznej jurysdykcji sądów państwa miejsca położenia nieruchomości w sprawach dotyczących rzeczowego prawa pierwokupu, „*Neue Juristische Wochenschrift*” 2014/26, s. 1871 i n.

⁸ Taki charakter mają przepisy ustawy z 31.03.2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. poz. 585), która rozszerzyła zakres zastosowania prawa pierwokupu nieruchomości rolnych, wprowadzając zmiany do Kodeksu cywilnego oraz ustawy z 11.04.2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 2052 ze zm.). Zob. także zamieszczony w tej księdze artykuł J. Pisulińskiego.

⁹ Zob. art. 41 i n. ustawy z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 1792); dalej: p.p.m.

¹⁰ Zob. art. 17 i 21 p.p.m. Artykuł 17 ust. 3 pkt 7 p.p.m. stanowi, że statutowi personalnemu jednostki organizacyjnej podlega nabycie i utrata statusu wspólnika lub członkostwa oraz prawa i obowiązki z nimi związane.

W polskiej literaturze nie opisywano dotychczas szerzej zagadnień kolizyjnoprawnych związanych z pierwokupem. Znaleźć można jedynie krótkie wypowiedzi dotyczące powyżej zarysowanych kwestii¹¹. Dalsze rozważania ograniczone są do analizy obowiązujących w Polsce przepisów prawa prywatnego międzynarodowego przede wszystkim w kontekście zasadności ich zastosowania do prawa pierwokupu.

3. Ustanowienie umownego prawa pierwokupu może być poprzedzone umową zobowiązującą do ustanowienia tego prawa. Jeżeli zobowiązanie wynikające z takiej umowy powiązane jest z prawem różnych państw, to znajduje do niego zastosowanie rozporządzenie Rzym I. W związku z tym dopuszczalny jest wybór prawa dla umowy kreującej takie zobowiązanie (art. 3 rozporządzenia Rzym I). W razie braku wyboru prawa prawo właściwe dla umowy zobowiązującej do ustanowienia prawa pierwokupu ustalać należy na podstawie art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I¹². Stroną zobowiązaną do spełnienia świadczenia charakterystycznego jest podmiot zobowiązujący się do ustanowienia w przyszłości prawa pierwokupu (tzn. przyszły zobowiązany z tytułu prawa pierwokupu). Dlatego prawem właściwym dla umowy zobowiązującej do ustanowienia pierwokupu stanie się wówczas prawo państwa, w którym znajduje się miejsce zwykłego pobytu¹³ przyszłego zobowiązanego. Jeśli obligacyjne prawo pierwokupu ma zostać ustanowione na nieruchomości, to nie znajdzie w takim przypadku zastosowania art. 4 ust. 1 lit. c rozporządzenia Rzym I¹⁴. Przedmiotem umowy zobowiązującej do ustanowienia prawa pierwokupu nie jest bowiem prawo rzeczowe na nieruchomości, ale prawo pierwokupu, które jest prawem o charakterze względnym¹⁵. Nie ma przy tym znaczenia, że na skutek ustanowienia i wykonania prawa pierwokupu dojść może w przyszłości do przeniesienia własności nieruchomości.

Forma umowy zobowiązującej do ustanowienia prawa pierwokupu podlega prawu ustalonemu na podstawie art. 11 rozporządzenia Rzym I. W przypadku zobowiązania

¹¹ Zob. np. W. Popiołek [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, Warszawa 2016, s. 693–694; M.-A. Zachariasiewicz [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. W. Popiołek, Warszawa 2013, s. 237. Autorka wskazuje, że umowa sprzedaży z zastrzeżeniem prawa pierwokupu podlega statutowi określonemu na podstawie art. 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.Urz. UE L 177, s. 6); dalej: rozporządzenie Rzym I. W innym miejscu autorka opowiada się za poddaniem umowy zastrzegającej prawo pierwokupu normie kolizyjnej z art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I, przyjmując, że świadczenie charakterystyczne spełnia zobowiązany z prawa pierwokupu. Zob. M.-A. Zachariasiewicz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, s. 105. Zob. także uwagę M. Pazdana [w:] *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*, red. M. Pazdan, Kraków 2001, s. 135, który stwierdza, że Konwencja wiedeńska nie obejmuje swym zakresem m.in. zastrzeżenia prawa pierwokupu, choć należy ono do zakresu statutu kontraktowego (tzw. luka zewnętrzna Konwencji).

¹² Chyba że zachodzą okoliczności opisane w art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym I.

¹³ Zob. także art. 19 rozporządzenia Rzym I. Szerzej na temat miejsca zwykłego pobytu zob. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2012, s. 55–56; M. Świerczyński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2014, s. 232 i n.

¹⁴ Zgodnie z jego treścią umowa, której przedmiotem jest prawo rzeczowe na nieruchomości, podlega prawu państwa, w którym nieruchomość jest położona.

¹⁵ Artykuł 4 ust. 1 lit. c rozporządzenia Rzym I mógłby znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku, gdy zobowiązanie dotyczyłoby ustanowienia rzeczowego prawa pierwokupu.

do ustanowienia prawa pierwokupu na nieruchomości, m.in. z przytoczonego już powyżej powodu, nie znajdzie zastosowania art. 11 ust. 5 rozporządzenia Rzym I¹⁶.

Prawo właściwe dla umowy zobowiązującej do ustanowienia pierwokupu określa m.in. konsekwencje niewykonania zobowiązania wynikającego z tej umowy, a także przyczyny wygaśnięcia tego zobowiązania. Nie ma ono jednak wpływu na dopuszczalność i sposób ustanowienia pierwokupu oraz prawo, któremu podlegać będą ta czynność prawna i ustanowiony w jej treści pierwokup. Nie jest jednak wykluczone, aby strony, zawierając umowę zobowiązującą do ustanowienia pierwokupu, zobowiązały się jednocześnie do poddania go określönemu prawu w umowie ustanawiającej pierwokup. Może to być także to samo prawo, któremu podlegała umowa zobowiązująca do ustanowienia pierwokupu.

4. Poszukując prawa właściwego dla umowy ustanawiającej pierwokup i samego pierwokupu, także najpierw należy skierować uwagę na rozporządzenie Rzym I. Ustanowienie prawa pierwokupu rodzi między zobowiązanym a uprawnionym więź prawną, której charakter, jak zaznaczono powyżej, nie jest jednoznacznie opisywany. Dominuje jednak pogląd, że więź ta albo ma charakter obligacyjny, albo jest przynajmniej podobna do tej występującej w ramach zobowiązania. Dlatego też oceniając umowę ustanawiającą prawo pierwokupu z punktu widzenia prawa kolizyjnego, należy ją traktować jako umowę kreującą zobowiązanie między zobowiązanym a uprawnionym z tytułu ustanawianego prawa pierwokupu. Zobowiązanie to nie jest objęte wyłączeniami z art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rzym I. Tym samym prawo właściwe dla więzi powstającej między zobowiązanym i uprawnionym ustalać należy na podstawie rozporządzenia Rzym I.

Ustanowienie prawa pierwokupu często towarzyszy innej umowie (np. najmu, dzierżawy, spółki) i stanowi wówczas tylko dodatkowe zastrzeżenie umowne umieszczone w umowie głównej. W związku z tym pojawia się pytanie, czy w takich przypadkach ustanowienie prawa pierwokupu podlega temu samemu prawu, co umowa główna, przy okazji zawarcia której zastrzega się prawo pierwokupu. Mimo wskazanego powiązania ustanowienie prawa pierwokupu należy kwalifikować jako oddzielną czynność prawną i osobno poszukiwać dla niej prawa właściwego, niezależnie od poszukiwania prawa właściwego dla umowy głównej¹⁷. Jednakże w przypadku dokonania wyboru prawa dla umowy głównej wybór ten można zwykle rozciągnąć na ustanowienie prawa pierwokupu. Dopuszczalny jest oczywiście również wybór dla ustanowienia prawa pierwokupu innego prawa niż to, któremu poddano umowę główną¹⁸. Wyboru prawa można też dokonać dla ustanowienia w umowie pierwokupu nieruchomości.

W razie braku wyboru prawa, przy ustalaniu prawa właściwego dla ustanowienia prawa pierwokupu, przyjąć należy, że świadczenie charakterystyczne spełnia zobowią-

¹⁶ Zob. też J. Górecki, *Umowy dotyczące nieruchomości w prawie kolizyjnym* [w:] *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga jubileuszowa Profesora Stanisława Prutisa*, red. J. Bieluk i inni, Białystok 2012, s. 448–449.

¹⁷ Także na tle prawa materialnego traktuje się zastrzeżenie prawa pierwokupu jako czynność prawną niezależną od umowy głównej. Zob. J. Górecki, *Umowne*, s. 108 i n.

¹⁸ Zob. art. 3 ust. 1 zd. 3 rozporządzenia Rzym I oraz M. Pazdan [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, s. 74.

zany. Zatem, zgodnie z art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I, to jego miejsce zwykłego pobytu powinno przesądzać o tym, którego państwa prawo podlega ustanowienie pierwokupu w umowie. Nie można tu jednak z góry wykluczyć zastosowania art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym I odwołującego się do ściślejszego związku umowy z prawem innego państwa niż to wyznaczone na podstawie art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I. Przy ocenie, czy w rozważanym przypadku taki związek zachodzi, nie należy się jednak kierować wyłącznie powiązaniem ustanowienia prawa pierwokupu z inną umową (np. najmu, dzierżawy). W art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym I jest bowiem mowa o związku z państwem innym niż to, które jest wskazane na podstawie art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I, a nie o związku z inną umową poddaną innemu prawu¹⁹.

Forma umowy ustanawiającej prawo pierwokupu podlega prawu ustalonemu na podstawie art. 11 rozporządzenia Rzym I²⁰. Nie znajdzie tu zastosowania art. 25 ust. 2 p.p.m.²¹ Umowa ustanawiająca prawo pierwokupu nieruchomości nie jest umową rozporządzającą. Stanowi ona jedynie zobowiązanie do zawarcia w przyszłości umowy między zobowiązanym i uprawnionym. Dopiero ta umowa może wywołać skutek rozporządzający²².

Prawo właściwe dla ustanowienia prawa pierwokupu określa m.in., jakich czynności należy dopełnić, aby doszło do skutecznego ustanowienia prawa pierwokupu²³. Dotyczy to np. obowiązku ujawnienia go w księdze wieczystej lub w innym rejestrze. Prawo właściwe rozstrzyga również o treści ustanowionego prawa pierwokupu. Wskazuje, jakie prawa i obowiązki wiążą się dla stron z ustanowieniem prawa pierwokupu (np. ciążyący na zobowiązanym obowiązek odpowiedniego ukształtowania treści umowy sprzedaży przedmiotu objętego pierwokupem oraz zawiadomienia uprawnionego o zawarciu umowy stanowiącej podstawę do wykonania prawa pierwokupu). Prawo to określa sposób wykonania pierwokupu (np. kwestię adresata oświadczenia uprawnionego o wykonaniu prawa pierwokupu). Wyznacza również termin, w którym uprawniony powinien swe prawo wykonać. Przesądza też o charakterze tego terminu i skutkach jego upływu. Rozstrzyga ponadto, czy ustanowione prawo pierwokupu jest podzielne, zbywalne i dziedziczne. Wreszcie prawo to określa, kiedy pierwokup ulega wygaśnięciu. W szczególności istotny stać się może wówczas wpływ ujawnienia prawa pierwokupu w księdze wieczystej lub innym podobnym rejestrze (niezależnie od tego, czy wpis ten ma charakter konstytutywny czy deklaratoryjny). Takie ujawnione prawo pierwokupu korzysta często z rozszerzonej skuteczności, co m.in. ogranicza możliwość jego wygaśnięcia na skutek rozporządzenia przedmiotem objętym pierwokupem²⁴.

¹⁹ Zob. też uwagę 21 zd. 2 preambuły rozporządzenia Rzym I, w której wskazuje się, że „W celu ustalenia tego państwa należy **między innymi** [podkr. J.G.] brać pod uwagę, czy dana umowa nie wykazuje bardzo ścisłych związków z inną umową lub innymi umowami”.

²⁰ Szerzej zob. J. Górecki [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, s. 363–364.

²¹ Zgodnie z jego treścią forma rozporządzeń dotyczących nieruchomości poddana jest wyłącznie prawu właściwemu dla rozporządzenia, którym zgodnie z art. 41 p.p.m. jest prawo państwa miejsca położenia przedmiotu praw rzeczowych z chwili dokonywania tego rozporządzenia.

²² Zob. też J. Górecki [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, s. 364–365.

²³ Zob. art. 10 ust. 1 rozporządzenia Rzym I.

²⁴ Zob. m.in. J. Górecki, *Wpis umownego prawa pierwokupu do księgi wieczystej i jego wpływ na ochronę tego prawa*, Rej. 1999/9, s. 99 i n.

Odrębnie ocenić należy formę oświadczenia o wykonaniu prawa pierwokupu. Forma tego oświadczenia podlega prawu ustalonemu na podstawie art. 11 rozporządzenia Rzym I, o ile wykonanie prawa pierwokupu wywołuje skutek w postaci zawarcia umowy sprzedaży lub rodzi inne zobowiązanie. Jeśli jednak umowa sprzedaży wywoływać ma również skutek rozporządzający²⁵, to w przypadku nieruchomości objętej prawem pierwokupu pojawia się dodatkowo kwestia zastosowania art. 25 ust. 2 p.p.m. Zgodnie z jego treścią w takim przypadku oświadczenie o wykonaniu prawa pierwokupu powinno być złożone w formie wymaganej przez prawo miejsca położenia nieruchomości. Jeżeli taka forma nie zostanie zachowana, to oświadczenie uprawnionego wywoła tylko skutek zobowiązujący, o ile spełnia ono wymagania formalne wynikające z prawa właściwego dla formy ustalonego na podstawie art. 11 rozporządzenia Rzym I. Innymi słowy, dla wywołania skutku rozporządzającego przez oświadczenie o wykonaniu prawa pierwokupu nieruchomości niezbędne jest zachowanie wymagań formalnych obowiązujących w miejscu położenia nieruchomości. Nie jest wówczas wystarczające dopełnienie wymagań formalnych obowiązujących w miejscu składania przez uprawnionego oświadczenia o wykonaniu prawa pierwokupu.

5. Zasadniczo skutki wykonania prawa pierwokupu podlegają prawu właściwemu dla jego ustanowienia. Ono przesądza m.in. o rodzaju i treści umowy zawartej w wyniku wykonania prawa pierwokupu. Nie wszystkie jednak skutki wykonania prawa pierwokupu są objęte zakresem działania prawa właściwego dla ustanowienia prawa pierwokupu. Jest tak dlatego, że w wyniku wykonania prawa pierwokupu dochodzi do przesunięcia majątkowego na korzyść uprawnionego. Wykonanie prawa pierwokupu w założeniu prowadzić ma do rozporządzenia przedmiotem objętym tym prawem. Dla skuteczności tego rozporządzenia konieczne jest dopełnienie wymagań wynikających z prawa, któremu podlega przedmiot pierwokupu. Jeśli jest nim rzecz (w tym nieruchomość) albo prawo rzeczowe, to kwestie te reguluje głównie statut rzeczowy. Jeśli zaś przedmiotem objętym pierwokupem jest inne prawo, to miarodajne jest prawo, któremu podlega prawo objęte pierwokupem. W związku z tym, aby doszło np. do przeniesienia własności nieruchomości w wyniku wykonania prawa pierwokupu, spełnić należy także wymagania wynikające z prawa obowiązującego w miejscu położenia nieruchomości (*lex rei sitae*). Chodzi np. o konieczność dokonania konstytutywnego wpisu do księgi wieczystej lub innego rejestru albo uzyskania zgody organu państwowego na nabycie nieruchomości. Trudny do rozstrzygnięcia stanie się przypadek, gdy prawo miejsca położenia nieruchomości w ogóle nie dopuszcza nabycia nieruchomości przez oświadczenie o wykonaniu prawa pierwokupu. Wówczas mimo spełnienia wymogów wynikających z prawa właściwego dla ustanowienia i wykonania prawa pierwokupu może się okazać, że zamierzony skutek nie nastąpi. Dla jego wywołania konieczne stanie się dopełnienie wymogów *legis rei sitae*.

6. Kolejnym zagadnieniem jest ustalenie prawa właściwego dla odpowiedzialności zobowiązanego za naruszenie obowiązków wynikających z zastrzeżenia prawa pierwokupu. Konsekwencje naruszenia umownego prawa pierwokupu określane są różnie.

²⁵ O tym, czy umowa sprzedaży wywołuje skutek rozporządzający, decyduje statut rzeczowy. Zob. J. Górecki [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, s. 971 i n.

Najczęściej pojawia się wówczas obowiązek naprawienia szkody poniesionej przez uprawnionego, ale występuje także możliwość zaskarżenia umowy zawartej z naruszeniem prawa pierwokupu oraz wykonania prawa pierwokupu względem nabywcy przedmiotu objętego prawem pierwokupu²⁶.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 lit. c rozporządzenia Rzym I prawo właściwe dla umowy ustalone na podstawie rozporządzenia Rzym I ma w szczególności zastosowanie do skutków całkowitego lub częściowego niewykonania zobowiązań wynikających z umowy. Takimi zobowiązaniami są też zobowiązania ciężące na zobowiązanym z tytułu prawa pierwokupu. Dlatego należy przyjąć, że w granicach uprawnień przyznanych sądowi przez prawo procesowe uprawniony w oparciu o prawo właściwe dochodzić może ochrony na wypadek naruszenia przysługującego mu prawa pierwokupu. Środki, jakie powinien on podjąć, zależne są zatem nie tylko od możliwości, jakie daje mu prawo właściwe, ale również od możliwości realizacji tych środków na drodze sądowej²⁷. Ponadto zgodnie z art. 12 ust. 2 rozporządzenia Rzym I w odniesieniu do środków, które może podjąć wierzyciel (uprawniony) w przypadku nienależytego wykonania, bierze się też pod uwagę prawo państwa, w którym następuje wykonanie²⁸.

7. Z uwagi na zainteresowania naukowe Jubilat oddzielnego potraktowania wymaga ustanowienie pierwokupu praw udziałowych w spółkach. Kwestii tej Jubilat poświęcił swą uwagę, m.in. trafnie wskazując, że nie ma przeszkód, aby zawierana między wspólnikami umowa ustanawiająca pierwokup praw udziałowych w spółce została poddana innemu prawu niż statut personalny spółki²⁹. Statut ten może jednak wpływać na skutki takiego porozumienia, szczególnie gdy w wyniku realizacji prawa pierwokupu dochodzi do zbycia praw udziałowych z naruszeniem statutu personalnego. Pojawia się bowiem wówczas pytanie, według którego statutu należy oceniać skutki tego naruszenia.

Prawo właściwe dla ustanowienia prawa pierwokupu określa, jak pierwokup należy wykonać, ale jak to zostało już zasygnalizowane na przykładzie nieruchomości, istotne znaczenie ma także prawo właściwe dla przedmiotu pierwokupu. W rozważanym przypadku jest to statut personalny spółki³⁰. To on określa, czy i w jaki sposób wspólnik może rozporządzać prawami przysługującymi mu z tytułu uczestnictwa w spółce³¹. Decyduje o istnieniu ustawowych i dopuszczalności umownych ograniczeń w rozporządzaniu prawami udziałowymi. Jeśli zatem statut personalny spółki nie dopuszcza

²⁶ Zob. J. Górecki, *Umowne*, s. 162 i n. oraz s. 227 i n.

²⁷ Zob. M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 351–352.

²⁸ Szerzej zob. M. Wojewoda [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, s. 593 i n.; M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych*, Warszawa 2007, s. 320 i n.

²⁹ Zob. W. Popiołek [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 16, s. 693–694.

³⁰ Zob. art. 17 p.p.m.

³¹ Pomijam tu kontrowersyjną kwestię ustalenia prawa właściwego dla formy rozporządzeń prawami udziałowymi w spółce. Zob. J. Górecki, *Forma umów w międzynarodowym obrocie gospodarczym* [w:] *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, red. W.J. Katner, U. Promińska, Warszawa 2010, s. 424 i n. i dalszą powołaną tam literaturę oraz W. Klyta [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, s. 141 i n.; K. Banaszek, *Forma zagranicznych rozporządzających czynności prawnych dotyczących udziałów w spółce z o.o. i GmbH* [w:] *Znad granicy ponad granicami. Księga dedykowana Profesorowi Dieterowi Martiny*, red. M. Krzymuski, M. Margoński, Warszawa 2014, s. 1 i n.

rozporządzania prawami udziałowymi w spółce, to nawet wykonanie prawa pierwokupu zgodnie z wymaganiami prawa właściwego dla jego ustanowienia nie doprowadzi do oczekiwanego skutku w postaci nabycia przez uprawnionego praw udziałowych objętych pierwokupem.

Natomiast gdy dojdzie do naruszenia prawa pierwokupu odnoszącego się do praw udziałowych w spółce, to zasadniczo, jak już zaznaczono, skutki tego naruszenia objęte są zakresem działania prawa właściwego dla ustanowienia prawa pierwokupu. Ono określa sankcje związane z zawarciem umowy naruszającej prawo pierwokupu. Natomiast jeśli przepisy statutu personalnego spółki nie dopuszczają takiego ograniczenia w rozporządzaniu prawami udziałowymi w spółce, to nie wystąpi wówczas sankcja (np. nieważności, zaskarżalności) wynikająca z prawa właściwego dla ustanowienia prawa pierwokupu³². Jeśli jednak statut personalny spółki dopuszcza ograniczenie w postaci umownego prawa pierwokupu, ale jego naruszenie wiąże z łagodniejszą sankcją, to brak jest podstaw do stosowania w tym zakresie statutu personalnego spółki w miejsce prawa właściwego dla ustanowienia pierwokupu³³.

Wreszcie należy zwrócić uwagę na specyfikę ustalania prawa właściwego dla ustanowienia prawa pierwokupu, jeśli wspólnicy ustanawiają je dla siebie nawzajem, tzn. że w razie sprzedaży praw udziałowych przez jednego ze wspólników każdy z pozostałych może skorzystać z prawa pierwokupu³⁴. W takim przypadku wszyscy wspólnicy są jednocześnie zobowiązanymi i uprawnionymi z tytułu prawa pierwokupu. W razie braku wyboru prawa pojawia się wtedy problem ustalenia prawa właściwego w oparciu o łącznik miejsca zwykłego pobytu osoby zobowiązanej do świadczenia charakterystycznego (art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I). Nie pojawi się on jedynie wówczas, gdy miejsce zwykłego pobytu wszystkich wspólników znajduje się w tym samym państwie. W innych przypadkach można zaproponować przynajmniej dwa rozwiązania. Pierwsze polegające na tym, że każde z praw miejsca zwykłego pobytu wspólnika znajdzie równoległe zastosowanie, co oznacza konieczność spełnienia wymagań wszystkich wchodzących w grę praw zarówno dla ustanowienia, jak i dla wykonania prawa pierwokupu. Rozwiązanie to należy odrzucić. Między innymi z tego względu, że nie pozwala ono na jednoznaczne ustalenie treści prawa pierwokupu przysługującego wspólnikom i innych okoliczności związanych z jego wykonaniem (np. terminu wykonania). Dlatego przyjąć należy, że w rozważanym przypadku zastosowanie znajdzie – zamiast art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I – art. 4 ust. 4 tego rozporządzenia, który odwołuje się do prawa państwa najściślej związanego z umową (tu: umową ustanawiającą prawo pierwokupu). Stwierdzić bowiem trzeba, że dla rozpatrywanej umowy nie można ustalić prawa właściwego na podstawie art. 4 ust. 2 rozporządzenia Rzym I. Państwem najściślej związanym z umową ustanawiającą prawo pierwokupu na rzecz wspólników stanie się najczęściej państwo, którego prawo jest statutem personalnym spółki. Nie można jednak wykluczać innego rozstrzygnięcia, np. odwołującego się do prawa państwa miejsca zwykłego pobytu większości wspólników.

³² Tak też W. Popiołek [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 16, s. 694.

³³ Chyba że przepisy statutu personalnego potraktować w tym zakresie jako przepisy wymuszające swe zastosowanie (art. 9 rozporządzenia Rzym I).

³⁴ Pomijam rozważania dotyczące sposobu wykonania takiego prawa pierwokupu.

Na zakończenie tego fragmentu rozważań trzeba jeszcze podkreślić, iż samo tylko zastrzeżenie prawa pierwokupu praw udziałowych w spółce w umowie spółki lub jej statucie nie przesądza jeszcze o tym, że ustanowienie prawa pierwokupu podlega automatycznie statutowi personalnemu tworzonej spółki. W razie niedokonania w umowie spółki wyboru prawa dla ustanowienia prawa pierwokupu, prawa właściwego w tym zakresie również należy poszukiwać przy pomocy podanych powyżej wskazówek. Wówczas jednak łatwiej jest uzasadnić (na podstawie art. 4 ust. 4 rozporządzenia Rzym I) właściwość statutu personalnego spółki, niż w przypadku ustanowienia prawa pierwokupu w odrębnej umowie zawieranej między zastrzegającymi pierwokup współnikami istniejącej już spółki.

8. Przedmiotem ustawowego prawa pierwokupu są najczęściej nieruchomości (prawa na nieruchomościach), ale pojawia się ono także np. w odniesieniu do zabytków (dóbr kultury)³⁵. Motywy jego ustanawiania są różne. Z reguły jednak chodzi o ochronę interesów publicznych (państwa lub samorządu lokalnego). Znamienne jest również to, że naruszenie ustawowego prawa pierwokupu wiąże się zwykle z surową sankcją nieważności czynności prawnej, w której doszło do tego naruszenia.

W związku z powyższym rodzi się pytanie o kwalifikowanie przepisów ustanawiających ustawowe prawo pierwokupu jako przepisów wymuszających swoje zastosowanie³⁶, o których mowa w art. 9 rozporządzenia Rzym I. Zgodnie z jego ust. 1 taki charakter mają przepisy, których przestrzeganie jest przez państwo uważane za tak istotny element ochrony jego interesów publicznych, takich jak organizacja polityczna, społeczna lub gospodarcza, że znajdują one zastosowanie do stanów faktycznych objętych ich zakresem bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla umowy zgodnie z niniejszym rozporządzeniem. Przepisy wymuszające swoje zastosowanie stosowane są niezależnie od stosowania prawa właściwego³⁷. Pochodzić one mogą zarówno z prawa państwa sądu orzekającego (art. 9 ust. 2 rozporządzenia Rzym I), jak też z prawa państwa, w którym ma nastąpić lub nastąpiło wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy (art. 9 ust. 3 rozporządzenia Rzym I). W tym drugim przypadku stosuje się je w zakresie, w jakim powodują one, że wykonanie umowy jest niezgodne z prawem. A tak stanie się np. wówczas, gdy dojdzie do zawarcia umowy sprzedaży, która narusza prawo właściwe dla przedmiotu ustawowego prawa pierwokupu (najczęściej *lex rei sitae*). Ponadto, rozważając przyznanie skuteczności takim przepisom, uwzględnia się ich charakter i cel oraz skutki ich zastosowania oraz niezastosowania³⁸.

³⁵ Zob. np. opublikowane w 2016 r. przez Bundestag opracowanie *Abwanderungsschutz für Kulturgüter in ausgewählten EU-Staaten*, <https://www.bundestag.de/blob/414072/b43f1957e5d993f3c78d1bd57b87a97c/wd-10-003-16-pdf-data.pdf> (dostęp: 7.02.2017). Zob. też M.H. Plutschow, *Staatliche Vorkaufsrechte im internationalen Kulturgüterschutz*, Zürich 2002.

³⁶ Szerzej na temat tego pojęcia zob. B. Fuchs, *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, Katowice 2003, s. 70 i n.; U. Magnus [w:] *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Internationales Vertragsrecht I*, red. U. Magnus, Berlin 2011, s. 657 i n.; M.A. Zachariasiewicz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, Warszawa 2014, s. 433 i n.

³⁷ M. Czepelak, *Międzynarodowe*, s. 475.

³⁸ Szerzej zob. M. Czepelak, *Międzynarodowe*, s. 483 i n.; M.A. Zachariasiewicz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, s. 459 i n.

Przepisy ustanawiające ustawowe prawo pierwokupu na rzecz państwa (Skarbu Państwa) lub samorządu (np. gmin) dość często spełniają powyższe wymagania³⁹. Przepisy takie stosowane są bowiem niezależnie od prawa właściwego dla umowy zawieranej między zobowiązanym a osobą trzecią. W przeciwnym wypadku dość łatwo można by ograniczyć ich skuteczność poprzez wybór obcego prawa dla umowy zobowiązującej do rozporządzenia przedmiotem objętym pierwokupem. W rozważanym przypadku zastosowanie znajdą przede wszystkim przepisy państwa miejsca wykonania zobowiązania wynikającego z umowy zawieranej między zobowiązanym a osobą trzecią. Państwem miejsca wykonania tego zobowiązania jest zwykle państwo, w którym położony jest przedmiot objęty prawem pierwokupu. Jednak kwestia ważności umowy obligacyjnej (np. sprzedaży) zawieranej między zobowiązanym a osobą trzecią nie jest objęta zakresem statutu rzeczowego (*lex rei sitae*), i to nawet wówczas, gdy umowa ta według statutu rzeczowego z zasady wywołuje skutki rzeczowe (jest umową o podwójnym skutku – zobowiązująco-rozporządzającą). Dlatego też nie można uzasadniać nieważności umowy zawartej z naruszeniem ustawowego prawa pierwokupu, odwołując się bezpośrednio do statutu rzeczowego (ewentualnie innego prawa właściwego dla przedmiotu pierwokupu). Nieważność tę wywodzić należy bądź to z prawa właściwego dla tej umowy (art. 10 ust. 1 rozporządzenia Rzym I), bądź to z przepisów wymuszających swoje zastosowanie (art. 9 rozporządzenia Rzym I). Statut rzeczowy nie wpływa bowiem bezpośrednio na treść i ważność umowy obligacyjnej stanowiącej kauzę dla rozporządzenia podlegającego statutowi rzeczowemu. Co najwyżej sprzeczność treści umowy obligacyjnej ze statutem rzeczowym doprowadzić może do tego, że umowa nie wywoła skutku rzeczowego (np. zamieszczenie w umowie o podwójnym skutku postanowienia niedopuszczalnego według statutu rzeczowego). Sprzeczność ta nie może jednak rzutować na ważność umowy obligacyjnej podlegającej własnemu statutowi (kontraktowemu).

Trudniej natomiast kwalifikować jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie przepisy ustanawiające prawo pierwokupu na rzecz innych podmiotów niż państwo (Skarb Państwa) lub samorząd lokalny. Dotyczy to np. przypadków występowania ustawowego prawa pierwokupu na rzecz dzierżawców nieruchomości, właścicieli sąsiednich nieruchomości albo na rzecz współwłaścicieli (współuprawnionych) w przypadku sprzedaży udziału we współwłasności (wspólności) ułamkowej⁴⁰. W tych przypadkach dominuje interes podmiotów uprawnionych do skorzystania z pierwokupu. Interes pu-

³⁹ W literaturze niemieckiej często podaje się przepisy ustanawiające prawo pierwokupu jako przykład przepisów wymuszających swe zastosowanie w rozumieniu art. 9 rozporządzenia Rzym I. Zob. np. R. Freitag [w:] *Internationales Vertragsrecht*, red. C. Reithmann, D. Martiny, Köln 2010, s. 379; P. Limmer [w:] *Internationales Vertragsrecht*, s. 752; U. Magnus [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen EGBGB/IPR. Einleitung zur Rom I-VO, Art. 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht I)*, red. U. Magnus, Berlin 2011, s. 261. Zob. też wypowiedź M.A. Zachariasiewicz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, s. 447, która do przepisów chroniących interesy wspólne (państwa) zalicza m.in. przepisy chroniące obrót nieruchomościami oraz dobra kultury.

⁴⁰ Zob. np. art. 17² ust. 6 ustawy z 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1222 ze zm.) oraz art. 682 szwajcarskiego kodeksu cywilnego (ZGB). Zob. też H. Rey, L. Strebel [w:] *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II*, red. H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser, Basel 2011, s. 1143 i n.

bliczny pojawia się dopiero w dalszej kolejności. Dlatego powoływanie się na art. 9 rozporządzenia Rzym I będzie wówczas uzasadnione tylko wyjątkowo.

9. Podsumowując przedstawione rozważania, trzeba podkreślić, że dla ustanowienia umownego prawa pierwokupu należy odrębnie poszukiwać prawa właściwego. Miarodajne w tym zakresie są normy zamieszczone w rozporządzeniu Rzym I. Ustalone na ich podstawie prawo właściwe decyduje o istnieniu i ważności ustanowienia prawa pierwokupu, o jego treści, okolicznościach uzasadniających jego wykonanie, sposobie i terminie wykonania oraz skutkach naruszenia prawa pierwokupu. Oddzielnie poszukiwać należy prawa właściwego dla formy ustanowienia i wykonania prawa pierwokupu (art. 11 rozporządzenia Rzym I) oraz zdolności do dokonania tych czynności. Natomiast skutki wykonania prawa pierwokupu zależą w znacznej mierze od prawa właściwego dla przedmiotu objętego pierwokupem. Ono bowiem przesądza o tym, czy wykonanie prawa pierwokupu prowadzić może do nabycia przez uprawnionego przedmiotu objętego tym prawem, oraz o czynnościach, które należy podjąć.

Ustawowe prawo pierwokupu jest często regulowane przepisami wymuszającymi swe zastosowanie (art. 9 rozporządzenia Rzym I). Ograniczenie to należy brać pod uwagę w przypadku, gdy umowa zobowiązująca dotycząca przedmiotu objętego ustawowym pierwokupem zawierana między zobowiązanym a osobą trzecią podlega innemu prawu niż prawo właściwe dla tego przedmiotu. Nieuwzględnienie tych przepisów doprowadzić może do tego, że nie wystąpi skutek rozporządzający umowy zobowiązującej (najczęściej sprzedaży) zawartej z naruszeniem ustawowego prawa pierwokupu.

Jacek Górecki – profesor doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

MONIKA JAGIELSKA

DOPUSZCZALNOŚĆ WYBORU PRAWA W UMOWACH Z KONSUMENTAMI ZAWIERANYCH ZA POMOCĄ WZORCA UMOWNEGO¹

Wśród wielu wypowiedzi Jubilata o prawie prywatnym międzynarodowym znaleźć można także takie, które odnoszą się do regulacji kwestii konsumenckich w prawie kolizyjnym, w tym odnośnie do wyboru prawa w umowach konsumenckich². Profesor wypowiedział się wówczas krytycznie o propozycji Komisji Europejskiej wyłączenia w projekcie rozporządzenia Rzym I możliwości dokonania przez strony wyboru prawa w umowach między przedsiębiorcą a konsumentem. Mimo że w ostatecznie w rozporządzeniu dopuszczono (z pewnymi ograniczeniami) wybór prawa w umowach obrotu mieszanego, kwestia wyłączenia możliwości dokonania takiego wyboru ponownie stała się aktualna w związku z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 17.09.2014 r.³, w którym sąd stwierdził, że zamieszczenie we wzorcu umowy konsumenckiej postanowienia przewidującego zastosowanie prawa obcego dla konsumenta, a właściwego dla twórcy wzorca, stanowi klauzulę niedozwoloną w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c.⁴

Nie wchodząc w szczegóły stanu faktycznego, którego wspomniane orzeczenie dotyczy, jako że niniejsza publikacja nie ma charakteru glosy, warto zastanowić się, czy rzeczywiście zamieszczenie we wzorcu umowy konsumenckiej postanowienia o wyborze prawa obcego stanowi klauzulę niedozwoloną i jakie są konsekwencje przyjęcia takiego stanowiska.

Przyjrzyjmy się wpiérw skutkom uznania, że zamieszczenie we wzorcu umowy konsumenckiej postanowienia o wyborze prawa obcego stanowi klauzulę niedozwoloną. Zgodnie z art. 385¹ § 1 k.c. postanowienie niedozwolone nie wiąże konsumenta, czyli – w omawianym przypadku – wybór prawa jest niewiążący dla konsumenta.

¹ Publikacja powstała w ramach realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki 2015/17/B/HS5/01416 „Ochrona słabszej strony stosunku umownego”.

² W. Popiołek, *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym* [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego, Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar, Kraków 1994, s. 351.

³ Wyrok SN z 17.09.2014 r., I CSK 555/13 (OSNC 2015/7–8, poz. 94).

⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.); dalej: k.c.

Powstaje pytanie, czy jest to skutek pozytywny dla stron umowy. W odniesieniu do przedsiębiorcy odpowiedź jest zapewne negatywna. Przedsiębiorca, wybierając prawo właściwe, zapewne dostosował całokształt treści umowy do danego prawa czy odpowiednio skalkulował koszty. Ponadto traci on jakkolwiek pewność co do właściwości prawa. Jeżeli bowiem wybór prawa będzie bezskuteczny, sąd orzekający – co do zasady – ustali prawo właściwe na podstawie obowiązujących w jego siedzibie norm prawa prywatnego międzynarodowego. Nie komplikując zagadnienia, przyjmijmy, że zastosowanie znajdą przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych⁵. Na jego podstawie, w odniesieniu do umów z konsumentami, co do zasady, właściwe może być albo prawo państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu (art. 6 ust. 1 rozporządzenia Rzym I), albo prawo państwa, w którym ma siedzibę przedsiębiorca (art. 4 rozporządzenia Rzym I), w zależności od tego, czy zostały wypełnione przesłanki zastosowania art. 6 ust. 1 rozporządzenia. Zgodnie z nimi umowa konsumencka podlega prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, o ile przedsiębiorca albo wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w państwie, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, albo w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do tego państwa lub do kilku państw z tym państwem łącznie, a umowa wchodzi w zakres tej działalności.

Należy zatem bardzo wyraźnie podkreślić, że rozporządzenie Rzym I nie przewiduje właściwości *legis domicilii* konsumenta we wszystkich zawieranych przez niego umowach. Odwołanie do miejsca zwykłego pobytu konsumenta nastąpi tylko wtedy, gdy w tym właśnie miejscu został on „wyszukany”, czy też jak to bardziej obrazowo ujął jeden z autorów: „upolowany”⁶ przez przedsiębiorcę. Przyznany zakres ochrony nie jest zatem pełny, nie obejmuje wszystkich sytuacji życiowych, chroni co do zasady konsumenta „pasywnego”, odmawiając ochrony konsumentowi „aktywnemu” – w myśl zasady: „jeśli jesteś w Rzymie, zachowuj się jak Rzymianin”. Jak to wyraziście przedstawił B. von Hoffmann: konsument, który wyjeżdża ze swego kraju w podróż dookoła świata, nie zabiera przepisów ochronnych do swej walizki⁷. W tych ostatnich sytuacjach zastosowanie znajdzie prawo wskazane na zasadach ogólnych, czyli – co do zasady – przez art. 4 rozporządzenia Rzym I, a zatem prawo państwa, w którym strona zobowiązana do spełnienia świadczenia charakterystycznego dla umowy (a zatem zazwyczaj przedsiębiorca) ma miejsce zwykłego pobytu.

Przenosząc powyższe rozważania na interesujący nas obszar umów zawieranych z konsumentem przy wykorzystaniu wzorca umowy, należy odróżnić dwie sytuacje. Pierwsza to taka, w której przedsiębiorca wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w państwie, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu (pierwsze kryterium) lub w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do tego państwa lub do kilku państw z tym państwem łącznie (drugie kryterium). W odniesieniu do pierw-

⁵ Dz.Urz. UE L 177, s. 6; dalej: rozporządzenie Rzym I.

⁶ O. Lando, *The eternal crisis* [w:] *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, red. J. von Basedow, K. Hopt, Tübingen 1998, s. 369.

⁷ B. von Hoffmann, *Consumer Contracts and the 1980 Rome Convention*, „Journal of Consumer Policy” 1992/15, s. 372.

szego kryterium chodzi zatem np. o umowy zawierane w zagranicznym oddziale danego przedsiębiorstwa czy umowy zawierane w trakcie pokazów, prezentacji czy w domu konsumenta, z zagranicznym przedsiębiorcą. Jeżeli przedsiębiorca wykorzystuje wzorzec umowy z zamieszczoną w nim klauzulą wyboru prawa obcego, wybór prawa w świetle wskazanego na początku rozważań orzeczenia Sądu Najwyższego będzie bezskuteczny, a zastosowanie znajdzie prawo państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu. Prawo takie znajdzie też zastosowanie, gdy (kryterium drugie) przedsiębiorca zamieści klauzulę wyboru prawa we wzorcu umownym wykorzystywanym w umowach zawieranych *online*, np. za pośrednictwem aktywnych stron internetowych, czyli w przeważającej obecnie liczbie umów transgranicznych zawieranych przez konsumentów.

Inaczej sytuacja będzie się kształtować, jeżeli klauzula wyboru prawa znajdować się będzie we wzorcu umownym wykorzystanym dla zawarcia umowy z tzw. aktywnym konsumentem. Przykładowo będą to umowy zawierane przez konsumenta podczas pobytu za granicą, gdy konsument udaje się do przedsiębiorcy w celu zawarcia umowy o świadczenie usług bankowych, turystycznych i wielu innych. W takim wypadku, zgodnie z orzeczeniem SN, klauzula wyboru prawa również będzie bezskuteczna, jednakże zastosowanie znajdzie nie *lex domicilii* konsumenta, ale – co do zasady – prawo obowiązujące w siedzibie przedsiębiorcy. Sąd w uzasadnieniu wskazał, że „wprowadzenie takiej klauzuli [wyboru prawa obcego – M.J.] stawia więc twórcę wzorca umowy w sytuacji wyjątkowo uprzywilejowanej w stosunku do konsumenta, któremu klauzula ta została narzucona, twórca wzorca bowiem zna prawo, któremu ma podlegać umowa, natomiast konsument prawa tego nie zna i nie jest w stanie ustalić, które prawo rzeczywiście ma zastosowanie”.

Jednakże rozwiązanie zaproponowane przez Sąd Najwyższy nie tylko nie polepsza sytuacji konsumenta, lecz – jak wynika z powyższych rozważań – jeszcze bardziej ją komplikuje, gdyż już nie dwa systemy prawne (pobytu konsumenta lub prawa wybranego) wchodzi w grę, lecz także – tylko w zależności od tego, w jakich okolicznościach doszło do zawarcia umowy – prawo siedziby przedsiębiorcy.

Propozycja ubezskutechnienia klauzuli wyboru prawa w umowach z konsumentami stawia zatem pod znakiem zapytania zakres ochrony przyznanej konsumentowi, ale przede wszystkim podważa pewność prawa. Trudno także zgodzić się, że rozwiązanie takie polepsza sytuację konsumenta. Sąd słusznie stwierdził, że „wybór prawa obcego dla konsumenta oznacza, że w razie jakiegokolwiek sporu sąd w każdym konkretnym przypadku jest obowiązany porównać standard ochrony przyznanej konsumentowi na gruncie prawa wybranego ze standardem zagwarantowanym na gruncie prawa właściwego dla konsumenta. Nie chodzi przy tym o abstrakcyjne porównanie rozwiązań przyjętych w tych systemach, lecz o ocenę skutków ich zastosowania w konkretnym przypadku i do konkretnego stanu faktycznego sprawy. Jeżeli ocena potwierdza, że prawo wybrane zapewnia konsumentowi ochronę w stopniu co najmniej równym z przyjętym w przepisach bezwzględnie obowiązujących prawa właściwego dla konsumenta, sąd stosuje w sprawie wybrane prawo obce. Jeżeli natomiast prawo właściwe dla konsumenta w niektórych sytuacjach zapewnia mu lepszą ochronę na gruncie przepisów bezwzględnie obowiązujących, sąd jest obowiązany

w tym zakresie stosować te przepisy, w pozostałym zaś zakresie przepisy wybranego prawa obcego”. Później jednak Sąd powiedział, że „taka sytuacja jest niewątpliwie niekorzystna dla konsumenta, ponieważ utrudnia, a niekiedy wręcz uniemożliwia mu ustalenie zakresu praw i obowiązków stron umowy, którą zawiera na podstawie wzorca umowy przewidującego klauzulę wyboru prawa obcego”. Z tym stwierdzeniem trudno się zgodzić. Niejednokrotnie bowiem może być tak, że prawo wybrane będzie zawierało rozwiązania znacznie korzystniejsze dla konsumenta niż prawo obowiązujące w miejscu zwykłego pobytu konsumenta. Dlatego zatem, mocą arbitralnej decyzji sądu, miano by konsumenta pozbawiać lepszej ochrony, zwłaszcza w sytuacji gdy jej zapewnienie jest jednocześnie wolą przedsiębiorcy?

Wreszcie trzeba zauważyć, że stanowisko przyjęte przez Sąd prowadzi w praktyce do wyłączenia wyboru prawa w stosunkach z konsumentami. Sąd stwierdza bowiem, że „w świetle postanowień art. 3 rozporządzenia Rzym I, wybór prawa właściwego dla umowy musi opierać się na rzeczywistej woli stron, a więc musi być indywidualnie przez nie uzgodniony. Nie można mówić o rzeczywistej woli stron i rzeczywistym uzgodnieniu między nimi wyboru obcego dla konsumenta prawa w razie posługiwania się wzorcem umowy opracowanym przez przedsiębiorcę, w którym zawarto klauzulę wyboru prawa obcego, bez indywidualnego uzgodnienia tej klauzuli z konsumentem”. Abstrahując od błędnego moim zdaniem rozumienia przez Sąd art. 3 rozporządzenia Rzym I⁸, trzeba zauważyć, że w umowach z konsumentami wybór prawa jest dokonywany w praktyce obrotu tylko poprzez wykorzystanie wzorca umownego. Natomiast ochronie interesów konsumenta w takim przypadku służyć ma właśnie art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rzym I.

W konsekwencji rodzi się pytanie, czy rozwiązanie przyjęte przez Sąd Najwyższy jest w ogóle zgodne z prawem europejskim.

W Zielonej Księdze w sprawie przekształcenia Konwencji Rzymskiej w rozporządzenie⁹ Komisja Europejska zawarła (jako jedną z wielu) propozycję całkowitego wyłączenia wyboru prawa w umowach z konsumentami i obligatoryjnego stosowania prawa państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu. Podobnie pierwsza propozycja regulacji przedstawiona przez Komisję w odniesieniu do umów konsumenckich była bardzo radykalna¹⁰ i zakładała wyłączenie możliwości wyboru prawa w stosunkach konsumenckich. Zgodnie z art. 5 ust. 1 projektu umowy konsumenckie podlegały prawu państwa członkowskiego, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu. Przepis ten miał być stosowany, jeżeli przedsiębiorca, działając w zakresie swojej działalności zawodowej lub handlowej, prowadzi ją w państwie, w którym konsument ma

⁸ Szerzej M. Jagielska, A. Kunkiel-Kryńska, *Wybór prawa jako klauzula abuzywna w umowach konsumenckich zawieranych przez Internet*, iKAR 2016/3 (5).

⁹ Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation [COM (2002) 654 final], <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/da/TXT/?uri=CELEX:52002DC0654> (dostęp: 7.02.2017).

¹⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) z 15.12.2005 r. [COM (2005) 650 final], <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005PC0650&qid=1486483804219&from=EN> (dostęp: 7.02.2017).

miejsce zwykłego pobytu, lub też w jakikolwiek sposób kieruje ją na terytorium tego państwa lub kilku państw, chyba że przedsiębiorca nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wiedzieć, w którym państwie konsument zwykle przebywa.

Większość przedstawicieli doktryny ustosunkowała się do tej propozycji bardzo krytycznie¹¹. Wskazywano, że słabą stroną takiego rozwiązania jest wyłączenie autonomii woli stron, co nie znajduje uzasadnienia nawet w aspekcie ochrony strony słabszej. Nie zawsze wybór prawa musi prowadzić do naruszenia interesów konsumenta. Niejednokrotnie jest on korzystny dla obu stron umowy. Ponadto może negatywnie wpłynąć na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, ponieważ przedsiębiorcy zmuszeni będą brać pod uwagę wymogi wszystkich systemów prawnych państw członkowskich. Prowadzić to będzie do podniesienia kosztów ich działania, w ostatecznym rozrachunku przenoszonych zresztą na konsumentów (koszty obsługi prawnej dostosowującej umowy do prawa wewnętrznego poszczególnych państw), ograniczy zasięg działania mniejszych przedsiębiorców, kierujących swe świadczenia tylko do wybranych krajów, i wpłynie negatywnie na konkurencję na rynku – krajowi przedsiębiorcy będą w pewien sposób w bardziej uprzywilejowanej sytuacji¹². Zamykanie rynków krajowych (w obawie przed zastosowaniem prawa obcego), faworyzowanie przedsiębiorców krajowych, sprzeczność z zasadą kraju pochodzenia to podstawowe zarzuty podnoszone przez przedstawicieli praktyki.

Wskazywano także na trudności, które mogą powstać w praktyce stosowania owego rozwiązania, np. w sytuacji umów zawieranych przez kilku konsumentów mających miejsce zwykłego pobytu w różnych państwach (przykładowo małżeństwo otwierające wspólne konto w banku), a także w przypadku stosunków o charakterze ciągłym, jeżeli w czasie ich trwania nastąpiłaby zmiana miejsca pobytu konsumenta. Po długich debatach przyjęto w końcu rozwiązanie znajdujące swój wyraz w art. 6 rozporządzenia Rzym I.

W powyższym kontekście praktyczne wyłączenie wyboru prawa w umowach z konsumentami wydaje się być niezgodne z prawem europejskim na co najmniej dwóch płaszczyznach.

Po pierwsze – jak już wskazano – prowadzi do stosowania rozwiązań odrzuconych przez ustawodawcę europejskiego.

Po drugie może stanowić barierę dla swobodnego korzystania przez konsumenta z rynku europejskiego i przeszkodę w swobodzie zawierania umów transgranicznych przez konsumentów. Jeżeli przedsiębiorca będzie zmuszony do poddania się prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, może podjąć konkretne aktywności albo poprzez techniczne możliwości blokowania strony internetowej dla

¹¹ P. Lagarde, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission*, „Revue critique de droit international privé” 2006/2, s. 341; a także m.in. – jak wskazano we wstępie niniejszych rozważań – W. Popiołek, *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym* [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar, Kraków 1994, s. 351.

¹² Union Européenne De L'artisanat Et Des Petites Et Moyennes Entreprises, *Towards a comprehensive EU contract law: the Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, http://www.ueapme.com/docs/pos_papers/2007/0705_pp_Rome_I.pdf (dostęp: 13.02.2017).

określonych obszarów, albo w drodze ograniczenia kręgu kontrahentów na płaszczyźnie czynności prawnej¹³. W praktyce może to polegać przykładowo na wprowadzeniu procedury rejestracji klienta, zanim uzyska on możliwość zawarcia umowy. Przed każdym odwiedzeniem strony internetowej w celu zawarcia umowy użytkownik będzie musiał zalogować się za pomocą przydzielonych mu nazwy użytkownika i hasła. Jeżeli tylko oferent wymagał od użytkownika w procesie rejestracji podania miejsca zwykłego pobytu, może przy późniejszym zawarciu umowy zakładać, że kontrahent pochodzi z danego systemu prawnego¹⁴. Innym sposobem jest wymaganie od konsumenta bezpośrednio przed każdym zawarciem umowy podania danych dotyczących miejsca jego zwykłego pobytu. Jeśli konsument nie chce przekazać tych danych lub pochodzi z państwa, którego porządek prawny przedsiębiorca chciałby wykluczyć, wówczas ten ostatni może zaprogramować swą stronę internetową w ten sposób, by oferta została odrzucona¹⁵. W przypadku umów powiązanych z wysyłką towarów przedsiębiorca może ograniczyć obszar swego działania poprzez wskazanie katalogu państw, z których mogą się wywodzić kontrahenci. Jeśli na takiej liście brak jest państwa pobytu danego konsumenta, wówczas nie może on zakończyć procesu zamówienia i nie dochodzi do zawarcia umowy. W literaturze wskazuje się, że geo-blokowanie może być jedną z konsekwencji dość prokonsumenckiej regulacji przyjętej w art. 6 rozporządzenia Rzym I. Jeżeli poszlibyśmy krok dalej – w kierunku całkowitego wyłączenia wyboru prawa w umowach z konsumentami, zjawisko to może się jeszcze bardziej nasilać.

Kolejną kwestią wymagającą rozważenia jest to, czy klauzula wskazania prawa właściwego zawarta we wzorcu umowy z konsumentem może być uznana za niedozwoloną. Zdaniem Sądu Najwyższego „sam fakt, że przepisy dopuszczają możliwość dokonania przez strony wyboru innego prawa niż właściwe dla konsumenta, gwarantując mu w takiej sytuacji ochronę jego praw w stopniu zapewnionym przez przepisy bezwzględnie obowiązujące w państwie jego zwykłego pobytu, nie przesądza dopuszczalności zamieszczenia we wzorcu umowy klauzuli o wyborze prawa obcego dla konsumenta ani że taka klauzula zawarta we wzorcu umowy nie jest klauzulą niedozwoloną”.

Wydaje się, że wyrażona w stanowisku Sądu teza o ewentualnej niedopuszczalności zamieszczenia we wzorcu umowy klauzuli o wyborze prawa obcego dla konsumenta jest – w świetle wcześniejszych wywodów – chybiona. Natomiast można zgodzić się ze stanowiskiem Sądu, że taka klauzula zawarta we wzorcu umowy może w danych okolicznościach stanowić klauzulę niedozwoloną. Powstaje tylko pytanie, kiedy klauzula taka będzie niedozwolona. Sąd uznał, że narzucenie przez przedsiębiorcę prawa szwajcarskiego jako prawa właściwego dla warunków, a więc prawa obcego dla konsumentów, a właściwego dla twórcy wzorca, stanowi sprzeczne z dobrymi obyczajami

¹³ A. Lopez-Tarruella, *Cross-Border disputes on on-line Consumer Contracts in the European Union The Brussels convention, the Brussels Regulation and the role of alternative dispute resolution system*, „Journal of Network Industries” 2001/2, s. 257.

¹⁴ N. Ganssauge, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet. Eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, Tübingen 2004, s. 202.

¹⁵ D. Kot, M. Świerczyński, *Prawo właściwe i jurysdykcja krajowa dla stosunków gospodarczych w Internecie* [w:] *Handel elektroniczny. Prawne problemy*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Kraków 2005, s. 414.

ukształtowanie praw i obowiązków konsumenta, rażąco naruszające jego interesy. W uzasadnieniu wskazał, że „konsument, w celu ustalenia, jak kształtują się prawa i obowiązki stron umowy, którą ma zamiar zawrzeć, powinien zapoznać się z oboma systemami prawnymi, ustalić, który z nich ma zastosowanie do umowy lub poszczególnych praw i obowiązków z niej wynikających, co niewątpliwie jest trudne i wymaga czasu, wiedzy oraz odpowiednich środków. Nawet jeżeli konsument to ustali, nie jest w stanie przed zawarciem umowy przewidzieć, jakie przepisy będą stosowane w razie sporu sądowego wynikłego na jej tle, a zatem w istocie nie jest w stanie przed zawarciem umowy określić praw i obowiązków stron, konsekwencji zawarcia umowy oraz skutków ewentualnego sporu na jej tle”.

W omawianej sprawie przedsiębiorca zawarł we wzorcu klauzulę wyboru prawa szwajcarskiego. Wskazał zatem jednoznacznie, jakie prawo będzie właściwe dla umowy zawieranej z konsumentem. Gdyby prawo to prowadziło do przyjęcia skutków niekorzystnych dla konsumenta, rozporządzenie Rzym I zawiera stosowne mechanizmy korygujące, zwłaszcza art. 6 regulacji – przewidujący, że wybór prawa nie może pozbawiać konsumenta ochrony wynikającej z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa państwa zwykłego pobytu konsumenta. W razie wyboru prawa obcego konsument uzyskuje prawo powoływania się na bardziej korzystne dla niego uregulowania wynikające z wybranego prawa lub z przepisów o charakterze imperatywnym obowiązujących w państwie jego zwykłego pobytu. Jak słusznie podniósł sąd niższej instancji, zamieszczenie klauzuli wyboru prawa we wzorcu umownym spełnia przesłanki wskazane w art. 3 oraz art. 6 rozporządzenia, jeżeli system prawny został wskazany przez podanie nazwy państwa, którego prawo zostało wybrane.

Można natomiast wskazać na istnienie klauzul decydujących o właściwości prawa, które faktycznie będą rażąco naruszać interesy konsumenta. Jednym z najbardziej wyrazistych jest przykład praktyki stosowanej przez amerykańskiego przewoźnika morskiego, który w zamieszczonych na bilecie ogólnych warunkach umowy zawierał klauzulę wyboru prawa, które jest dlań najlepsze (*la loi qui leur est la plus favorable*)¹⁶.

W takim wypadku nie ulega wątpliwości, że mamy do czynienia z postanowieniem umownym, które wypełnia przesłanki uznania go za niedozwolone. Nie tylko jest ono niejednoznaczne, ale przede wszystkim kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

Podsumowując przedstawione rozważania, należy zatem stwierdzić, że aprioryczne uznanie każdej klauzuli wyboru prawa obcego zawartej w ogólnych warunkach umów z konsumentami za niedozwoloną jest z pewnością zbyt daleko idące. Działanie takie w istocie skutkuje wyłączeniem możliwości dokonywania wyboru prawa w umowach z konsumentami, co jest sprzeczne z prawem polskim i europejskim. Ponadto może prowadzić do skutków niekorzystnych dla konsumenta. Odnosi się to do arbitralnego pozbawienia ochrony przyznawanej przez prawo wybrane (które może zawierać rozwiązania korzystniejsze dla konsumenta), zwiększenia niepewności co do prawa właściwego

¹⁶ F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 188, Leiden–Boston 1984, s. 372.

(zwłaszcza w sytuacji rozróżnienia między tzw. konsumentem aktywnym i pasywnym), a także potencjalnego zwiększenia zjawiska geo-blokowania.

Powyższe stwierdzenia nie przesądzają jednocześnie o tym, że każda klauzula wskazująca prawo właściwe dla umowy jest dozwolona i nie może być przedmiotem kontroli pod kątem jej uczciwości. Nie można jednak przyjąć, że wyraźne wskazanie właściwości prawa obcego samo w sobie jest abuzywne.

Monika Jagielska – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

WITOLD KUROWSKI

WYNAGRODZENIE ZA PRACĘ I JEGO OCHRONA W PRAWIE PRYWATNYM MIĘDZYNARODOWYM – ZAGADNIENIA WYBRANE

1. Stosunek pracy stanowił i stanowi nadal podstawową formę zatrudnienia rozumianego jako wykonywanie przez osobę fizyczną określonych czynności na rzecz innego podmiotu – pracodawcy – w zamian za wynagrodzenie. Ustanowienie obowiązku wypłaty owego wynagrodzenia stanowi przy tym konieczny element umowy, bez którego do powstania stosunku pracy nie dojdzie. Jednocześnie głównym celem pracownika podejmującego pracę jest zapewnienie dla siebie i swojej rodziny w miarę stałego źródła utrzymania, którym ma być właśnie stosunek pracy. Nawiązanie więzi prawnej z pracodawcą, a w konsekwencji – na skutek wykonywania obowiązków pracowniczych – uzyskiwanie przez pracownika wynagrodzenia ma zatem zaspokoić podstawowe, wręcz egzystencjalne potrzeby jego i osób mu bliskich. Z tego też powodu prawodawcy, przy merytorycznoprawnej regulacji stosunków pracy, za dogmat przyjmują zapewnienie szczególnej, uprzywilejowanej pozycji pracownikowi, będącemu – z reguły – słabszą stroną w takich relacjach prawnych¹.

Powyższe założenia stanowią także podstawę kolizyjnego unormowania stosunku pracy. Jeżeli prawodawcy podejmują decyzję o kompleksowej regulacji właściwości prawa dla stosunków umownych, najczęściej przy tej okazji wprowadzane są szczególnie przepisy dotyczące umowy o pracę², których celem jest – na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego – zabezpieczenie interesów pracownika. Należy bowiem pamiętać,

¹ Zob. A. Malintoppi, *Les rapports de travail en droit international privé*, „Recueil des Cours” 1987/5, s. 338–340; L. Florek, *Ochrona pracowników jako słabszej strony stosunku pracy* [w:] M. Boratyńska (red.), *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, Warszawa 2016, s. 984–990.

² Zob. w szczególności art. 48 albańskiej ustawy z 2.06.2011 r. o prawie prywatnym międzynarodowym, art. 43 chińskiej ustawy z 28.10.2010 r. o prawie prywatnym międzynarodowym, art. 43 czarnogórskiej ustawy z 23.12.2013 r. o prawie prywatnym międzynarodowym, art. 12 japońskiej ustawy z 21.06.2006 r. o ogólnych regułach stosowania prawa, art. 48 ustawy Liechtensteinu z 19.09.1996 r. o prawie prywatnym międzynarodowym, art. 3118 kodeksu cywilnego Québec z 8.01.1991 r., art. 121 szwajcarskiej ustawy z 18.12.1987 r. o prawie prywatnym międzynarodowym, art. 67 tunezyjskiej ustawy z 27.11.1998 r. o prawie prywatnym międzynarodowym, art. 27 tureckiej ustawy z 27.11.2007 r. o prawie prywatnym międzynarodowym czy też art. 52 ukraińskiej ustawy z 23.06.2005 r. o prawie prywatnym międzynarodowym.

że zapewnienie skuteczności regulacji ochronnych dla podmiotu słabszego dokonywane jest na płaszczyźnie merytorycznej za pomocą przepisów bezwzględnie wiążących lub semiimperatywnych. Zakładając przy tym, że poziom ochrony pracownika nie jest jednakowy we wszystkich państwach, istniałoby duże prawdopodobieństwo poszukiwania przez pracodawców takich systemów prawnych, które gwarantują pracownikom relatywnie niski standard zatrudnienia, co przekładałoby się na korzyści podmiotów ich zatrudniających. Wykorzystując swoją przewagę ekonomiczną i organizacyjną, pracodawcy ci narzucaliby pracownikom poddanie ich stosunków pracy takim właśnie systemom prawnym w drodze wyboru prawa. W oparciu o ogólne reguły kolizyjne, dopuszczające w szerokim zakresie kolizyjnoprawną autonomię woli stron, ograniczenia swobody w kształtowaniu stosunków pracy na płaszczyźnie merytorycznej okazywałyby się czysto iluzoryczne. Regulacja kolizyjna musi być zatem komplementarna względem unormowania merytorycznego, a zatem – musi limitować dopuszczalność wyboru prawa dla umowy o pracę i stosunku z niej wynikającego³.

2. W ramach kwalifikacji jedną z przesłanek sięgnięcia po regułę kolizyjną wskazującą prawo właściwe dla umowy o pracę będzie okoliczność odpłatnego wykonywania przez daną osobę fizyczną czynności (faktycznych lub prawnych) na rzecz innego podmiotu⁴. Nie ulega przy tym wątpliwości, że wskazany element – odpłatność świadczonej „pracy” – odegra kluczową rolę przy podejmowaniu decyzji, jaką normę kolizyjną zastosować, skoro powszechnie przyjmuje się, że podstawowym obowiązkiem pracodawcy wynikającym ze stosunku pracy jest właśnie wypłata pracownikowi wynagrodzenia⁵. Stosunek prawny, w ramach którego jeden z podmiotów przyjmuje na siebie obowiązek nieodpłatnego wykonywania pewnych czynności, nie będzie zatem stosunkiem pracy.

Prawo właściwe dla „indywidualnych umów o pracę” wskazuje obecnie art. 8 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 593/2008 z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁶. Zgodnie z tym przepisem strony takiej umowy mogą dla niej i stosunku, którego jest ona źródłem, dokonać wyboru prawa, z tym że wybór taki nie może prowadzić do pozbawienia pracownika ochrony przyznanej mu na podstawie przepisów bezwzględnie wiążących

³ Zob. w szczególności M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej. Komentarz do rozporządzeń rzymskich*, Warszawa 2012, s. 70–71, 221; M. Czepelak, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2015, s. 374–379.

⁴ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2008, s. 206; P. Kaye, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot–Brookfield–Hong Kong–Singapore–Sydney 1993, s. 222; M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 178–179; D. Martiny [w:] H.J. Sonnenberger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht*, t. 11, München 2010, s. 748; A. Staudinger [w:] F. Ferrari (red.), *Rome I Regulation. Pocket Commentary*, München 2015, s. 296.

⁵ M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 192; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 771; zob. także S. Kalus, *Międzynarodowe stosunki pracy. Wybrane zagadnienia kolizyjne*, Warszawa 1978, s. 31–32; A.M. Świątkowski, *Międzynarodowe prawo pracy*, t. II, *Międzynarodowe prywatne prawo pracy*, Warszawa 2010, s. 299–302.

⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.Urz. UE L 177, s. 6); dalej: rozporządzenie Rzym I.

(semiimperatywnych) prawa, jakie w braku wyboru byłoby dla stosunku pracy właściwe (art. 8 ust. 1 rozporządzenia Rzym I)⁷. Celem tej regulacji jest zagwarantowanie pracownikowi szczególnej pozycji – jako stronie słabszej stosunku pracy⁸. Jak widać, autorzy rozporządzenia Rzym I uznali za konieczne zabezpieczanie interesów pracownika także na płaszczyźnie kolizyjnej. W braku wyboru prawa umowa o pracę podlega prawu państwa, w którym lub – gdy takiego brak – z którego pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu tej umowy (art. 8 ust. 2 rozporządzenia Rzym I)⁹. Jeżeli nie można ustalić *loci laboris*, za właściwe należy uznać prawo państwa, gdzie znajduje się przedsiębiorstwo, za pośrednictwem którego zatrudniono danego pracownika¹⁰. Jednakże zgodnie z art. 8 ust. 4 rozporządzenia Rzym I, w przypadku gdy ze wszystkich okoliczności wynika, że umowa o pracę wykazuje ściślejszy związek z innym państwem niż to, w którym (z którego) pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy albo gdzie znajduje się przedsiębiorstwo, za pośrednictwem którego zatrudniono pracownika, umowa ta podlega prawu tego innego państwa¹¹. Wskazana reguła korekcyjna ma na celu uelastycznienie powiązania, które zostało przewidziane dla stosunku pracy w oparciu o łączniki obiektywne¹². Dla porządku należy wskazać, że kolizyjnoprawne unormowanie umownych stosunków pracy w rozporządzeniu Rzym I w niewielkim stopniu odbiega¹³ od wcześniejszej regulacji wynikającej z art. 6

⁷ B. Fuchs, *Prawo właściwe dla umowy o pracę w świetle Konwencji rzymskiej oraz rozporządzenia „Rzym I”*, EPS 2009/12, s. 5, 7; R. Plender, M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, London 2009, s. 310–311; W. Sanetra, *Rozporządzenie dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II) a prawo pracy*, EPS 2009/3, s. 5; W. Sanetra, *W stronę kolizyjnego międzynarodowego prawa pracy*, PiZS 2009/7, s. 4; K. Brucko-Stępkowski, *Wybór prawa właściwego dla stosunku pracy*, cz. 1, „Monitor Prawa Pracy” 2010/9, s. 459–463; M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 180–181; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 146–147, 222; M. McParland, *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford 2015, s. 645–658; A. Staudinger [w:] F. Ferrari (red.), *Rome I*, s. 297–299. Zob. także A.M. Świątkowski, *Międzynarodowe prawo pracy*, s. 430–456.

⁸ Zob. m.in. wyrok ETS z 9.01.1997 r., C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd.* (Zb.Orz. 1997, s. I-57, pkt 22); wyrok ETS z 10.04.2003 r., C-437/00, *Giulia Pugliese v. Finmeccanica SpA, Alenia Aerospazio Division* (Zb.Orz. 2003, s. I-3573, pkt 18); wyrok TSUE z 15.03.2011 r., C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Wielkie Księstwo Luksemburga* (Zb.Orz. 2011, s. I-1595, pkt 41).

⁹ P. Stone, *EU Private International Law*, Cheltenham–Northampton 2014, s. 320; W. Sanetra, *Rozporządzenie*, s. 5; M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.) *Rome*, s. 184–185; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 755–756; M. McParland, *The Rome I*, s. 658–665; A. Staudinger [w:] F. Ferrari (red.), *Rome I*, s. 302–304.

¹⁰ M. McParland, *The Rome I*, s. 670–675; A. Staudinger [w:] F. Ferrari (red.), *Rome I*, s. 313–315.

¹¹ B. Fuchs, *Prawo* s. 5, 7; M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 187–188; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 762–764; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 222; M. McParland, *The Rome I*, s. 675–681; A. Staudinger [w:] F. Ferrari (red.), *Rome I*, s. 315–316.

¹² D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 763.

¹³ S. Leible, M. Lehmann, *Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I”)*, RIW 2008/8, s. 540; H. Kenfack, *Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?*, „Clunet” 2009/1, s. 36; P. Mankowski, *Employment Contracts Under Article 8(2) of the Rome I Regulation* [w:] F. Ferrari, S. Leible (red.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München 2009, s. 175–177; D. Martiny [w:] *Münchener*; M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 177–178.

Konwencji o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartej do podpisu w Rzymie 19.06.1980 r.¹⁴.

Nawet przy tak skrótovej kolizyjnoprawnej analizie stosunków pracy wynikających z umowy nie sposób pominąć możliwej i dość częstej w tym przypadku ingerencji przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Co oczywiste – swoje piętno wycisną one zarówno w razie skorzystania przez strony umowy o pracę z kolizyjnoprawnej autonomii woli, jak i przy wskazaniu miarodajnego statutu za pomocą reguł posługujących się łącznikami o charakterze obiektywnym. W tym kontekście w przypadku pracowników delegowanych na szczególną uwagę zasługują przepisy wymuszające państwa, na terytorium którego ów pracownik czasowo świadczy pracę. Rozporządzenie Rzym I uznało bowiem – wprost – materie wskazane w art. 3 dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.12.1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług¹⁵ za normowane przepisami wymuszającymi swoje zastosowanie¹⁶.

3. Powszechnie przyjmuje się, że prawu wskazanemu na podstawie reguł kolizyjnych wynikających z art. 8 rozporządzenia Rzym I (a wcześniej art. 6 Konwencji rzymskiej, czy też nawet art. 32–33 ustawy z 12.11.1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe¹⁷) podlega całokształt zagadnień wiążących się z umową o pracę łączącą pra-

¹⁴ Dz.U. z 2008 r. Nr 10, poz. 57; dalej: Konwencja rzymska, weszła w życie 1.04.1991 r. Na temat prawa właściwego dla stosunków pracy na tle Konwencji rzymskiej w polskiej doktrynie zob. w szczególności: A. Kozakiewicz, *Stosunki pracy w Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, KPP 2004/4, s. 1029–1046; P. Grzebyk, *Przepisy bezwzględnie obowiązujące jako jedno z ograniczeń wyboru prawa dla umów o pracę w Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, PiZS 2007/7, s. 11–17; P. Grzebyk, *Zasady określania prawa właściwego dla stosunku pracy na podstawie Konwencji rzymskiej* [w:] L. Florek (red.), *Indywidualne a zbiorowe prawo pracy*, Kraków 2007, s. 232–249; M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych*, Warszawa 2007, s. 117–119; B. Fuchs, *Prawo*, s. 4–8.

¹⁵ Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.12.1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 18, s. 1); dalej: dyrektywa 96/71/WE. Na temat dyrektywy 96/71/WE w polskiej doktrynie zob. w szczególności: W. Sanetra, *Delegowanie pracowników do pracy w innym kraju w prawie europejskim*, PiZS 1998/9, s. 10–17; J. Skoczyński, *Prawo właściwe w międzynarodowych stosunkach pracy pracowników delegowanych w ramach świadczenia usług (problematyka kolizyjnoprawna)*, PiZS 2004/5, s. 32–44; J. Skoczyński, *Wpływ prawa wspólnotowego na polskie prawo prywatne międzynarodowe w dziedzinie stosunków pracy* [w:] W. Sanetra (red.), *Europeizacja polskiego prawa pracy*, Warszawa 2004, s. 119–129; J. Karniol, *Delegowanie pracowników*, Pał. 2008/5–6, s. 214–218; P. Wąż, *Dyrektywa nr 96/71/WE w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, „Monitor Prawa Pracy” 2008/11, s. 574–580; S. Majkowska-Szulc, *Sytuacja prawna pracownika delegowanego w ramach świadczenia usług* [w:] S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Przeptyw osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, Warszawa 2009, s. 248–259; G. Sypniewska, *Delegowanie pracowników w nowych przepisach o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego*, „Służba Pracownicza” 2010/11, s. 21–26; J. Urban, *Delegowanie pracowników w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2010/8, s. 81–101.

¹⁶ Zob. pkt 34 preambuły rozporządzenia Rzym I: „Reguła dotycząca indywidualnych umów o pracę nie powinna wykluczać stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie państwa, do którego oddelegowany jest pracownik zgodnie z dyrektywą 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.12.1996 r. dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług”.

¹⁷ Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm., obecnie nie obowiązuje. O stosunkach pracy na tle polskiej ustawy kolizyjnej z 1965 r. zob. w szczególności S. Kalus, *Międzynarodowe stosunki*, s. 67–69; H. Trammer, *Stosunki pracy w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „Prawo w Handlu Za-

codawcę z pracownikiem, jak i stosunkiem prawnym, którego jest ona źródłem, w tym w szczególności – jego treść. Nie ulega przy tym wątpliwości, że przez pojęcie treści stosunku pracy należy rozumieć wzajemne prawa i obowiązki jego stron¹⁸, a zatem – przede wszystkim – powinność pracownika świadczenia pracy w określonym czasie i miejscu¹⁹, jak również obowiązek pracodawcy – wypłaty należnego pracownikowi wynagrodzenia. Temu ostatniemu warto poświęcić kilka uwag.

Obecnie jako oczywisty jawi się nakaz regularnego i terminowego spełniania przez pracodawcę świadczeń stanowiących wynagrodzenie za pracę. Konieczność respektowania prawa pracownika w tym zakresie, jak również „zagwarantowanie [mu – W.K.] zarobku, zapewniającego warunki przyzwoitego utrzymania” przy „uznaniu zasady «równej płacy za równą pracę»” stanowią główne cele Międzynarodowej Organizacji Pracy, wskazane wprost w preambule jej aktu założycielskiego²⁰. Co więcej, prawo pracownika do „sprawiedliwego wynagrodzenia” określają Europejska Karta Społeczna²¹ oraz Wspólnotowa Karta Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników²². Z kolei na zakaz dyskryminacji zatrudnionych w sferze wynagradzania ze względu na przynależność państwową oraz na zasadę równości kobiet i mężczyzn w tym zakresie wskazuje Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej²³ oraz (co do drugiej z poruszanych

granicznym” 1968/21, s. 39–42; M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych a zakazy zatrudnienia ze względu na wiek*, RPEiS 1965/1, s. 63–79; M. Pazdan, *Łączniki dla stosunków pracy w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, RPEiS 1971/2, s. 83–95; M. Pazdan, *Przesłanki ważności umowy o pracę na tle ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Prawo w Handlu Zagranicznym” 1971/26–27, s. 183–194.

¹⁸ S. Kalus, *Międzynarodowe stosunki*, s. 23–36, 50–79; M. Franzen [w:] G.-P. Callies (red.), *Rome*, s. 192; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 770–772; W. Kurowski, *Zobowiązania umowne oraz wybrane instytucje wspólne prawa zobowiązań* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 487; A. Staudinger [w:] F. Ferrari (red.), *Rome I*, s. 317.

¹⁹ A.M. Świątkowski, *Międzynarodowe prawo pracy*, s. 489.

²⁰ Zob. preambułę konstytucji Międzynarodowej Organizacji Pracy z 9.10.1946 r. (Dz.U. z 1948 r. Nr 43, poz. 308 ze zm.). Pierwotny tekst konstytucji Międzynarodowej Organizacji Pracy stanowił rozdział XIII Traktatu wersalskiego z 1919 r. Z biegiem lat akt ten był poddany wielokrotnej nowelizacji – w latach: 1922, 1945, 1946, 1953, 1962, 1964, 1972, 1986 (nie weszła w życie) i 1997 (nie weszła w życie).

²¹ Zob. art. 4 Europejskiej Karty Społecznej z 18.10.1961 r. (Dz.U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67 ze zm.), zgodnie z którym w celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do sprawiedliwego wynagrodzenia państwa-sygnatariusze zobowiązują się m.in. do uznania prawa pracowników do takiego wynagrodzenia, które zapewni im i ich rodzinom godziwy poziom życia, do zwiększonej stawki wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych, do jednakowego wynagrodzenia dla mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, do rozsądnego okresu wypowiedzenia w razie zwolnienia z pracy, a także do umożliwienia pracodawcom dokonywania potrąceń z wynagrodzeń tylko na warunkach i w zakresie przewidzianych w przepisach szczególnych.

²² Zob. w szczególności pkt 5 Wspólnotowej Karty Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników, zgodnie z którym każde zatrudnienie powinno być sprawiedliwie wynagradzane, w szczególności poprzez zagwarantowanie wynagrodzenia, które zapewnia pracownikom godziwy poziom życia. Wspólnotowa Karta Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników (zwana także Kartą Socjalną Wspólnoty Europejskiej) stanowi przyjętą 9.12.1989 r. w Strasburgu polityczną deklarację przywódców państw i rządów Wspólnoty Europejskiej respektowania praw m.in. w zakresie zatrudnienia i wynagradzania za pracę, poprawy warunków pracy oraz ochrony socjalnej.

²³ Zob. art. 45 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326 z 2012 r., s. 1; dalej: TFUE), ustanawiający swobodę przepływu pracowników wewnątrz Unii Europejskiej,

kwestii) Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej²⁴ i przede wszystkim Konwencja nr 100 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotycząca jednakowego wynagrodzenia dla pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, przyjęta w Genewie 6.06.1951 r.²⁵

Prawo, któremu podlega stosunek pracy, właściwe jest przede wszystkim dla ustalenia desygnatu określenia „wynagrodzenie za pracę”. Co prawda, nie ulega wątpliwości, że stanowi ono świadczenie pracodawcy należne w zamian za wykonywane przez pracownika na jego rzecz czynności (faktyczne lub prawne), tj. „pracę”; kwestią otwartą pozostaje natomiast, czy pod pojęciem tym kryje się świadczenie obejmujące daniny publiczne, które pomniejszają kwotę realnie wypłacaną pracownikowi, czy też jedynie należność, jaka w całości zostaje temu ostatniemu przekazana²⁶. *Lex laboris* wyznaczy także dyrektywy interpretacyjne, pozwalające na ustalenie, jak należy traktować przypadki określenia w umowie o pracę sumy wynagrodzenia bez stosowanego doprecyzowania, czy chodzi o kwotę netto czy też brutto²⁷. Zakresem statutu stosunku pracy należy także objąć ewentualny obowiązek wyraźnego wskazania w umowie wysokości wynagrodzenia (ustalenia zasad kształtowania należności pracownika, w tym minimalnych stawek płacy), jak i podania terminu oraz sposobu faktycznego spełnienia takiego świadczenia²⁸. Prawu temu podlegają ponadto przesłanki ustalania i wypłaty dodatkowego wynagrodzenia, należnego obok świadczenia podstawowego²⁹ (a zatem – premii, dodatków, bonusów), w tym uprawnienia pracownika do dodatku za wykonywanie obowiązków pracowniczych ponad ustalony wymiar czasu pracy, za pracę w warunkach szczególnie uciążliwych lub szkodzących zdrowiu, w dni, które zostały uznane za wolne od pracy (zarówno na mocy przepisów powszechnie obowiązujących, jak i wewnętrznych – u danego pracodawcy). *Legi laboris* poddane są poza tym przesłanki nabycia roszczenia o wypłatę wynagrodzenia (w tym w szczególności, w jakich sytuacjach pracownik może żądać świadczenia mimo faktycznego niewykonywania obowiązków

a w tym zakresie – zniesienie wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową pracowników pochodzących z państw członkowskich UE m.in. co do wynagrodzenia, a także art. 157 ust. 1 TFUE, zgodnie z którym każde państwo członkowskie UE zapewnia stosowanie zasady równości wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę lub pracę takiej samej wartości.

²⁴ Zob. art. 23 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 12.12.2007 r. (Dz.Urz. UE C 326 z 2012 r., s. 391), dotyczący zapewnienia równości kobiet i mężczyzn we wszystkich dziedzinach, w tym w zakresie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia.

²⁵ Zob. art. 2 Konwencji nr 100 MOP (Dz.U. z 1955 r. Nr 38, poz. 238, zał.), w myśl którego państwa powinny popierać, za pomocą środków dostosowanych do obowiązujących metod ustalania stawek wynagrodzenia i o ile jest to zgodne z tymi metodami oraz zapewniać stosowanie do wszystkich pracowników zasady jednakowego wynagrodzenia pracujących kobiet i mężczyzn za pracę jednakowej wartości.

²⁶ Tak SN w wyroku z 9.07.2014 r., I PK 250/13 (OSP 2015/6, poz. 63, OSNP 2015/12, poz. 161); zob. także wyrok SN z 7.02.2001 r., I PKN 237/00 (OSNP 2002/21, poz. 516).

²⁷ Zob. w szczególności na tle prawa polskiego wyrok SN z 7.02.2001 r., I PKN 237/00 (OSNP 2002/21, poz. 516) oraz postanowienie SN z 6.02.2013 r., I PZP 3/12 (BOSN).

²⁸ B. Fuchs, *Prawo*, s. 8; A.M. Świątkowski, *Międzynarodowe prawo pracy*, s. 490; W. Kurowski, *Zobowiązania*, s. 488. Tak też SN w wyroku z 9.07.2014 r., I PK 250/13 (OSP 2015/6, poz. 63; OSNP 2015/12, poz. 161).

²⁹ F. Gamillscheg, *Labour Contracts* [w:] K. Lipstein (red.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. III, *Private International Law*, rozdz. 28, Tübingen 1973, s. 18.

pracowniczych w związku z brakiem przydzielenia mu zadań do wykonania)³⁰. Zgodnie z miarodajnym dla stosunku pracy statutem należy także ustalić, w jakim zakresie na wysokość wynagrodzenia wpływają jakość świadczonej pracy i osiągnięty przez pracodawcę zysk z jego działalności gospodarczej. Trzeba jednak pamiętać, że pracownik nie ponosi bezpośredniej odpowiedzialności za ewentualne niepowodzenia swojego pracodawcy w podejmowanych przez niego przedsięwzięciach, a nieosiągnięcie postulowanego zysku nie może powodować wyłączenia prawa pracownika do wynagrodzenia za świadczoną pracę. *Lex laboris* podlega wreszcie ocena, czy świadczenie pracodawcy wynikające ze stosunku pracy musi zostać wypłacone w całości w pieniądzu, czy też możliwe jest określenie wynagrodzenia w części w postaci niepieniężnej [choćby jako premia w formie akcji lub udziałów w spółce będącej pracodawcą, względnie innej, której ten ostatni jest akcjonariuszem (udziałowcem) albo jako partycypowanie w dochodach z działalności gospodarczej pracodawcy³¹].

Lex laboris jest właściwa do określenia, w jakiej walucie powinno być wyrażone, a później – wypłacone wynagrodzenie za pracę³². Kwestia ta może odgrywać szczególną rolę w przypadku obcokrajowców wykonujących pracę w państwie innym niż to, z którym są najściślej związani (obywatelstwem czy też miejscem zamieszkania), jak również osób czasowo świadczących pracę za granicą. Prawo właściwe dla stosunku pracy wskaże także, czy, a jeżeli tak – to w jakim zakresie, wynagrodzenie może (powinno być) wypłacane w kilku walutach. W odniesieniu do poruszanego tutaj zagadnienia trzeba się jednak liczyć z możliwą ingerencją przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Kwestia waluty świadczenia wiąże się bowiem ściśle z prawem dewizowym, zaliczanym tradycyjnie do materii regulowanych przepisami o tym szczególnym charakterze.

Statut stosunku pracy nie obejmuje natomiast swoim zakresem kwestii obłożenia wynagrodzenia za pracę podatkiem dochodowym, podobnie jak i innymi daninami publicznoprawnymi, w szczególności różnego rodzaju składkami (na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe itp.)³³. Mimo że podstawą wyliczenia tychże świadczeń pochodnych jest najczęściej kwota wynagrodzenia pracownika, to całość zagadnień ich dotycząca nie jest unormowana przez prawo, któremu podlega umowa o pracę. *Lex laboris* nie jest zatem właściwa do ustalenia podstawy naliczenia podatku (tj. jakie składniki wynagrodzenia będą podlegały opodatkowaniu) i w tym zakresie należy stosować odpowiednie regulacje podatkowe³⁴. Jednakże – o czym była już mowa – statut stosunku pracy rozstrzyga o sposobie wyrażania (określania) wynagrodzenia pracownika³⁵, a zatem czy wynikające z umowy świadczenie jest sumą obejmującą należności

³⁰ Zob. w tym zakresie F. Gamillscheg, *Les principes du droit du travail international*, RCDIP 1961/2, s. 488–489; F. Gamillscheg, *Labour*, s. 18.

³¹ W. Kurowski, *Zobowiązania*, s. 488. Zob. także w tym zakresie na tle prawa polskiego wyrok SA w Gdańsku z 4.04.2013 r., III AUa 1637/12, <http://orzeczenia.gdansk.sa.gov.pl> (dostęp: 10.02.2017).

³² W. Kurowski, *Zobowiązania*, s. 488–489.

³³ Zob. F. Gamillscheg, *Les principes*, s. 488–489.

³⁴ Zob. F. Gamillscheg, *Les principes*, s. 489–490.

³⁵ Tak też SN w wyroku z 9.07.2014 r., I PK 250/13 (OSP 2015/6, poz. 63; OSNP 2015/12, poz. 161).

publicznoprawne (pensja brutto), czy też kwotą, która faktycznie zostanie mu wypłacona (pensja netto).

Nie można także pominąć, że *lex laboris* jest właściwa do oznaczenia terminu przedawnienia lub wygaśnięcia roszczenia o wynagrodzenie za pracę (art. 12 ust. 1 lit. d rozporządzenia Rzym I). Prawo to wskaże zatem okres, po upływie którego pracownik utraci uprawnienie do swojego wynagrodzenia lub też jego dochodzenie może spotkać się z ograniczeniami wynikającymi z przedawnienia. Będzie ono także podstawą do ustalenia okoliczności wpływających na zawieszenie albo przerwę biegu wskazanych przez nie terminów.

Na zakończenie należy wskazać, że prawo, któremu podlega stosunek łączący pracownika z pracodawcą, wyznacza ponadto standardy ochrony wynagrodzenia za pracę³⁶. Wcześniej wspomniano, że celem przepisów z zakresu prawa pracy jest zapewnienie ochrony słabszej strony stosunku, w szczególności poprzez wprowadzenie mechanizmów gwarantujących pracownikowi faktyczne uzyskanie należnego mu świadczenia, pozwalającego na utrzymanie siebie i swojej rodziny. Realizacja tego zamierzenia jest możliwa poprzez wprowadzenie regulacji szczególnych wyłączających możliwość ewentualnego zrzeczenia się uprawnienia do wynagrodzenia³⁷ oraz ograniczających dopuszczalność przeniesienia wierzitelności pracowniczych (wynikających ze stosunku pracy) na rzecz osoby trzeciej, jak również – potrącenia z należnego pracownikowi świadczenia wzajemnych wierzitelności pracodawcy.

4. Omawianym w tym miejscu problemom zabezpieczenia wynagrodzenia za pracę i konieczności szczególnego ujęcia tych zagadnień w prawie merytorycznym poświęcona jest Konwencja nr 95 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotycząca ochrony płacy³⁸. Poza ogólnymi zobowiązaniami państw będących jej stronami w odniesieniu do kształtowania swojego prawodawstwa tak, by na pracodawcy ciążył obowiązek wypłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz pracownika w regularnych odstępach czasu i co do zasady w pieniądzu (mającym prawny obieg w danym państwie), z możliwością jedynie częściowego świadczenia w naturze (art. 3–5 i 12 Konwencji), przy zapewnieniu pracownikowi pełnej swobody dysponowania swym wynagrodzeniem (poprzez wyłączenie możliwości zmonopolizowania przez pracodawcę sprzedaży na rzecz pracowników produktów lub świadczenia im usług w ramach przedsiębiorstwa pracodawcy) – art. 6–7 Konwencji, na szczególną uwagę w Konwencji nr 95 MOP zasługują przepisy dotyczące dopuszczalności potrącenia z wynagrodzenia za pracę, jak również jego zajęcia sądowego lub cesji.

Zgodnie z art. 8 Konwencji nr 95 MOP potrącenie z wynagrodzenia za pracę jest możliwe jedynie w sytuacjach i zakresie określonych przez szeroko rozumiane prawo pracy (a zatem – nie tylko prawo powszechnie obowiązujące, lecz także „umowę zbiorową lub orzeczenie rozjemcze”). Poza tym wyłączona powinna być możliwość

³⁶ Tak też SN w wyroku z 9.07.2014 r., I PK 250/13 (OSP 2015/6, poz. 63; OSNP 2015/12, poz. 161).

³⁷ Zob. w tym zakresie na tle prawa polskiego wyrok SN z 3.02.2006 r., II PK 161/05 (OSNP 2007/3–4, poz. 41).

³⁸ Konwencja nr 95 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotycząca ochrony płacy, przyjęta w Genewie 1.07.1949 r. (Dz.U. z 1955 r. Nr 38, poz. 234, zał.); dalej: Konwencja nr 95 MOP.

potrącania z wynagrodzenia wierzytelności pracodawcy (jego przedstawiciela) albo też osoby trzeciej z tytułu „otrzymania [przez pracownika – W.K.] lub zachowania [przez niego – W.K.] zatrudnienia” (tj. opłat rekrutacyjnych lub tym podobnych) – art. 9 Konwencji. Nie ulega wątpliwości, że wskazane unormowania mają na celu ochronę wynagrodzenia za pracę i służą zapewnieniu faktycznego uzyskania przez pracownika świadczeń mu należnych. Ograniczenie możliwości umarzania zobowiązań pracodawcy przez kompensatę sprzyja zatem realizacji funkcji alimentacyjnej wynagrodzenia za pracę.

Specjalny status wierzytelności płacowych, zasługujących na odmienne prawne ujęcie i podlegających dzięki temu odrębnemu reżimowi, potwierdza także art. 10 Konwencji nr 95 MOP, w myśl którego wynagrodzenie może podlegać zajęciu sądowemu lub cesji wyłącznie w trybie i w granicach przewidzianych przez ustawodawstwo krajowe, przy czym należy je chronić od takiego zajęcia lub cesji w stopniu uznanym za potrzebny dla zapewnienia utrzymania pracownika i jego rodziny³⁹. Miarodajny w tym względzie statut powinien zatem nie tylko w sposób odrębny ujmować wskazane zagadnienia, lecz także przewidywać ograniczenia w możliwości prowadzenia egzekucji sądowej z wierzytelności płacowych, jak i dopuszczalności ich przeniesienia na osobę trzecią.

5. Przekładając te rozważania na płaszczyznę kolizyjną, należy pamiętać, że zarówno potrącenie wierzytelności, jak i ich umowne przeniesienie na osobę trzecią podlegają samodzielnej kolizyjnoprawnej ocenie, a zatem do wyznaczenia prawa właściwego dla tych czynności nie znajdzie zastosowania przepis art. 8 rozporządzenia Rzym I dotyczący „indywidualnych umów o pracę”. Każda z nich podlega zatem swojemu statutowi, wskazanemu za pomocą odrębnych norm kolizyjnych.

Poszukując prawa, jakiemu podlega kompensata, należy sięgnąć po regułę kolizyjną wynikającą z art. 17 rozporządzenia Rzym I. W myśl tego przepisu do potrącenia innego niż umowne stosuje się prawo właściwe dla wierzytelności, z której dokonywane

³⁹ Na tym tle warto wskazać, że zakres i sposób ochrony wynagrodzenia za pracę pozostawiono prawodawcom krajowym, a wynik podejmowanych przez nich działań może być w poszczególnych systemach prawnych diametralnie różny. Przykładem jest stan prawny w sprawie, która stała się przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE (wyrok z 12.02.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, CURIA), wydany m.in. na tle art. 84 polskiego Kodeksu pracy. Zgodnie ze wskazanym przepisem pracownik nie może zrzec się prawa do wynagrodzenia ani przenieść tego prawa na inną osobę. Pomijając w tym miejscu różnice w poglądach doktryny co do zakresu wyłączenia możliwości dokonania cesji wierzytelności pracowniczych wypływającego ze wskazanej regulacji, nie budzi wątpliwości fakt, iż unormowanie to uznawane jest powszechnie za przejaw ochrony praw pracowniczych, gdyż jego celem jest zapewnienie ciągłości uzyskiwania przez pracownika świadczeń o charakterze alimentacyjnym. Regulacja ta jest przy tym w polskiej literaturze przedmiotu powszechnie aprobowana i uznawana za potrzebną. Tymczasem dla występującego we wskazanej sprawie fińskiego związku zawodowego, który nabył sporne wierzytelności swoich polskich członków w celu ich dochodzenia w postępowaniu sądowym, a następnie – wyegzekwowania należności, wynikający z art. 84 k.p. zakaz cesji roszczeń pracowniczych nie tylko nie chroni praw pracowniczych, lecz także stanowi naruszenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, a w szczególności jej art. 47, gwarantującego prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu (zob. w tym zakresie opinię rzecznika generalnego N. Wahla z 18.09.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, pkt 22 oraz wyrok TSUE z 12.02.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, pkt 26).

jest potrącenie (tzw. wierzytelności głównej)⁴⁰. Innymi słowy, w przypadku potrącenia ustawowego znajdzie zastosowanie prawo, któremu podlega wierzytelność wierzyciela pasywnego, będącego niezainteresowanym w doprowadzeniu do umorzenia wierzytelności w ten sposób. Unormowanie to pozwala zatem na optymalne zabezpieczenie interesów podmiotu, który nie uczestniczy aktywnie w dokonaniu kompensaty⁴¹. Jeżeli bowiem do potrącenia w danym przypadku dochodzi, to następuje to zgodnie z prawem właściwym dla stosunku zobowiązaniowego, z którego wypływa jego wierzytelność. Decydując się na potrącenie, ów drugi wierzyciel musi zatem tę okoliczność uwzględnić i rozważyć, czy nie powstrzymać się ze składaniem stosownego oświadczenia woli (dokonania innych czynności wymaganych przez właściwe prawo), czekając na podjęcie działania przez swojego dłużnika (będącego wierzycielem w ramach drugiego stosunku prawnego).

Miarodajny dla potrącenia statut obejmuje ogół zagadnień łączących się z kompensatą. Pomijając pogłębioną analizę w tym zakresie – zbędną dla przedmiotu rozważań – warto podkreślić, iż prawo wskazane na podstawie art. 17 rozporządzenia Rzym I pozwoli na ocenę dopuszczalności potrącenia, jak również wskaże przesłanki, sposób dokonania, jak i skutki kompensaty⁴². Przenosząc te ogólne uwagi na płaszczyznę merytoryczną, nie sposób nie zauważyć, że omawiana reguła kolizyjna pozwala na realizację wynikającego z art. 8 Konwencji nr 95 MOP postulatu szczególnej ochrony wynagrodzenia za pracę przed potrąceniem z wierzytelności pracowniczej wzajemnych roszczeń pracodawcy. Możliwość dokonania takiej kompensaty wbrew woli pracownika podlega bowiem *legi laboris* (tj. prawu właściwemu dla wierzytelności, z którą następuje potrącenie)⁴³. Jeżeli zatem zgodnie z Konwencją nr 95 MOP merytoryczny system prawny miarodajny dla stosunku pracy określa „warunki i granice”, w jakich potrącenie z wynagrodzenia za pracę jest dopuszczalne (art. 8 Konwencji), oraz wprowadza zakaz kompensaty z wynagrodzenia za pracę zobowiązań pracownika z tytułu „otrzymania lub zachowania zatrudnienia” (art. 9 Konwencji), to reguła kolizyjna wynikająca z art. 17 rozporządzenia Rzym I nie pozwoli na dokonanie takiego potrącenia wbrew tym ograniczeniom lub zakazom i bez zgody pracownika, nawet wówczas, gdy prawo właściwe dla wierzytelności pracodawcy wskazanych restrykcji nie przewiduje.

⁴⁰ E. Lein, *Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) COM (2005) 650 final, 15.12.2005. A Short Commentary*, „Yearbook of Private International Law” 2005/7, s. 411; U. Magnus, *Set-off and the Rome I Proposal*, „Yearbook of Private International Law” 2006/8, s. 118–119; M. Hellner, *Set-off* [w:] F. Ferrari, S. Leible (red.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich 2009, s. 256–257; F. Rödl [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 298; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 438–439.

⁴¹ M. Wojewoda, *Zakres*, s. 361.

⁴² W. Kurowski, *Potrącenie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym – uwagi de lege ferenda* [w:] L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 170–172; U. Magnus, *Set-off*, s. 121–122; M. Hellner, *Set-off*, s. 258–265; W. Kurowski, J. Zralek, *Wygaśnięcie zobowiązania w Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 roku*, PPPM 2009/5, s. 54; F. Rödl [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 299; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 440.

⁴³ E. Lein, *Proposal*, s. 411; U. Magnus, *Set-off*, s. 118–119; P. Stone, *EU Private*, s. 338; M. Hellner, *Set-off*, s. 256–257; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 438–439.

Z odmienną sytuacją przyjdzie się zmierzyć, gdy do potrącenia wierzytelności dąży pracownik i to on składa oświadczenie o kompensacie. Wówczas bowiem tak przesłanki, jak i sposób dokonania oraz skutki potrącenia podlegają prawu właściwemu dla wierzytelności pracodawcy (tj. prawu, któremu poddany jest stosunek zobowiązaniowy, z którego ta ostatnia wierzytelność wynika). Co prawda w takim przypadku na kompensacyjny sposób umorzenia obu wierzytelności (w tym też tej jego – o wynagrodzenie za pracę) dany pracownik musiałby wyrazić zgodę, ale istnieje ryzyko, że pracodawca może nakłaniać (by nie rzec – wymuszać) swojego pracownika, by z takiej możliwości skorzystał. Z podobnym zagrożeniem należy się liczyć także w przypadku potrącenia dokonywanego na podstawie umowy zawartej przez pracownika ze swoim pracodawcą. Wówczas bowiem z natury rzeczy zgoda pracownika na potrącenie umowne jest konieczna, choć nie jest wykluczone, że pracodawca może i tu wpływać na pracownika w celu zawarcia takiej umowy. Trzeba jednak pamiętać, że przepisy mające na celu ochronę wynagrodzenia za pracę, w szczególności wynikające z konwencji opracowanych przez cieszącą się dużym autorytetem Międzynarodową Organizację Pracy, *in opinione communi* uznawane są za wymuszające swoje zastosowanie⁴⁴. W tym zatem zakresie statut potrącenia musiałby ustąpić pierwszeństwa tym ochronnym regulacjom, ograniczającym możliwość dokonania potrącenia należności pracowniczych.

6. Szczególny status, jaki został przyznany wierzytelności o wynagrodzenie za pracę w Konwencji nr 95 MOP, przejawia się także w ograniczeniu możliwości prowadzenia z niej egzekucji, jak również – przeniesienia tej wierzytelności na rzecz osoby trzeciej. Zgodnie bowiem z art. 10 wskazanej Konwencji „płacę należy chronić od zajęcia sądowego lub cesji w stopniu uznanym za potrzebny dla zapewnienia utrzymania pracownika i jego rodziny”. Jedynie dzięki takim ograniczeniom zatrudniony będzie mógł zaspokoić bieżące potrzeby – swoje, jak i osób mu najbliższych. Sposób realizacji tego celu został jednakże pozostawiony przez autorów Konwencji nr 95 MOP prawodawcom krajowym. Mają oni bowiem wskazać „tryb” i „granice” zajęcia sądowego oraz cesji wierzytelności pracowniczych. W oparciu o wskazane wytyczne prawodawcy ci mogą (a nawet – powinni) wprowadzić ograniczenia co do możliwości zajęcia egzekucyjnego wierzytelności o wynagrodzenie za pracę, jak i dopuszczalności jej przeniesienia na inny podmiot. Co więcej, w tym ostatnim aspekcie restrykcje mogą dotyczyć jedynie przeniesienia ogólnego „prawa do wynagrodzenia” (a zatem co do należności przyszłych) albo także wierzytelności już wymagalnych, a jeszcze niewypłaconych.

Wytyczne wynikające z Konwencji nr 95 MOP powinny być wdrażane w prawie merytorycznym poszczególnych państw. Nasuwa się wobec tego pytanie o właściwość prawa w tym zakresie.

Zadanie wydaje się prostsze w przypadku ochrony wierzytelności o wynagrodzenie za pracę przed „zajęciem sądowym”. Egzekucja prowadzona jest bowiem na podstawie *legis fori processualis*, a zatem w tym zakresie pole manewru (w szczególności wierzyciela egzekwującego) jest niewielkie. Na szczególną uwagę zasługuje natomiast kolizyjno-

⁴⁴ W. Kurowski, *Potrącenie*, s. 171; M. Hellner, *Set-off*, s. 258; F. Rödl [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 299.

prawna problematyka ochrony wynagrodzenia za pracę w zakresie zbywalności wierzytelności pracowniczych.

Wcześniej wskazano, że *lex laboris* jest właściwa do oceny całokształtu stosunku pracy, w tym także podstawowego obowiązku pracodawcy, jakim jest wypłata pracownikowi należnego mu wynagrodzenia. Nasuwa się zatem pytanie, jakiemu prawu podlega dopuszczalność przeniesienia wierzytelności na rzecz osoby trzeciej i czy w odniesieniu do wierzytelności pracowniczych zastosowanie znajdują w tym zakresie szczególne reguły kolizyjne.

Kolizyjnoprawna problematyka przelewu wierzytelności została uregulowana w art. 14 rozporządzenia Rzym I⁴⁵. Co do zasady, całokształt relacji prawnych między zbywcą i nabywcą wierzytelności (*verba legis*: „stosunek pomiędzy zbywcą i nabywcą wierzytelności”) podlega prawu właściwemu dla łączącej ich umowy (art. 14 ust. 1 rozporządzenia Rzym I). Mogą oni przy tym dokonać dla niej nieograniczonego wyboru prawa – zgodnie z art. 3 rozporządzenia Rzym I; w jego braku miarodajny w tym zakresie statut zostanie wskazany za pomocą łączników obiektywnych, wynikających z art. 4 tego aktu. W większości przypadków umowa między zbywcą i nabywcą wierzytelności podlegać będzie prawu miejsca zwykłego pobytu cedenta, tj. podmiotu zobowiązanego do spełnienia świadczenia dla tej umowy charakterystycznego (art. 4 ust. 2)⁴⁶. Co istotne, zakresem reguły kolizyjnej wynikającej z art. 14 ust. 1 rozporządzenia Rzym I objęto zarówno zagadnienia prawnoobligacyjne, jak i samo przeniesienie wierzytelności (tj. czynność rozporządzającą) we wzajemnych relacjach między cedentem i cesjonariuszem. Kwestia ta nie budzi obecnie wątpliwości w związku z wyraźnym jej przesądzeniem w pkt 38 preambuły rozporządzenia Rzym I, w którym wskazano, że termin „stosunek” obejmuje także „skutki rozporządzające przelewu wierzytelności pomiędzy zbywcą a nabywcą, w tych porządkach prawnych, w których skutki takie są rozpatrywane odrębnie od skutków obligacyjnych”⁴⁷.

Dla omawianego zagadnienia ochrony wynagrodzenia za pracę kluczową kwestią jest jednak dopuszczalność cesji wierzytelności pracowniczych i odpowiedź na pytanie o prawo w tym zakresie właściwe. Zgodnie z art. 14 ust. 2 rozporządzenia

⁴⁵ F.J. Garcimartín Alférez, *Assignment of claims in the Rome I Regulation: Article 14* [w:] F. Ferrari, S. Leible (red.), *Rome I*, s. 217–250; R. Plender, M. Wilderspin, *The European*, s. 367–387; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 1059–1074; M.P. Zachariasiewicz, *Zmiany w unormowaniu cesji wierzytelności (od artykułu 12 Konwencji rzymskiej do artykułu 14 rozporządzenia Rzym I)*, PPPM 2010/6, s. 115–154; F. Bauer [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 273–289; A. Wowerka, *Przelew wierzytelności w świetle rozporządzenia Rzym I*, PPPM 2011/9, s. 35–61; W. Kurowski, *Nowe kolizyjnoprawne unormowanie podmiotowych zmian stosunku zobowiązaniowego na tle rozporządzenia „Rzym I” i polskiej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.* [w:] J. Poczobut (red.), *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2013, s. 143–147; W. Kurowski, *Zmiany podmiotowe* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. W. Popiołek, Warszawa 2013, s. 766–769.

⁴⁶ Zob. R. Plender, M. Wilderspin, *The European*, s. 187–194; M. Czeplak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 179–182; M.-A. Zachariasiewicz, *Kontrakt i prawo właściwe* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. W. Popiołek, Warszawa 2013, s. 247–250.

⁴⁷ R. Plender, M. Wilderspin, *The European*, s. 376–377; M. Czeplak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 418–419; W. Kurowski, *Zmiany*, s. 766–767.

Rzym I o zbywalności danej wierzytelności decyduje prawo, któremu ona podlega⁴⁸. Oznacza to, że o dopuszczalności jej przeniesienia na osobę trzecią decyduje system prawny, jakiemu poddany jest stosunek zobowiązaniowy będący źródłem tej wierzytelności. Skoro przedmiotem zainteresowania są wierzytelności pracownicze, to właściwa w tym zakresie będzie zatem *lex laboris*. Odpowiedzi na pytanie o możliwość lub ewentualne ograniczenia w dysponowaniu przez pracownika swoim wynagrodzeniem należy zatem poszukiwać – w duchu Konwencji nr 95 MOP – w prawie właściwym dla stosunku pracy, będącym źródłem roszczenia o to wynagrodzenie.

Na marginesie rozważań warto wskazać, że art. 14 ust. 2 rozporządzenia Rzym I *legi laboris* poddał także ocenę skuteczności przelewu wierzytelności o wynagrodzenie za pracę wobec dłużnika (tj. względem pracodawcy), jak i całokształt relacji między nabywcą wierzytelności i dłużnikiem⁴⁹. Zgodnie ze wskazanym przepisem prawo, któremu podlega przenoszona wierzytelność, rozstrzyga nie tylko o jej zbywalności, lecz także o stosunku między nabywcą wierzytelności a dłużnikiem, przesłankach skuteczności przelewu wobec dłużnika oraz zwalniającym skutku świadczenia przez dłużnika.

7. Na tle powyższych rozważań na temat ochrony wynagrodzenia za pracę w aspekcie kolizyjnym warto zwrócić uwagę na fakt, że nie zawsze stosunek pracy podlega jednemu tylko systemowi prawnemu. Przyczyny takiej sytuacji są różne.

Po pierwsze, art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rzym I stwarza stronom możliwość dokonania wyboru prawa dla całej umowy lub tylko dla jej części; dopuszczalny jest także tzw. złożony wybór prawa⁵⁰. Dotyczy to również umowy o pracę. W przypadku częściowego wyboru prawa strony poddają wybranemu systemowi prawnemu jedynie niektóre zagadnienia wchodzące w zakres statutu stosunku pracy, natomiast reszta podlega prawu wskazanemu za pomocą łączników obiektywnych (wynikających z art. 8 ust. 2–4 rozporządzenia Rzym I). Jeżeli strony decydują się na złożony wybór, to ich celem jest poddanie danej relacji prawnej więcej niż jednemu wybranemu prawu – ze wskazaniem, jakie zagadnienia podlegają właściwości każdego z nich.

Po drugie, w myśl art. 8 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia Rzym I wybór prawa dla umowy o pracę nie może prowadzić do pozbawienia pracownika ochrony przyznanej mu na podstawie przepisów, których nie można wyłączyć w drodze umowy, a wynikających z prawa, jakie byłoby właściwe, gdyby strony nie skorzystały z kolizyjnoprawnej

⁴⁸ F. J. Garcimartín Alférez, *Assignment*, s. 229–230; T.C. Hartley, *Choice of law regarding the voluntary assignment of contractual obligations under the Rome I Regulation*, „International and Comparative Law Quarterly” 2011/1, s. 37; W. Kurowski, *Zmiany*, s. 768.

⁴⁹ R. Plender, M. Wilderspin, *The European*, s. 378; F.J. Garcimartín Alférez, *Assignment*, s. 231–232; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 1068–1070; T.C. Hartley, *Choice*, s. 34, 46–56; A. Wowerka, *Przelew*, s. 56; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 421–422; W. Kurowski, *Nowe*, s. 144–145.

⁵⁰ R. Plender, M. Wilderspin, *The European*, s. 310; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 751; M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 181. Tak na tle Konwencji rzymskiej A. Kozakiewicz, *Stosunki*, s. 1036–1037; P. Grzebyk, *Zasady określania prawa właściwego dla stosunku pracy na podstawie Konwencji rzymskiej* [w:] L. Florek (red.), *Indywidualne*, s. 235. Za dopuszczalnością rozszczępienia statutu stosunku pracy opowiedział się na tle Konwencji rzymskiej francuski Cour d'Appel (Paris) w wyroku z 27.11.1986 r. w sprawie Wuetig v. International Harvester Corp., RCDIP 1988/2, s. 314.

autonomii woli⁵¹. Jest zatem wielce prawdopodobne, że w przypadku wyboru prawa stosunek pracy będzie regulowany przepisami pochodzącymi z dwóch systemów prawnych – wybranego oraz wskazanego za pomocą łączników o charakterze obiektywnym. Ustalenie przez strony miarodajnego dla stosunku pracy statutu nie może bowiem skutkować obniżeniem standardu ochrony prawnej pracownika⁵². Wskazana korekta dotyczy zatem jedynie tych elementów treści stosunku pracy, które kształtowane są przez prawo wybrane w sposób mniej korzystny dla pracownika, niż prawo w normalnym biegu rzeczy (w braku wyboru) właściwe (za pomocą przepisów bezwzględnie wiążących lub semiimperatywnych)⁵³. Omawiana konstrukcja nie prowadzi jednak ani do wyłączenia (ograniczenia) dopuszczalności wyboru prawa dla umowy o pracę⁵⁴, ani też do nadania wyborowi skutków materialnoprawnego wskazania⁵⁵. Prawo wybrane pozostaje statutem stosunku pracy⁵⁶, choć trzeba liczyć się w takim przypadku z interwencją prawa, które byłoby właściwe w braku wyboru.

Po trzecie wreszcie, na statut stosunku pracy mogą także wpływać przepisy wymuszające swoje zastosowanie⁵⁷, z tym że mechanizm ingerencji jest tu jednak inny niż w dwóch sytuacjach omówionych powyżej. Przepisy te dochodzą bowiem do głosu obok (zamiast) prawa zasadniczo właściwego⁵⁸ i nie stanowią elementu danego statutu (w tym konkretnym przypadku – statutu stosunku pracy).

Nie sposób w tym miejscu omówić koncepcji przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Nie jest to także potrzebne, gdyż problematyka ta doczekała się wnikliwej analizy w polskiej doktrynie prawa⁵⁹. Warto natomiast wskazać, że w odniesieniu do

⁵¹ Zob. E. Lein, *Proposal*, s. 406; P. Stone, *EU Private*, s. 320–321; P. Grzebyk, *Przepisy bezwzględnie obowiązujące*, s. 14–15; M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 181–182. Zob. także wyrok TSUE z 15.12.2011 r., C-384/10, Jan Voogsgeerd v. Navimer SA (Zb.Orz. 2011, s. I-13275, pkt 28).

⁵² M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 181.

⁵³ A. Kozakiewicz, *Stosunki*, s. 1041; P. Wąż, *Ochrona interesu pracownika w stosunkach pracy z elementem obcym. Wybrane zagadnienia kolizyjno-prawne*, „Monitor Prawa Pracy” 2009/3, s. 124; P. Mankowski, *Employment Contracts Under Article 8(2) of the Rome I Regulation* [w:] F. Ferrari, S. Leible (red.), *Rome I*, s. 212.

⁵⁴ D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 752.

⁵⁵ Odmiennie M. Czepelak, *Autonomia*, s. 322, 378.

⁵⁶ A. Junker, *Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen – Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht*, IPRax 1993/1, s. 5; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 752.

⁵⁷ P. Grzebyk, *Przepisy*, s. 15; P. Grzebyk, *Zasady*, s. 236; P. Mankowski, *Employment Contracts Under Article 8(2) of the Rome I Regulation* [w:] F. Ferrari, S. Leible (red.), *Rome I*, s. 205–206; R. Plender, M. Wilderspin, *The European*, s. 311; M. Franzen [w:] G.-P. Calliess (red.), *Rome*, s. 182; D. Martiny [w:] *Münchener*, s. 755.

⁵⁸ A. Bonomi, *Mandatory Rules in Private International Law. The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment*, „Yearbook of Private International Law” 1999/1, s. 229; M. Wojewoda, *Zakres*, s. 174, 192; M.-A. Zachariasiewicz, *Ustalenie i stosowanie prawa właściwego* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2014, s. 436.

⁵⁹ Na temat przepisów wymuszających swoje zastosowanie w polskiej doktrynie zob. w szczególności: W. Popiołek, *Znaczenie przepisów o „bezpośrednim działaniu” w zakresie eksportu kompletnego obiektu* [w:] M. Pazdan, A. Tynel (red.), *Zagadnienia prawne eksportu kompletnych obiektów przemysłowych*, Katowice 1980, s. 117–138; W. Popiołek, *Znaczenie przepisów „prawa publicznego” różnych systemów prawnych dla stosunków umownych handlu zagranicznego*, PPHZ 1988/12, s. 56–78; A. Mączyński, *Nowelizacja przepisów szczególnych o dziedziczeniu gospodarstw rolnych a prawo pry-*

stosunków pracy na szczególną uwagę w tym kontekście zasługuje dyrektywa 96/71/WE. W art. 3 ust. 1 tego aktu wskazano grupę zagadnień wchodzących w zakres statutu stosunku pracy, co do których państwa członkowskie mają obowiązek zapewniania pracownikom delegowanym do wykonywania pracy na ich terytorium warunków pracy przyjętych w tym państwie (miejscu delegowania pracownika), bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla danego stosunku pracy⁶⁰. Trzeba przy tym podkreślić, że pkt 34 preambuły rozporządzenia Rzym I uznaje przepisy dotyczące wskazanych kwestii wprost za „wymuszające swoje zastosowanie”⁶¹. Na uwagę zasługuje – w kontekście ochrony wynagrodzenia za pracę – art. 3 ust. 1 lit. c dyrektywy 96/71/WE, zgodnie z którym pracownicy delegowani są uprawnieni do otrzymywania minimalnej stawki płacy (w tym za nadgodziny) wynikającej z prawa państwa przyjmującego. Pracownicy, którym powierzono wykonywanie ich obowiązków w jednym z państw członkowskich, nie mogą zatem uzyskiwać wynagrodzenia za pracę niższego niż świadczenie minimalne, jeżeli takie zostało ustalone w tym państwie (co nie jest obowiązkiem wynikającym z dyrek-

watne międzynarodowe, KSP 1986/19, s. 119–120; W. Popiołek, *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania. Zagadnienia kolizyjnoprawne*, Katowice 1989, s. 55–81; M.-A. Zachariasiewicz, *Nowe prądy w kolizjonistyce Stanów Zjednoczonych i ich wpływ na naukę europejską*, KPP 1995/2, s. 213–218; B. Fuchs, *Przepisy wymuszające swoją właściwość w przyszłej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*, KPP 2000/3, s. 653–677; M. Mataczyński, *Obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Rozważania na tle art. 7 ust. 1 Konwencji rzymskiej oraz orzecznictwa sądów niemieckich*, KPP 2001/2, s. 375–413; M. Lijowska, *Instrumenty kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta a przepisy koniecznego zastosowania*, KPP 2006/2, s. 423–471; B. Fuchs, *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, Katowice 2003, *passim*; M. Mataczyński, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2005, *passim*; W. Popiołek, *Zagadnienia unormowane w art. 3 ust. 3 i art. 7 Konwencji rzymskiej i w odpowiednich przepisach Rozporządzenia UE o prawie właściwym dla zobowiązań umownych (Rzym I)*, PPPM 2008/3, s. 22–34; A. Mączyński, *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego* [w:] A. Janik (red.), *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Ciałusowi*, Warszawa 2009, s. 409–445; M.-A. Zachariasiewicz, *O potrzebie wskazania w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie*, PPPM 2010/7, s. 9–43; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań*, s. 474–490; M.-A. Zachariasiewicz, *Overriding Mandatory Provisions: EU Regulations and Polish Private International Law Act of 4 February 2011* [w:] B. Mikołajczyk (red.), *Free Movement of Goods and Persons across the Polish-Czech-Slovak Borders. Legal Differences and Similarities*, Katowice 2012, s. 64–72; M.-A. Zachariasiewicz, *Kontrakt i prawo właściwe* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, s. 261–268; M.-A. Zachariasiewicz, *Ustalenie i stosowanie prawa właściwego* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, s. 433–469; W. Popiołek, *Styk prawa prywatnego i publicznego z kolizyjnoprawnego punktu widzenia*, PPPM 2016/18, s. 31–58.

⁶⁰ Do zagadnień wchodzących z zakres statutu stosunku pracy, co do których państwa członkowskie mają obowiązek zapewniania pracownikom delegowanym warunków pracy przyjętych w tym państwie (miejscu delegowania pracownika), bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla tego stosunku pracy, należą: a) maksymalne okresy pracy i minimalne okresy wypoczynku; b) minimalny wymiar płatnych urlopów rocznych; c) minimalne stawki płacy wraz ze stawką za nadgodziny (z wyłączeniem uzupełniających zakładowych systemów emerytalnych); d) warunki wynajmu pracowników, w szczególności przez przedsiębiorstwa zatrudnienia tymczasowego; e) zdrowie, bezpieczeństwo i higiena w miejscu pracy; f) środki ochronne stosowane w odniesieniu do warunków zatrudnienia kobiet ciężarnych lub kobiet tuż po urodzeniu dziecka, dzieci i młodzieży; g) równość traktowania mężczyzn i kobiet, a także szeroko rozumiana niedyskryminacja.

⁶¹ J. Skoczyński, *Wpływ*, s. 119; P. Wąż, *Delegowanie pracowników do innego państwa celem świadczenia usług*, Warszawa 2011, s. 23. Tak też SN w wyroku z 3.03.2011 r., II PK 208/10 (OSNAPiUS 2012/9–10, poz. 110) oraz w wyroku z 2.02.2012 r., III PK 49/11 (BOSN).

tywy). W tym zakresie przepisy wymuszające swoje zastosowanie państwa, do którego pracownik został delegowany (a zatem pochodzące z prawa „obcego”), mogą ingerować w statut stosunku pracy, wywierając na niego swój wpływ. Dla porządku należy przy tym wskazać, że jeżeli *lex laboris* przewiduje wyższą stawkę minimalną (niż prawo państwa, w którym pracownik czasowo wykonuje swoje obowiązki), to w myśl art. 3 ust. 7 dyrektywy 96/71/WE delegowanemu przysługuje to wyższe świadczenie.

Zakres ochrony wynagrodzenia, a także środki, jakie służą jej zapewnieniu, mogą różnić się w systemach prawnych współkształtujących albo jedynie korygujących statut stosunku pracy. We wszystkich trzech opisanych powyżej przypadkach należy liczyć się zatem ze swoiście rozumianą konkurencją między regulacjami pochodzącymi od różnych prawodawców. Nasuwa się zatem pytanie, po które prawo należy wówczas sięgnąć, by ustalić zakres ochrony wynagrodzenia za pracę. Przykłady komplikacji mogących się pojawić na tym tle można bowiem mnożyć. Wystarczy, że strony umowy o pracę (dokonując złożonego lub częściowego wyboru prawa) postanowią, że wynagrodzenie za pracę podlega innemu prawu niż problematyka urlopu wypoczynkowego (i świadczeń z nim związanych). Jeżeli oba systemy prawne w odmienny sposób podchodzą do kwestii dopuszczalności cesji roszczeń pracowniczych, problem pojawi się wówczas, gdy pracownik będzie dążył do przelewu wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia urlopowego. Duże kłopoty może także spowodować sytuacja, gdy strony umowy o pracę skorzystały z kolizyjnoprawnej autonomii woli, natomiast prawo, które byłoby dla stosunku pracy właściwe w braku wyboru, przewiduje inne (niż prawo wybrane) wysokość oraz elementy składowe płacy minimalnej (pewne świadczenia pieniężne wypłacane pracownikowi nie są zaliczane na poczet wynagrodzenia minimalnego). W tym przypadku wątpliwości pojawią się wówczas, gdy pracodawca zdecyduje się na kompensatę obejmującą wynagrodzenie pracownika, a wskazane systemy prawne inaczej określają zakres możliwego potrącenia (pierwszy jest mu przeciwny, drugi natomiast dopuszcza kompensatę jedynie co do nadwyżki ponad kwotę płacy minimalnej). Podobna sytuacja jest możliwa przy delegowaniu pracownika za granicę (w rozumieniu art. 2 dyrektywy 96/71/WE), gdy wskazane różnice występują między statutem stosunku pracy a prawem państwa, na terytorium którego delegowany wykonuje swoje obowiązki (art. 3 ust. 1 lit. c w zw. z ust. 7 dyrektywy 96/71/WE).

Analiza wskazanych przykładów nasuwa jedyny – jak się wydaje – sposób na rozstrzygnięcie dylematu, który z konkurujących systemów prawnych powinien wyznaczać zakres i sposób ochrony wynagrodzenia za pracę. Rozwiązania w tej kwestii należy poszukiwać w prawie, któremu dane uprawnienie (element wynagrodzenia, konkretne świadczenie) podlega⁶². Niekiedy konieczne stanie się przy tym sięgnięcie po znany teorii prawa prywatnego międzynarodowego zabieg dostosowania⁶³, gdy skorzystanie z tej wskazówki okaże się niewystarczające.

⁶² Tak też TSUE w wyroku z 12.02.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, pkt 19–26, oraz rzecznik generalny N. Wahl w opinii z 18.09.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, pkt 55–58.

⁶³ Na temat dostosowania zob. w szczególności M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2012, s. 85–86; K. Sznajder-Peroń, *Ustalenie i stosowanie prawa właściwego* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2014, s. 537–540.

8. Sytuacja pracownika ulega radykalnej zmianie w razie upadłości jego pracodawcy. Wtedy też zatrudniony przez tego ostatniego powinien móc liczyć na szczególną ochronę trwałości stosunku pracy, jak i uprzywilejowanie przy zaspokajaniu z masy upadłości wierzytelności pracowniczych. Obowiązek takiego właśnie kształtowania prawodawstwa krajowego wynika wprost z art. 11 omawianej uprzednio Konwencji nr 95 MOP dotyczącej ochrony płacy. Zagadnienia te na płaszczyźnie kolizyjnej uregulowane zostały w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1346/2000 z 29.05.2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego⁶⁴. Zgodnie z jego art. 4 ust. 1, w braku przepisów szczególnych, dla postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo państwa członkowskiego, w którym zostaje wszczęte to postępowanie⁶⁵. Jednakże odrębną regulację w omawianym zakresie przewiduje art. 10 tego aktu⁶⁶, w myśl którego skutki postępowania upadłościowego co do umowy o pracę oraz stosunku z niej wynikającego podlegają prawu państwa członkowskiego właściwego dla umowy o pracę⁶⁷. Nie oznacza to jednak, że wszelkie kwestie wiążące się z wpływem upadłości pracodawcy na sytuację prawną pracownika podlegają *legi laboris*. Ewentualne wątpliwości co do tego rozwiewa pkt 28 preambuły rozporządzenia nr 1346/2000, wskazując, że ocena, jak upadłość pracodawcy wpływa na trwałość zatrudnienia (tj. na utrzymanie lub zakończenie stosunku pracy), jak i na prawa oraz obowiązki stron stosunku pracy w tym zakresie, jest dokonywana na podstawie prawa właściwego dla umowy o pracę (i tylko na jego podstawie)⁶⁸, ustalonego w oparciu o ogólne normy kolizyjne. Natomiast wszelkie pozostałe kwestie dotyczące postępowania upadłościowego, w tym w szczególności, czy wierzytelności pracowników są uprzywilejowane

⁶⁴ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z 29.05.2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.Urz. UE L 160, s. 1); dalej: rozporządzenie nr 1346/2000. Warto wskazać, że rozporządzenie nr 1346/2000 będzie stosowane do postępowań upadłościowych, które zostaną wszczęte przed 26.06.2017 r. W przypadku postępowań rozpoczętych we wskazanym dniu albo później należy sięgnąć po rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z 20.05.2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.Urz. UE L 141, s. 19); dalej: rozporządzenie nr 2015/848, które ma zastąpić tę pierwszą regulację (zob. art. 84 rozporządzenia nr 2015/848).

⁶⁵ I.F. Fletcher [w:] G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs (red.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford 2002, s. 47; B. Wessels, *Insolvency Law. International Insolvency Law*, Deventer 2006, s. 355.

⁶⁶ Przepis art. 13 ust. 1 rozporządzenia nr 2015/848 stanowi wierne odzwierciedlenie art. 10 rozporządzenia nr 1346/2000. Natomiast zgodnie z art. 13 ust. 2 tego pierwszego aktu, sądy państwa członkowskiego, w którym można wszcząć wtórne postępowanie upadłościowe, zachowują jurysdykcję do wydania zgody na rozwiązanie lub zmianę umów o pracę, nawet jeżeli w tym państwie członkowskim nie wszczęto żadnego postępowania upadłościowego (zob. także pkt 72 preambuły do rozporządzenia). Kompetencja ta przysługuje także organowi, który na mocy prawa krajowego jest właściwy do wydania zgody na rozwiązanie lub zmianę umów o pracę.

⁶⁷ B. Wessels, *Insolvency*, s. 398–399.

⁶⁸ Kwestia wyłącznego stosowania *legis laboris* w tym zakresie jest podkreślana w doktrynie. Zob. M. Virgos, E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings* [w:] G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs (red.), *The EC Regulation*, s. 292, pkt 127; B. Wessels [w:] G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs (red.), *The EC Regulation*, s. 188; B. Wessels, *Insolvency*, s. 399; M. Armatowska, *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego*, Warszawa 2011, s. 188. Tak też wprost art. 10 rozporządzenia Rady (WE) 1346/2000, zgodnie z którym: „skutki postępowania upadłościowego co do umowy o pracę oraz stosunku pracy podlegają wyłącznie prawu Państwa Członkowskiego właściwemu dla umowy o pracę”.

względem należności innych wierzycieli, a jeżeli tak – to w jakim zakresie, podlegają prawu państwa wszczęcia postępowania upadłościowego⁶⁹.

Dla porządku należy wskazać, że w przypadku gdy statutem stosunku pracy jest system prawny państwa trzeciego (niebędącego członkiem Unii Europejskiej), omawiane rozwiązanie kolizyjne nie znajduje zastosowania⁷⁰, a *lex laboris* ustąpi miejsca prawu, któremu podlega upadłość.

9. Nie ulega wątpliwości, że całokształt zagadnień związanych z wynagrodzeniem za pracę wchodzi w zakres statutu stosunku pracy. Co prawda, jego ochrona następuje przede wszystkim na płaszczyźnie merytorycznoprawnej, jednakże nie byłaby ona pełna, gdyby z pomocą w tym zakresie nie przychodziły omówione powyżej reguły kolizyjne. To dzięki nim pracownik może liczyć na optymalne, choć nie zawsze zadowalające go, zabezpieczenie swoich interesów. Wydaje się jednak, że właściwa i najszersza ochrona wynagrodzenia za pracę byłaby możliwa jedynie przy materialnoprawnym ujednoliceniu regulacji w tym zakresie. Na to jednak przyjdzie jeszcze poczekać...

Witold Kurowski – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

⁶⁹ I.F. Fletcher [w:] G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs (red.), *The EC Regulation*, s. 61; M. Virgos, E. Schmit, *Report*, s. 292, pkt 128; M. Armatowska, *Uznanie*, s. 189.

⁷⁰ I.F. Fletcher [w:] G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs (red.), *The EC Regulation*, s. 61. Zob. jednak zestawienie odmiennych poglądów B. Wessels, *Insolvency*, s. 402.

DIETER MARTINY

DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW FOR INTELLECTUAL PROPERTY CONTRACTS IN EU CONFLICT OF LAWS

1. INTRODUCTION

The determination of the applicable law for intellectual property contracts is, as such, not a new issue, but it has nevertheless always been a disputed area. In his comprehensive writings on private international law and international commercial law, Wojciech Popiołek has also given attention to many of the complex issues in this field from the very beginning of his academic career¹. Therefore, the following examination of some recent developments and debated issues, particularly in the field of the objective determination of the applicable law in the context of European international contract law, is dedicated to him.

Despite the fact that intellectual property is becoming increasingly important within the European single market, the harmonisation of substantive law exists only to a limited extent². It is only to a certain degree that there are developed concepts in the case law of the European Court of Justice addressing intellectual property³. In the field of private international law, there are some uniform European rules⁴, and for international contracts there is a basis in the Rome I Regulation of 2008⁵. However, the discussion of more sophisticated conflict rules has continued⁶. Today there exist the 2011 European Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP Principles) drafted by a group of scholars⁷. These

¹ See particularly W. Popiołek, *Umowa wydawnicza w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa–Kraków 1982.

² Cf. B. Nestoruk, *Common Principles of European IP Law: a Polish Perspective*, in: A. Ohly (ed.), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Tübingen 2012, 189 *et seq.*

³ See M. Favale, M. Kretschmer, P.L.C. Torremans, *Is There a EU Copyright Jurisprudence?*, „Modern Law Review” 2016/79, 31 *et seq.*

⁴ In more detail A. Metzger, *Intellectual Property (PIL)*, in: J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law I*, Oxford 2012, 939 *et seq.*

⁵ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ EU 2008 L 177/6.

⁶ See E.I. Obergfell, *Urheberrecht im kollisionsrechtlichen Fokus*, in: N. Witzleb, R. Ellger, P. Mankowski, H. Merkt, O. Remien (eds.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2014, 475 *et seq.*

⁷ See European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), http://www.cl-ip.eu/_www/en/pub/home.html; European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intel-

Principles take the existing Rome I Regulation into account⁸. However, they encompass more issues than the Rome I Regulation and follow at least in some respects a different approach.

The subject of intellectual property contracts is not an easy one. There are different types of registered and unregistered intellectual property rights (particularly patents, trademarks and copyright)⁹. There is also a wide variety of contracts which reflect to a certain extent the different rights but also concern a multitude of contractual arrangements and duties without being based on a stringent typology of different kinds of contracts. However, it can at a minimum be stated that there are two main kinds of pure intellectual property agreements, namely assignments and licences.

2. CONFLICT OF LAWS APPROACH

2.1. EXISTENCE AND TRANSFERABILITY OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

The application of the *lex protectionis* for the existence and transferability of intellectual property rights is widely accepted. Under this rule intellectual property rights are governed by the law of the State in respect of which intellectual property protection is sought. This law is in general applicable to the existence, validity, registration, scope and duration of an intellectual property right and all other matters concerning the right as such¹⁰. This rule is often laid down in national statutes, e.g. in Austria¹¹, Belgium¹², the Czech Republic¹³, Poland¹⁴ and Switzerland¹⁵, or it is accepted by case law as in Germany¹⁶.

lectual Property (CLIP), *Intellectual Property and the Reform of Private International Law – Sparks from a difficult Relationship*, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2007, 284 *et seq.*; European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (ed.), *Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary*, Oxford 2013; A. Metzger, *Applicable law under the CLIP principles: A pragmatic reevaluation of territoriality*, in: J. Basedow, T. Kono, A. Metzger, *Intellectual Property in the Global Arena*, Tübingen 2010, 157 *et seq.*; M. van Eechoud, *Bridging the gap – Private international law principles for intellectual property law*, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2016, 716 *et seq.* – A former US project can only be mentioned here without further elaboration, see American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes of 2007*, St. Paul, Minn. 2008.

⁸ CLIP Principles Comment PRE:01.

⁹ See A. Peukert, *Intellectual Property*, in: J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law I*, Oxford 2012, 926 *et seq.*

¹⁰ In this sense Article 3:102 CLIP Principles – For other approaches see D. Moura Vicente, *The territoriality principle in intellectual property revisited*, NIPR 2016, 724 *et seq.*

¹¹ § 34 Austrian Federal Act on Private International Law of 15 June 1978.

¹² Article 93 para. 1 Belgian Code of Private International Law of 16 July 2004.

¹³ § 80 Law No. 91/2012 Coll. on Private International Law.

¹⁴ For the protection Article 46 para. 3 Polish Act on Private International Law of 4 February 2011 (O.J. 2011 No. 80, item 432); the establishment, the content and the termination of the intellectual property right shall be subject to the law of the country in which this right is exercised.

¹⁵ Article 110 para. 1 Swiss Federal Act on Private International Law of 18 Dec. 1987.

¹⁶ See for Germany Regional Court (Landgericht; LG) Mannheim, 18 Feb. 2011, Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (IPRspr.) 2011 no. 150; K. Bartenbach, A. Bartenbach, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, Köln 2013, no. 2344.

However, the determination of the original owner of the intellectual property right is governed by the law of the State with which the intellectual activity has the closest connection. If the activity takes place within a framework of contractual relations, that State is presumed to be the State whose law applies to these contractual relations, until proof to the contrary is presented¹⁷.

Initial ownership is often governed in principle by the law of the State for which protection is sought¹⁸. There are, however, exceptions to the rule, which cannot be discussed here. The transferability of intellectual property rights, e.g. copyright, differs under national law. This issue is therefore of practical significance but has to be distinguished from the contract law issues. In many jurisdictions, transferability is also subject to the *lex loci protectionis*, e.g. in Austria¹⁹, whereas others apply the *lex originis*²⁰.

2.2. CONTRACTUAL OBLIGATIONS AND THE ROME I REGULATION

In the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations²¹ there were no specific provisions on intellectual property. The general rules on contractual obligations had to be applied also to contracts in this field. Later, during the reform of the Rome Convention, there was an attempt to introduce an express rule for the objective determination of the proper law in the list of specified contracts. The European Commission's Rome I Proposal of December 2005 contained a special rule for contracts relating to intellectual property rights. Under Article 4 para. 1 lit. f of the proposal, a contract relating to intellectual or industrial property rights should be invariably governed by the law of the country in which the person who transfers or assigns the rights has his habitual residence²². Given the variety of contractual arrangements, this strict rule seemed to be too rigid²³. Other alternatives such as more flexible presumptions or a territorial approach were not convincing. Since it was not possible to reach a compromise within the European Council, the proposed provision was ultimately dropped²⁴. In the final version of the Rome I Regulation property rights and intellectual property are not covered as such. In respect of contractual

¹⁷ Article 93 para. 2 Belgian Code of Private International Law of 16 July 2004.

¹⁸ See Article 3:201 para. 1 CLIP Principles.

¹⁹ See § 34 para. 1 Austrian PIL-Act. In the same sense Article 3:301 CLIP Principles; T. Petz, *Conflict of Laws in Intellectual Property*, in: B. Verschraegen (ed.), *Austrian Law – An International Perspective*, Vienna 2010, 211, 281.

²⁰ Cf. T. Kono, P. Jurčys, *General Report*, in: T. Kono (ed.), *Intellectual property and private international law: Comparative perspectives*, Oxford 2012, 1, 140.

²¹ Rome Convention on the law applicable to contractual obligations of 19 June 1980, OJ 1980 L 266/1.

²² A similar provision is found in Article 122 para. 1 Swiss PIL Act.

²³ P. Torremans, *Licences and Assignments of Intellectual Property Rights Under the Rome I Regulation*, "Journal of Private International Law" (J. PIL) 4 (2008) 397, 403 *et seq.*

²⁴ See in more detail U. Stimmel, *Die Beurteilung von Lizenzverträgen unter der Rom-I-Verordnung*, "Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil" (GRUR Int.) 2010, 783, 784; M. McParland, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford 2015, no. 10.410 *et seq.*

relations there is no specific provision. Thus, the general rules in Article 3 *et seq.* of the Regulation apply.

3. SCOPE OF THE ROME I REGULATION

Under the existing rules, the Rome I Regulation does not cover the law governing the intellectual property right itself but only ‘contractual obligations’ (Article 1 para. 1 Rome I Regulation)²⁵. This means that license agreements and all transfers of intellectual property rights fall within the scope of the Regulation as far as contractual aspects are concerned. The proper law of the contract covers the formation and the validity of the contract (Article 10) as well as its content (Article 12).

The infringement of intellectual property rights and the remedies of the right holder are covered by Article 8 para. 1 Rome II Regulation²⁶. The country of protection is the principal connecting factor for damage claims, which results in the application of the *lex loci protectionis*²⁷. Article 8 para. 3 excludes freedom of choice in the field of intellectual property.

4. PARTY AUTONOMY

Party autonomy is generally accepted for contractual obligations concerning intellectual property²⁸. Freedom of choice for contracts can be based on Article 3 Rome I Regulation. A precondition for the use of party autonomy is, however, that there is at least one factor connected with a foreign jurisdiction. The parties may choose the applicable law expressly or implicitly if there are significant factors pointing clearly in the same direction. Pursuant to Article 6 Rome I Regulation, modifications are acknowledged under the principle of favour if there is a consumer transaction, which cannot be examined here²⁹. It also can only be mentioned here that agreements made between an employer and an employee concerning intellectual property rights in respect of inventions made by the employee in the course of performing his or her work are governed by the law applicable to the employment contract³⁰.

²⁵ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ EU 2008 L 177/6. See K. Bartenbach, A. Bartenbach (n. 16) no. 2344.

²⁶ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ EU 2007 L 199/40. More in detail E.I. Obergfell, *Verträge über Rechte am Geistigen Eigentum*, in: C. Reithmann, D. Martiny (eds.), *Internationales Vertragsrecht*, Köln 2015, no. 6.1050 *et seq.*

²⁷ In more detail P.L.C. Torremans, *The law applicable to copyright infringement on the Internet*, NIPR 2016, 687 *et seq.*; E.I. Obergfell, in: C. Reithmann, D. Martiny (n. 26), no. 6.1056 *et seq.*

²⁸ See also Article 122 para. 2 Swiss PIL Act; Article 3:501 CLIP Principles.

²⁹ See Y. Nishitani, *Contracts Concerning Intellectual Property Rights*, in: F. Ferrari, S. Leible (ed.), *Rome I Regulation: the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München 2009, 51, 70 ff.

³⁰ In the same sense Article 122 para. 3 Swiss PIL Act. For employment contracts see Y. Nishitani (n. 29) 51, 72 *et seq.*

5. APPLICABLE LAW IN THE ABSENCE OF CHOICE

5.1. OBJECTIVE CONNECTION

The applicable law in the absence of choice of law has to be determined for a wide variety of contracts relating to intellectual property rights. The basic idea of the Rome I Regulation is to adopt a connecting factor based on the closest connection of a contract, specified however by fixed rules. One of the objects of the reform of the Rome Regulation was to establish a three-step cascade system of connecting factors, not merely presumptions. In the first instance one has to apply the law determined for eight specified contracts in Article 4 para. 1. In the second place one has to determine the characteristic performance. Thirdly, both of these connections may be modified by a closer connection. In the last resort, where no result has been achieved, one has to inquire as to the closest connection.

This approach aims to ensure more predictability and legal certainty. The Rome I Regulation with its three steps intends to guarantee clearer results and to prevent arbitrary results stemming from the application of different tests. There is, however, still a certain margin of appreciation for the determination of the characteristic performance and for the search for exceptional circumstances. Moreover, it will be shown that on each level of the Article 4 approach there is often hesitation or reluctance regarding its application, and quite different results may be reached by using or not using the individual level at issue. As a result one encounters different approaches with numerous exceptions and counter-exceptions.

5.2. SPECIFIED CONTRACTS

As already mentioned, intellectual property contracts do not belong to one of the categories laid down in Article 4 para. 1 Rome I Regulation. In general, it is also not possible to subsume them under one of the existing categories. The European Court of Justice has clarified in the context of jurisdiction that intellectual property licensing contracts are not contracts for the provision of services³¹. The same conclusion can be achieved under the parallel provision found in Article 4 para. 1 lit. b Rome I Regulation.

Franchising and distribution contracts may also contain intellectual property elements. They contain particularly the use of trademarks and know-how, but they also encompass patent licenses, industrial design and copyrights. Nevertheless, the respective clauses of such contracts are considered only as dependent parts of the contract that do not frame the main duties and basic obligations of the franchisee or distributor³².

³¹ Concerning a licence agreement relating to audio recording, ECJ 23 April 2009 Case C-533/07 – *Falco*, ECR 2009, I-3327, for Article 5 para. 1 lit. b Brussels I Regulation; now Article 7 para. 1 lit. b Article Brussels I Regulation Recast. Cf. Y. Nishitani (n. 29) 51, 62 *et seq.*; I. Kunda, *Intellectual Property Contracts in EU Conflict of Laws and the Interpretative Role of the CLIP Principles*, in: J. Stamm (ed.), *Festschrift für Rüßmann*, Saarbrücken 2013, 825, 838 *et seq.*

³² The CLIP Principles also argue that only an ancillary duty is involved, see Comment 3:502. C04.

These contracts are therefore covered only by the categories of Article 4 para. 1 lit. e and f Rome I Regulation³³. The law of the country where the franchisee or distributor has his habitual residence has to be applied.

5.3. CHARACTERISTIC PERFORMANCE

Pursuant to Article 4 para. 2 Rome I Regulation, a contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence. The basic assumption of this concept is that the performance by one of the parties is characteristic; the counter-performance by the other party is generally only a payment of a sum of money and unspecific. This rule is also applied for contracts on intellectual property³⁴. The habitual residence of the debtor is the geographical link for the characteristic performance. It is, however, not the place of the actual performance but rather the connecting point of the rule.

The concept of characteristic performance often leads to clear results. In some cases there is a simple sale or a licence to use an intellectual property right. In such a case the vendor seems to be the person who is bringing the characteristic performance. However, the basic socio-economic concept of characteristic performance is that there is one performance which is ‘characteristic’.

If the other party is obliged to use the intellectual property right in a certain manner or there are other specific arrangements, then these activities cannot be ignored. The concept of characteristic performance cannot explain particularly well the determination of the applicable law where the counter-performance is also a delivery in kind or is the performance of services. Then a dominant characteristic performance of one of the parties cannot be identified. If the counter-performance is more differentiated and shapes the contractual obligations further, the concept of characteristic performance loses much of its persuasiveness. It will be demonstrated that this is the case for many contracts in the field of intellectual property.

The CLIP Principles follow a different, seemingly more neutral approach for contracts having as their main object either the creation of protectable subject matter or the transfer or license of intellectual property rights. They state as a general rule that in the absence of a contractual choice of law, a contract shall be governed by the law of the State with which the contract is most closely connected³⁵. Only this closest connection is to exist as the basic rule³⁶. The CLIP Principles avoid taking a clear position beforehand as to how this closest connection is to be ascertained. Instead in determining the closest connection they take into consideration two groupings of non-exhaustive factors which may

³³ In the same sense Y. Nishitani (n. 29) 51, 60 *et seq.*; I. Kunda (n. 31) 825, 845 *et seq.*

³⁴ E.I. Obergfell, in: C. Reithmann, D. Martiny (n. 26), no. 6.10553. Cf. also German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof; BGH) 15 Sept. 2009, GRUR Int. 2010, 334 = IPRspr. 2009 no. 140 – Sektionaltor; T. Kono, P. Jurčys (n. 20) 1, 173 *et seq.*

³⁵ CLIP Principles Article 3:502 para. 1. In more detail P. Torremans, *Cross-border licensing in the absence of a choice of law: is there a way forward?*, in: J. Rosén (ed.), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Cheltenham 2013, 25, 31 *et seq.*

³⁶ CLIP Principles Comment 3:502.C03.

lead to the application of the law of the habitual residence of the transferee or licensee or, alternatively, to the law of the habitual residence of the transferor or licensor³⁷. These factors – including countervailing factors – are not only to be identified but have to be weighted by the court. Then, through an analysis of different factors it has to be decided in which direction the balance is shifted. This is a kind of centre of gravity approach³⁸. Insofar there is a difference from the Rome I Regulation. It is generally believed that in European international contract law a centre of gravity approach is more or less obsolete as a general method³⁹. However, it is not convincing to argue that the use of the factor method may amount to a *circulus vitiosus* because only the applicable substantive law can decide on the existing obligations of the parties and their extent⁴⁰. The determination of the relevant facts and the interpretation of conflict-of-law rules are general problems which always must be decided in private international law.

One purpose of the Principles is that they can be used for the interpretation of the characteristic performance and closer connection in the sense of Article 4 of the Regulation.⁴¹

This means that the Principles are a useful tool, particularly in naming and explaining the different factors which are relevant for international contracts and in facilitating the examination of the individual contract. It is doubtful, however, to what extent one can generally accept that they are capable of serving as a means of interpretation⁴².

The CLIP Principles admit that there may be cases where there are contradictory factors or where not enough factors exist such that it is not possible to determine the applicable law. For these cases there are two fall-back clauses in the form of presumptions. The first clause states that if no clear decision can be made and the transfer or licence concerns intellectual property rights for only one State, it is to be presumed that the contract is most closely connected with that State⁴³. This is basically a recognition of the law of the place of the existence of the intellectual property, which will often coincide with the country of protection⁴⁴. The granting of the right for the State of the transferor or licensor or transferee or licensee is already named as one of the factors in the other provisions of Article 3 para. 2⁴⁵. One effect of the CLIP Principles is thus achieving at least a partial synchronisation of the law of the country of protection and the proper law of the contract. This has advantages insofar as it allows one to avoid tensions between questions of intellectual property as such and contractual issues.

The second fall-back clause concerns cases involving intellectual property rights for multiple States. If the transfer or licence concerns intellectual property rights for

³⁷ CLIP Principles Article 3:502 para. 2.

³⁸ See CLIP Principles Comments 3:502.C06 and 3:502.C09.

³⁹ Cf. R. Plender, M. Wilderspin, *The European private international law of obligations*, London 2015, no. 7.070 *et seq.*

⁴⁰ But see I. Kunda (n. 31) 825, 843 *et seq.*

⁴¹ CLIP Principles Note 3:502.N02.

⁴² Expressing a relative affirmative opinion I. Kunda (n. 31) 825, 841.

⁴³ Principle 3:502 para. 3 sent. 1.

⁴⁴ See CLIP Principles Note 3:502.N09.

⁴⁵ See Principle 3:502(2)(a) and (b).

multiple States, it shall be presumed that the State with which the contract is most closely connected is the State in which the creator, transferor or licensor has his habitual residence at the time of conclusion of the contract⁴⁶. In other situations the habitual residence of the licensee is not, as such, a connecting factor.

5.4. ESCAPE CLAUSE

Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply (Article 4 para. 3 Rome I Regulation)⁴⁷. There is no unanimity how important the escape clause for contracts on intellectual property is⁴⁸. One example, however, is if the contract has as its main object a research cooperation or joint venture agreement and deals with the transfer or license of intellectual property rights only in ancillary provisions. Here, the other obligations of the parties are dominant and determine the applicable law. The applicable law for issues concerning intellectual property follows the main obligations⁴⁹.

5.5. CLOSEST CONNECTION

In residual cases the closest connection can play a role. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected (Article 4 para. 4 Rome I Regulation). Based on the structure of the Rome I Regulation para. 4 should only be a stop gate measure⁵⁰. The practical sphere of application seems to be restricted mainly to contractual arrangements having complex duties on both sides. The closest connection may also lead to an application of the law of the country of protection⁵¹. However, the application of the closest connection depends also on the attitude adopted in the determination of the characteristic performance. If there is no willingness in complex cases to attribute the characteristic performance to different parties and it is instead preferred to state that there is no characteristic performance, then the closest connection becomes of great significance⁵².

⁴⁶ CLIP Principle 3:502 para. 3 sent. 2.

⁴⁷ In Switzerland it is debated whether the general provision of Article 15 or Article 117 para. 1 Swiss PIL Act applies; the question was left open in the Swiss Federal Court (Schweizerisches Bundesgericht; BG) 8 Sept. 2014, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 140 III 473 = GRUR Int. 2015, 337 – Kaffee kapseln.

⁴⁸ Only for rare cases E.I. Obergfell, in: C. Reithmann, D. Martiny (n. 26), no. 6.1054. More in favour of an application of the law of the protecting country, P. Torremans J. PIL 4 (2008) 397, 412 *et seq.*

⁴⁹ U. Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 788.

⁵⁰ It has also been proposed, however, not to search for a characteristic performance at any price but to switch over to the closest connection and use it as an 'escape route', see P. Torremans, *Intellectual property and the EU rules on private international law: match or mismatch?*, in: I. Stamtoudi, P. Torremans (eds.), *EU Copyright Law*, Cheltenham 2014, no. 18.38 *et seq.*

⁵¹ U. Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 788.

⁵² See the approach of P. Torremans J. PIL 4 (2008) 397, 406 *et seq.*

6. OVERRIDING MANDATORY RULES

The normal determination of the applicable law may be changed by overriding national mandatory provisions. The Rome I Regulation gives a definition of these provisions. They are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation (Article 9 para. 1)⁵³. Such overriding mandatory provisions can also be found in intellectual property law. Nothing in the Rome I Regulation restricts the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum (Article 9 para. 2).

Such an overriding mandatory nature is claimed, for example, by § 32b German Copyright Act. Pursuant to this provision the application of § 32 (equitable remuneration) and § 32a (author's further participation) of the Act shall be mandatory (1) if German law would be applicable to an exploitation agreement in the absence of a choice of law, or (2) to the extent that the agreement covers significant acts of exploitation within the territory to which the German Copyright Act applies. It is, however, doubted by some authors that this provision which intends to protect the author meets the narrow requirements of Union law⁵⁴ and that, despite the order of application by the national legislature, this is a valid restriction in the single market⁵⁵.

Under Article 9 para. 3 Rome I Regulation, effect may be given also to overriding mandatory provisions of third countries. It is agreed that this applies as well to contracts on intellectual property. The details of application are, however, unclear and cannot be discussed here.

7. SPECIFIC TRANSACTIONS

7.1. APPLICATION OF THE RULES OF THE ROME I REGULATION

Intellectual property rights include a wide variety of legal positions, e.g. copyrights, trademarks and patents. The application for patent protection is, in this context, also to be treated as a property right⁵⁶. A real difficulty is the application of the rules of the Rome I Regulation to specific transactions. The variety of agreements leads to a considerable degree of uncertainty.

⁵³ Similar provision in Article 3:901 CLIP Principles.

⁵⁴ See E.I. Obergfell (n. 6) 475, 486 *et seq.*

⁵⁵ P. Mankowski, *Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights under the Rome I Regulation*, in: S. Leible, A. Ohly (eds.), *Intellectual property and private international law*, Tübingen 2009, 31, 64 *et seq.*

⁵⁶ Swiss Federal Court 8 Sept. 2014, BGE 140 III 473 = GRUR Int. 2015, 337 – Kaffeeekapseln.

7.2. ASSIGNMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY

An assignment of intellectual property effects the transfer of the ownership of intellectual property from one person to another. For the transfer as such there are no uniform European rules. The Rome I Regulation does not apply because the Regulation covers only contractual obligations⁵⁷. The question regarding the applicable law is left to other rules⁵⁸. It is argued that a choice of the applicable law by the parties is not permitted⁵⁹. Very often the *lex loci protectionis* is applied⁶⁰. This means that if rights in several jurisdictions are affected several laws apply.

If the right is transferred in exchange for the payment of a price, particularly a lump sum payment, this is a sale of a right. Under Rome I, a choice of law pursuant to Article 3 Rome I Regulation is possible. In the absence of a choice of law, the law of the licensor applies under the principle of characteristic performance (Article 4 para. 2)⁶¹. Article 4 para. 1 lit. a does not apply. The substantive result is, however, also in line with Article 4 para. 1 lit. f of the proposal for a regulation. Modifications are possible through an application of the escape clause (Article 4 para. 3).

7.3. LICENSING AGREEMENTS

a) Simple licensing agreement

A licensing agreement is an agreement between an intellectual property rights owner (licensor) and another who is authorised to use such rights (licensee) in exchange for an agreed payment (fee or royalty). A variety of such licensing agreements are available, which may concern technology, trademarks or copyrights. Often several rights are involved and not simply one type of an intellectual property right. It is nearly unanimously accepted by the courts⁶² and in legal literature⁶³ that if the licensor only delivers the license, then the obligations of the licensor prevail and his performance is the characteristic one. Thus under Article 4 para. 2 Rome I Regulation, the law of the habitual residence of the licensor applies⁶⁴.

⁵⁷ T. Petz (n. 19) 211, 243, 280; K. Bartenbach, A. Bartenbach (n. 16) no. 2344.

⁵⁸ T. Kono, P. Jurčys (n. 20) 1, 168 *et seq.* – For transferability see Article 3:301 CLIP Principles.

⁵⁹ T. Petz (n. 19) 211, 281 *et seq.*

⁶⁰ For German law see E.I. Obergfell (n. 6) 475, 485 *et seq.*; K. Bartenbach, A. Bartenbach (n. 16) no. 2344.

⁶¹ P. Torremans J. PIL 4 (2008) 397, 405 *et seq.*; T. Petz (n. 19) 211, 282.

⁶² Y. Nishitani (n. 29) 51, 67 *et seq.*

⁶³ P. Torremans J. PIL 4 (2008) 397, 405 *et seq.* (for patent licence contracts), 415 (trademark licence); N. Boschiero, *Spunti critici sulla nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti relativi alla proprietà intellettuale in mancanza di scelta ad opera delle parti*, in: *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato – Liber Fausto Pocar II*, Milano 2009, 141, 155 *et seq.*; P. Manowski (n. 55) 31, 52; U. Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 787; Kunda (n. 31) 825, 841.

⁶⁴ Regional Court Mannheim 23 October 2009, Entscheidungen der Instanzgerichte zum Recht des geistigen Eigentums (InstGE) 11, 215, 217 = IPRspr. 2009 no. 144; P.A. de Miguel Asensio, *Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights*, YB PIL 10 (2008) 199, 210 *et seq.*; M. Hiestand, *Lizenzverträge/gewerbliche Schutz-*

Under the CLIP Principles the result would be the same. A factor in favour of the application of the law of the transferor or licensor is that he has no other explicit or implicit duty but to pay a flat sum as monetary consideration⁶⁵. Another factor in favour of the law of the transferor or licensor is that the licence is for a single use⁶⁶. In some cases there may be a previous duty to create something. Then under the CLIP Principles a factor in favour of the transferor or licensor is that the creator of the protectable subject matter has the duty to create that matter⁶⁷. This is in line with the principle of characteristic performance.

b) Granting of rights for one or several States

aa) Granting of rights for a certain State

Under the CLIP Principles, the State for which a licence is granted is given considerable weight. As a factor tending toward the law of the State in which the creator, transferor or licensor has his habitual residence at the time of conclusion of the contract, one is to consider whether the transfer or licence concerns intellectual property rights granted for the State of the transferor's or licensor's habitual residence or place of business⁶⁸. This is consistent with the principle of characteristic performance, which leads also to the habitual residence of the licensor.

The CLIP Principles, however, regard as a factor tending toward the law of the State in which the transferee or licensee has his habitual residence at the time of conclusion of the contract whether the transfer or licence concerns intellectual property rights granted for the State of the transferee's or licensee's habitual residence or place of business⁶⁹. This gives considerable weight to the law of the transferee or licensee and is in line with a country of protection approach. It is very doubtful, however, whether this fact alone is strong enough to make the principle of characteristic performance under Rome I inapplicable from the outset.

bb) Intellectual property rights for multiple States

Under the CLIP Principles it is to be presumed that the State with which the contract is most closely connected is the State in which the creator, transferor or licensor has his habitual residence at the time of conclusion of the contract, if the transfer or licence concerns intellectual property rights for multiple States⁷⁰. This is in line with earlier proposals and solutions advocating application of the law of the licensor in cases where the right has been granted or exploited in multiple States⁷¹. It is obvious that

rechte, in: C. Reithmann, D. Martiny (ed.), *Internationales Vertragsrecht*, Köln 2015, no. 6.1104; K. Bartenbach, A. Bartenbach (n. 16) no. 2375 *et seq.*

⁶⁵ Article 3:502 para. 2 lit. b CLIP Principles.

⁶⁶ Article 3:502 para. 2 lit. b CLIP Principles. In the same sense P. Mankowski (n. 55) 31, 52 *et seq.*

⁶⁷ Article 3:502 para. 2 lit. b CLIP Principles.

⁶⁸ Article 3:502 para. 2 lit. b CLIP Principles.

⁶⁹ Article 3:502 para. 2 lit. a CLIP Principles.

⁷⁰ Article 3:502 para. 3 sent. 2 CLIP Principles.

⁷¹ See F.-K. Beier, *Conflict of Law Problems of Trademark License Agreements*, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) 1982, 162, 172 *et seq.*

in the case of multiple States a uniform reference to the law of the country of protection is not possible and that – if one wants to avoid a fragmentation – another criterion has to be used. From the point of view of the Rome I Regulation this is not so serious. A recent Swiss judgment stressed that the fact that protection is sought for several States is not, as such, a reason to deviate from the principle of characteristic performance⁷². This is also consistent with the approach of the Rome I Regulation⁷³.

c) Modifications of contractual obligations

aa) The taking into account of specific factors

There are different factors reflecting the economic arrangements and the efforts and the weight of the contractual obligations of the parties. Some of the duties strengthen the application of the law of the licensor or transferor while others lead in the opposite direction toward the law of the licensee or transferee. Under the CLIP Principles these are factors demonstrating to which legal order the closest connection tends.

Under Rome I the approach through the different steps of Article 4 is more rigid. It could be argued that in some cases there is no characteristic performance so that the applicable law has to be determined by application of the next step, the closest connection. However, it is more obvious to ask whether a closer connection can be established by application of the escape clause (Article 4 para. 3).

bb) Duty to exploit the right

There is a controversy as to how to connect a licence agreement where the transferee or licensee has the explicit or implicit duty to exploit the right. Such an exploitation obligation means that the licensee has additional duties and assumes an economic risk whereas the licensor only grants the license. According to one view, either the law of the place of the licensee should be applied, because he is obliged to the characteristic performance⁷⁴, or another connecting factor such as the *lex loci protectionis* should prevail⁷⁵. However, others argue that this duty is only one of secondary importance and does not change the application of Art. 4 para. 2 in favour of the licensor⁷⁶. But if the obligation to exploit amounts to a considerable effort on the part of the licensee this should not be neglected⁷⁷.

cc) Exclusivity of the use

If the licensee has an exclusive license, it has been argued that this leads to a characteristic performance of this party particularly if he also has other collateral duties to

⁷² Swiss Federal Court 8 Sept. 2014, BGE 140 III 473 = GRUR Int. 2015, 337 – Kaffee kapseln.

⁷³ German Federal Supreme Court 6 April 1995, IPRspr. 1995 no. 26; D. Martiny, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2015, Art. 4 Rom I-VO no. 266.

⁷⁴ P. Mankowski (n. 55) 31, 54; U. Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 786 *et seq.* – According to Article 3:502 para. 2 lit. a CLIP Principles it is a factor in favour of the law of the licensee.

⁷⁵ Left open in K. Bartenbach, A. Bartenbach (n. 16) no. 2376. – P. Torremans, J. PIL 4 (2008) 397, 406 *et seq.* argues that no characteristic performance can be determined.

⁷⁶ M. Hiestand, in: C. Reithmann, D. Martiny (n. 64) no. 6.1104.

⁷⁷ Cf. D. Martiny (n. 73) Art. 4 Rom I-VO no. 247, 268.

perform⁷⁸. However, exclusivity as such concerns only the extent of the granted right, restricting the obligations of the licensor and the position of the licensee. It is therefore contested that the existence of exclusivity should solely be relevant for the determination of the applicable law⁷⁹.

dd) Royalties and other kinds of payment

Under the CLIP Principles, a factor tending toward the law of the State in which the transferee or licensee has his habitual residence at the time of conclusion of the contract is when the royalties or other form of monetary consideration is expressed as a percentage of the sales price⁸⁰. There remain doubts, however, whether the kind of remuneration – which can take various forms – can be bestowed such an importance as to change the characteristic performance of the contract⁸¹.

ee) Specific duties of the transferee or licensee

If there are specific duties of the licensee, this raises doubts as to the appropriateness of applying the characteristic performance so as to result in the application of the law of the transferor or licensor. Not to take such a part of the contractual arrangement into account could mean to ignore important aspects of the economic transaction. The CLIP Principles mention as a factor in favour of the law of the licensee or transferee that he has a duty to report on his efforts to exploit the rights⁸². However, this duty does not really broaden or change his obligations. Therefore, others argue that this duty is one of only secondary importance and does not change the application of Art. 4 para. 2 Rome I Regulation in favour of the licensor⁸³.

In some cases both of the parties have a multitude of duties. The licensor may give assistance in the production and the use of the licence. Then it is argued that this amounts to an obligation preventing the determination of a characteristic performance; Art. 4 para. 2 should not be applied and a solution has then to be found on the next level, the closest connection pursuant to Article 4 para. 4⁸⁴. However, as a general matter, such efforts will rather be classified as only auxiliary duties⁸⁵.

ff) Cooperation of the parties

There are cases where the basic model of a performance in exchange for a payment does not apply, but where instead the parties cooperate more or less on an equal level

⁷⁸ Regional Court Düsseldorf, 1 Jan. 1999, GRUR Int. 1999, 772 = IPRspr. 1999 no. 28. Cf. also I. Kunda (n. 31) 825, 842 *et seq.*; D. Martiny (n. 73) Art. 4 Rom I-VO no. 247, 268.

⁷⁹ Y. Nishitani (n. 29) 51, 68; P. Mankowski (n. 55) 31, 53; U. Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 787.

⁸⁰ Article 3:502 para. 2 lit. a CLIP Principles.

⁸¹ See P. Mankowski (n. 55) 31, 53.

⁸² Article 3:502 para. 2 lit. a CLIP Principles.

⁸³ M. Hiestand, in: C. Reithmann, D. Martiny (n. 64) no. 6.1105.

⁸⁴ U. Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 787.

⁸⁵ P. Mankowski (n. 55) 31, 53. In the same sense for Article 4 Rome Convention, German Federal Supreme Court 29 March 2001, GRUR Int. 2002, 170 – IPRspr. 2001 no. 5 – Lepo Sumera.

or where there is a different kind of exchange. In the case of a cross-licensing agreement each party grants to the other party rights to its intellectual property⁸⁶. Here there are two characteristic performances, and it is necessary to look for the closest connection by other means⁸⁷. It has been proposed to switch to the *lex loci protectionis*⁸⁸. However, if there a several countries of protection, this way is blocked and another solution has to be found⁸⁹.

In cases of a patent pool, where each party is at the same time licensor and licensee, it is argued that no characteristic performance can be determined and that the closest connection is the appropriate connecting factor⁹⁰.

7.4. PUBLISHING AGREEMENT

Under a publishing agreement there is chiefly a grant of publishing rights. Normally the author is to receive royalties and the publisher is obliged to publish a book. The performances of both parties are essential, and a contract to publish and distribute a book is characteristic.

Consequently the performance by the author is not the characteristic one. The obligations of the publisher are more comprehensive and complex. Article 4 para. 2 Rome I Regulation is applied⁹¹. The CLIP-factor identifying royalties expressed as a percentage of the sales price, which takes regard of the fact that such royalties are generally linked to efforts of the publisher, also reinforces this result⁹².

8. CONCLUSION

Party autonomy – with its restriction by overriding mandatory rules – is generally uncontested in the field of intellectual property contracts. However, on the level of the objective determination of the proper law, the large variety of contractual obligations remains a key challenge. The reform proposal for the Rome I Regulation was too undifferentiated on the level of specified contracts. Its main content, the dominance of the characteristic performance of the transferor or licensor of intellectual property, can nevertheless now be underpinned by Article 4 para. 2 of the Regulation. However, the principle of characteristic performance cannot always be the end-result. There is always a challenge presented by other factors whose taking into account can lead to different results, particularly to an application of the law of the country of protection. Under

⁸⁶ Cf. P.A. de Miguel Asensio, YB PIL 10 (2008) 199, 218 *et seq.*; P. Mankowski (n. 55) 31, 59 *et seq.*

⁸⁷ Y. Nishitani (n. 29) 51, 70.

⁸⁸ In this sense already F.-K. Beier, IIC 1982, 162, 176 *et seq.*

⁸⁹ Left open by Regional Court Mannheim 2 March 2015, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax) 2015, 464.

⁹⁰ K. Bartenbach, A. Bartenbach (n. 16) no. 2830.

⁹¹ Regional Court Hamburg 3 April 2009, GRUR Int. 2010, 67 = IPRspr. 2009 no. 134; P. Mankowski (n. 55) 31, 53; E.I. Obergfell (n. 6) 475, 484; M. Gebauer, in: G.-P. Calliess (ed.), *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn 2015, Article 4 Rome I no. 64.

⁹² See CLIP Principles Comment 3:502.C06.

the Rome I Regulation, modification can be achieved by applying the escape clause of Article 4 para. 3, and as a last resort with the assistance of the closest connection. However, it is not easy to find a convincing alternative to the approach of the Rome I Regulation. The factor method found in the CLIP principles avoids the rigid approach of Article 4 with its fixed scale, and it is helpful for the analysis as to which of the different factors are decisive. However, a vague centre of gravity approach or a process-which leads to too many exceptions and counter-exceptions should be avoided. Under the law as it stands, the necessity of examining different circumstances has to result from a given order of steps being followed. Yet the necessary degree of legal certainty can only be achieved by a detailed analysis of the different types and peculiarities of individual contractual arrangements.

Dieter Martiny – prof. em. dr. Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).
Affiliated at the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht,
Hamburg.

ANDRZEJ MACZYŃSKI

EWOLUCJA NORM KOLIZYJNYCH WSKAZUJĄCYCH PRAWO WŁAŚCIWE DLA FORMY CZYNNOŚCI PRAWNYCH NA WYPADEK ŚMIERCI

1. Prawo, które dopuszcza sporządzenie testamentu lub dokonanie innej czynności prawnej mającej wywrzeć skutki po śmierci osoby dokonującej tej czynności uzależnia ważność tej czynności od zachowania określonej formy¹. Prawa poszczególnych państw kształtują tę formę w sposób bardzo zróżnicowany, przy czym często przewidują kilka różnych form. Sankcją niezachowania wymaganej formy jest na ogół nieważność czynności prawnej. W związku z tym istotne znaczenie ma problem, które prawo określa, w jakiej formie powinna być sporządzona czynność prawna na wypadek śmierci. Pytanie o prawo właściwe dla formy takich czynności, przede wszystkim testamentu, należy do klasycznych problemów prawa prywatnego międzynarodowego, rozważanych od początków istnienia tej gałęzi prawa. Historia norm rozstrzygających ten problem łączy się nierozdzielnie z historią zasady *locus regit actum*². Ograniczenie zastosowania tej zasady do kwestii formy doprowadziło do ukształtowania się normy wyrażonej w postaci sformułowania: *lex loci regit formam actus*. W myśl tej normy testament sporządzony w formie zgodnej z prawem obowiązującym tam, gdzie został sporządzony, jest ważny pod względem formy. Akceptacja tej normy nie przesądzała jednak, czy wskazane przez nią prawo (*lex loci actus*) jest jedynym właściwym dla oceny ważności testamentu pod względem formy, czy tylko jednym z praw alternatywnie właściwych dla tej kwestii. Przedmiotem sporu, toczonego na przełomie XIX i XX w., w szczególności w doktrynie francuskiej, było właśnie to, czy wspomniana zasada ma charakter fakultatywny czy obligatoryjny. Ówczesne prawo niemieckie opowiedziało się za pierwszą możliwością, odnosząc ją do ogółu czynności prawnych (z wyjątkiem czynności dotyczących praw rzeczowych), a jego stanowisko było naśladowane przez ustawodawców innych państw.

Prawo prywatne międzynarodowe stało się w Polsce przedmiotem regulacji ustawowej obejmującej całokształt tej dziedziny już 90 lat temu – znacznie wcześniej

¹ Wymaganie to uzasadniają ważne motywy, zob. A. Maczyński, *Dziedziczenie testamentowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Ustawowe i konwencyjne unormowanie problematyki formy*, Kraków 1976, s. 66–71.

² R. Genin-Méric, *La maxime locus regit actum. Nature et fondement*, Paris 1976.

niż w wielu innych państwach europejskich. Porównując unormowania dotyczące kwestii formy czynności prawnych na wypadek śmierci w kolejno obowiązujących ustawach polskich, można dostrzec zarówno elementy stałości, jak zmienności tych unormowań. Interesująca jest także obserwacja zwiększającej się roli norm powstałych w wyniku współpracy dwóch lub więcej państw, mającej na celu doprowadzenie do ujednolicenia norm obowiązujących w tych państwach. Efektem tej współpracy są dwu- i wielostronne umowy międzynarodowe, a od niedawna – akty prawa unijnego.

Wielość jednocześnie obowiązujących norm kolizyjnych regulujących te same kwestie wywołuje pytanie o to, której z tych norm przysługuje pierwszeństwo stosowania. Jego rozstrzygnięcie wymaga zbadania tzw. zakresu sytuacyjnego tych norm, czyli ustalenia, jakie okoliczności decydują o zastosowaniu tej, a nie innej normy. Z kolei odmiennosć treści kolejno obowiązujących norm powoduje powstanie problemu rozgraniczenia zakresów ich zastosowania pod względem czasowym. Nie są to bynajmniej problemy charakterystyczne tylko dla problematyki związanej z ustaleniem prawa właściwego, w tej jednak dziedzinie występują one ze szczególną wyrazistością.

2. W pierwszej polskiej ustawie regulującej prawo prywatne międzynarodowe³ przepisy dotyczące prawa spadkowego (art. 28–35) zamieszczone zostały w przedostatnim rozdziale zatytułowanym „Prawo spadkowe”⁴. Regulowały one nie tylko problem wskazania prawa właściwego, ale i pewne zagadnienia o charakterze procesowym. Zasadą podstawową była właściwość prawa ojczyściego spadkodawcy z chwili jego śmierci (art. 28 ust. 1). Łącznikiem wyznaczającym prawo ojczyście⁵ było obywatelstwo spadkodawcy, a w razie niemożności jego ustalenia – miejsce jego zamieszkania. W przepisach tej ustawy przewidziano kilka różnie ukształtowanych wyjątków od tej zasady. Mianowicie zgodnie z art. 28 ust. 2 zdolność nabycia spadku poddana została właściwości nie tylko prawa ojczyściego spadkodawcy, ale i prawa ojczyściego spadkobiercy. Z kolei art. 30 dopuszczał dwa wyjątki na rzecz prawa państwa położenia majątku lub jego części. Prawu temu podlegały „majątki, którymi spadkodawca nie może rozporządzać na przypadek swej śmierci (ordynacje)” oraz „ograniczenia publicznoprawne, którym ulega spuścizna lub jej części”.

Najbardziej oryginalną cechą polskiej regulacji międzynarodowego prawa spadkowego było poddanie „rozporządzeń ostatniej woli i umów o prawa spadkowe” prawu

³ Ustawa z 2.08.1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych (Prawo prywatne międzynarodowe) (Dz.U. Nr 101, poz. 581); dalej: ustawa z 1926 r.

⁴ Jako oznaczenie zakresu art. 28 ust. 1 tej ustawy została użyta nazwa „prawo spadkowe”. Natomiast tytuł odpowiedniego rozdziału ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym brzmiał „Prawa spadkowe”, a zakres art. 27 ust. 1 tej ustawy był oznaczony nazwą „sprawy spadkowe”. Co do tego zróżnicowania terminologicznego zob. K. Przybyłowski, *Prawo międzynarodowe prywatne wedle stenogramu wykładów uniwersyteckich*, Lwów 1935, s. 184; M. Czepelak, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 104, przyp. 23.

⁵ Nazwa „prawo ojczyście” występowała w wielu przepisach ustawy z 1926 r., ale nie w dotyczącym zdolności osobistej art. 1. Zamiennie używane były inne nazwy lub określenia: ustawa ojczysta, prawo państwa, którego osoba jest obywatelem, prawo państwa, do którego osoba należy, prawo państwa, któremu osoba podlega osobiście.

ojczystemu spadkodawcy „z czasu dokonania tych czynności” (art. 29)⁶. Norma ta była wyrazem zastosowania na płaszczyźnie prawa prywatnego międzynarodowego przyjętej w prawie międzyczasowym zasady poddającej tego rodzaju czynności prawu obowiązującemu w dacie ich sporządzenia⁷. Praktyczne znaczenie tej normy uwydatniało się w razie zmiany obywatelstwa (lub wchodzącego w jego miejsce zamieszkania) w okresie po sporządzeniu czynności.

Obowiązywanie takiej normy wywoływało problem ustalenia jej stosunku do normy wyznaczającej statut spadkowy (art. 28 ust. 1) oraz do norm dotyczących zdolności osobistej osoby fizycznej (art. 1) i formy czynności prawnej (art. 5).

Rozstrzygnięcie pierwszego problemu nie wywoływało trudności. Artykuł 29 jako *lex specialis* w stosunku do art. 28 ust. 1 wyłączał jego zastosowanie. Wyłączenie to następowało niezależnie od tego, czy prawo właściwe na podstawie art. 28 ust. 1 znało podobną regulację. W związku z rozgraniczeniem zakresów norm kolizyjnych wyrażonych w tych przepisach nasuwała się refleksja, iż sformułowanie art. 29 było zbyt szerokie – stosowanie do wymienionych w nim czynności prawa wskazanego za pomocą okoliczności istniejących w chwili ich sporządzenia, a nie w chwili śmierci spadkodawcy, było uzasadnione co do oceny ważności, a nie innych kwestii związanych z daną czynnością, w tym jej skutków⁸.

Problem stosunku art. 29 do art. 1, dotyczącego zdolności osobistej osoby fizycznej, sprowadzał się do pytania, który z tych przepisów wskazuje prawo właściwe dla zdolności testowania. Odpowiedź na to pytanie nie miała praktycznych konsekwencji – zarówno jeden, jak drugi przepis prowadził do właściwości tego samego prawa.

Znaczenie praktyczne miał natomiast problem relacji art. 29 do art. 5. Ten ostatni przepis przewidywał, że „forma czynności prawnej podlega prawu, które właściwe jest dla samej czynności; jednak wystarczy zastosowanie się do prawa, obowiązującego w miejscu sporządzenia czynności, jeżeli to miejsce nie jest wątpliwe”. Przepis ten przewidywał więc alternatywne wskazanie dwóch praw: *legis causae* i *legis loci actus*. Pierwszeństwo wobec tego przepisu miały przepisy szczególne dotyczące formy niektórych czynności prawnych, zawarte zarówno w tej samej ustawie z 1926 r. (np. art. 6 ust. 3), jak i poza nią (np. w przepisach prawa wekslowego i prawa czekowego). Czy art. 29 był takim przepisem szczególnym wyłączającym art. 5? Przeważało trafne

⁶ Obowiązywanie normy tej treści przewidywano od samego początku prac kodyfikacyjnych. Sformułowanie art. 26 pierwszego projektu ustawy regulującej prawo prywatne międzynarodowe, przedstawionego przez F. Zolla na początku 1920 r., różniło się od art. 29 tylko tym, że zamiast słowa „czynności” użyte w nim było słowo „aktów”. Bezpośrednią inspiracją mógł być przepis austriackiego projektu prawa prywatnego międzynarodowego z 1913 r., ale przepis ten wymieniał jedynie dwie przesłanki ważności: zdolność i formę.

⁷ Zasada taka wyrażona została w art. 214 niemieckiej ustawy wprowadzającej kodeks cywilny z 1896 r.

⁸ F. Zoll, *Projekty ustaw o polskim prawie międzynarodowym prywatnym i o prawie międzydzielnicowym prywatnym*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1920/1–4, s.79; H.H. Wiebe, *Die erbrechtliche Stellung eines in Deutschland wohnhaften Polen nach deutschem und polnischem internationalen Privatrecht*, Berlin 1937, s. 71–84; K. Przybyłowski, *Kodyfikacyjne zagadnienia polskiego prawa międzynarodowego prywatnego*, „Studia Cywilistyczne”, t. V, Kraków 1964, s. 54.

zapatrywanie, że wprowadzie obejmuje on swym zakresem kwestię formy wymienionych w nim czynności prawnych, ale mimo to nie wyłącza stosowania art. 5⁹. Rola art. 29 polegała bowiem tylko na wskazaniu, że prawo ojczyste spadkodawcy z czasu sporządzenia czynności objętych zakresem tego przepisu jest prawem właściwym dla tych czynności w rozumieniu art. 5. Brak w art. 29 wzmianki o prawie obowiązującym w miejscu sporządzenia czynności nie uzasadniał wyłączenia w stosunku do wymienionych w nim czynności prawnych normy wyrażonej w końcowej części art. 5 ustawy z 1926 r.

Zatem spadkodawca mógł sporządzić testament w formie przewidzianej przez swoje prawo ojczyste albo przez prawo miejsca sporządzenia testamentu. Nie oznaczało to, że art. 5 przyznawał mu kompetencję do dokonania ograniczonego wyboru prawa. Decydowało ustalenie, czy w konkretnej sytuacji zostało zachowane jedno z właściwych praw, a nie to, które prawo spadkodawca chciał zachować. Uzależnienie właściwości prawa obowiązującego w miejscu dokonania czynności od tego, czy spadkodawca zastosował się do tego prawa (czyli od tego, czy forma, w której sporządził rozporządzenie ostatniej woli lub umowę o prawa spadkowe, jest zgodna z tym prawem), miało praktyczne konsekwencje w sytuacji, gdy żadne z praw właściwych na podstawie art. 5 nie zostało zachowane. W takiej sytuacji następowały skutki przewidziane przez prawo właściwe dla tej czynności prawnej, nawet jeżeli prawo miejsca sporządzenia czynności przewidywało skutki łagodniejsze.

3. Jeszcze przed uchwaleniem ustawy z 1926 r. Polska zawarła z kilkoma państwami bilateralne umowy międzynarodowe¹⁰, dotyczące kwestii z dziedziny prawa prywatnego międzynarodowego.

Konwencja z Austrią¹¹ została zawarta, a nawet weszła w życie, przed wejściem w życie ustawy z 1926 r. Jej postanowienia dotyczące prawa spadkowego (art. 27–32) odnosiły się do sytuacji, w których na obszarze jednego z umawiających się państw pozostał majątek po obywatelu drugiego państwa lub w których obywatele jednego z tych państw są powołani do spadku w drugim państwie. Pod względem treści postanowienia te wykazują wyraźne podobieństwo do przepisów prawa polskiego. Zgodnie z art. 31 tej Konwencji rozporządzenia ostatniej woli włącznie z umowami dziedziczenia podlegają prawu ojczystemu spadkodawcy z czasu sporządzenia tych czynności. Sformułowanie tego przepisu różniło się od art. 29 ustawy z 1926 r. przez odrębne wymienienie odwołania rozporządzenia na wypadek śmierci oraz zastrzeżenie, iż „zmiana prawa właściwego dla spadkodawcy w czasie sporządzenia rozporządzenia ostatniej woli pozostaje bez wpływu na jego zdolność do odwołania tego rozporządzenia ostatniej woli”. W Konwencji tej nie było postanowienia dotyczącego formy, uregulowano natomiast skuteczność testamentów konsularnych.

⁹ K. Przybyłowski, *Glosa* [do uchwały SN z 16.10.1963 r., III CO 50/63], OSPiKA 1964, poz. 187.

¹⁰ Dalej w tekście zamiennie z nazwą „umowa międzynarodowa” używam nazwy „konwencja” jako bardziej odpowiedniej dla umów tego typu.

¹¹ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Austriacką w przedmiocie wzajemnego obrotu prawnego, podpisana w Wiedniu dnia 19.03.1924 r. (Dz.U. Nr 84, poz. 467).

Regulacja zagadnień prawnosпадkowych zamieszczona była także w art. 22–33 Konwencji z Jugosławią¹². W postanowieniach dotyczących jurysdykcji w sprawach spadkowych wyrażono normę przewidującą stosowanie prawa ojczystego spadkodawcy zarówno co do ruchomości, jak i co do nieruchomości, z zastrzeżeniem stosowania *legis rei sitae*, podobnie jak w art. 30 ustawy z 1926 r.

W Konwencji z Czechosłowacją¹³ z 1925 r. nie unormowano problematyki prawnosпадkowej. To zostało uzupełnione Konwencją zawartą w 1934 r.¹⁴ Zakres sytuacji tej Konwencji był określony podobnie jak w Konwencji z Austrią i obejmował spadki pozostałe po obywatelach jednego państwa w drugim państwie (art. 1 ust. 1 oraz tytuł części pierwszej Konwencji). Artykuł 4 tej Konwencji poddawał rozporządzenia na wypadek śmierci włącznie z umowami dziedziczenia prawu państwa, którego obywatelem był spadkodawca w chwili dokonywania tej czynności prawnej, dodając, że „co do formy wystarcza zachowanie ustaw miejsca, w którym rozporządzenie działo się”. Regulacja odwołania rozporządzenia na wypadek śmierci była analogiczna jak w Konwencji z Austrią. Po II wojnie światowej i skodyfikowaniu w 1948 r. czechosłowackiego prawa prywatnego międzynarodowego Polska i Czechosłowacja zawarły nową Konwencję¹⁵. W dziedzinie prawa spadkowego przewidywała ona unormowania podobne do przyjętych w prawie polskim. Osobny przepis dotyczący formy rozporządzeń na wypadek (*sic!*) śmierci poddawał je prawu strony, której obywatelem był spadkodawca w czasie sporządzenia lub uchYLENIA rozporządzenia, dodając, że wystarczy jednak zachowanie przepisów prawa obowiązującego w miejscu, w którym rozporządzenie na wypadek (*sic!*) śmierci zostało sporządzone lub odwołane.

Kolejne umowy bilateralne zawarte w latach 1957–1962 połączyły Polskę z europejskimi państwami ówczesnego obozu socjalistycznego: NRD¹⁶, ZSRR¹⁷, Węgrami¹⁸, Jugosławią¹⁹,

¹² Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Serbów, Kroatów i Słoweńców, dotycząca stosunków prawnych obywateli obu stron, podpisana w Belgradzie dnia 4.05.1923 r. (Dz.U. z 1929 r. Nr 2, poz. 16).

¹³ Umowa pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czeskosłowacką w przedmiocie uregulowania obrotu prawnego w sprawach cywilnych, karnych i niespornych, podpisana w Pradze dnia 6.03.1925 r. (Dz.U. z 1926 r. Nr 14, poz. 80).

¹⁴ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czeskosłowacką o wzajemności w sprawach spadkowych, podpisana w Pradze dnia 25.01.1925 r. (Dz.U. z 1937 r. Nr 22, poz. 138).

¹⁵ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czechosłowacką o wzajemnym obrocie prawnym w sprawach cywilnych i karnych, podpisana w Warszawie dnia 25.01.1949 r. (Dz. Nr 20, poz. 133).

¹⁶ Umowa pomiędzy Polską Rzeczpospolitą Ludową a Niemiecką Republiką Demokratyczną o obrocie prawnym w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Warszawie dnia 1.02.1957 r. (Dz.U. z 1958 r. Nr 27, poz. 114).

¹⁷ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Związkiem Socjalistycznych Republik Radzieckich o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Warszawie dnia 28.12.1957 r. (Dz.U. z 1958 r. Nr 32, poz. 147).

¹⁸ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Węgierską Republiką Ludową o obrocie prawnym w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Budapeszcie dnia 6.03.1959 r. (Dz.U. z 1960 r. Nr 8, poz. 54).

¹⁹ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Federacyjną Ludową Republiką Jugosławii o obrocie prawnym w sprawach cywilnych i karnych, podpisana w Warszawie dnia 6.02.1960 r. (Dz.U. z 1963 r. Nr 27, poz. 162).

Czechosłowacją²⁰, Bułgarią²¹ i Rumunią²². We wszystkich tych konwencjach zamieszczone zostały przepisy wyrażające normy będące podstawą stosowania prawa jednego z państw-stron danej konwencji, czyli normy kolizyjne o charakterze ściśle dwustronnym. Konwencje te nie miały na celu pełnego ujednolicenia obowiązującego w umawiających się państwach prawa prywatnego międzynarodowego, ale zmierzały tylko do zapewnienia jednolitości rozstrzygnięć w sprawach związanych z oboma państwami. To wywoływało pytanie, jakie okoliczności uzasadniają zastosowanie normy kolizyjnej wyrażonej w konwencji bilateralnej²³.

Zawarte w omawianych konwencjach normy wskazujące prawo właściwe dla dziedziczenia miały różną treść. Niektóre z nich poddawały dziedziczenie prawu tej umawiającej się strony, której obywatelstwo miał spadkodawca w chwili śmierci (konwencje z NRD, Węgrami, Jugosławią i Czechosłowacją), inne natomiast nakazywały stosowanie do dziedziczenia nieruchomości prawa tej umawiającej się strony, na której obszarze położona jest nieruchomość (konwencje z ZSRR i Bułgarią).

We wszystkich omawianych konwencjach zostały zamieszczone postanowienia dotyczące formy testamentu. Jedne z nich mówiły krótko o formie testamentu (konwencje z ZSRR i Bułgarią), inne – o formie sporządzenia lub odwołania testamentu (konwencje z Czechosłowacją, Jugosławią, Rumunią), jeszcze inne – o formie rozporządzenia na wypadek śmierci i odwołania takiego rozporządzenia (konwencje z NRD i Węgrami). Natomiast pod względem treści unormowania te były podobne do unormowania przewidzianego w polskiej ustawie z 1926 r. Tak samo jak prawo polskie przewidywały one właściwość prawa wskazanego łącznikiem obywatelstwa spadkodawcy z chwili testowania lub odwołania testamentu, zastrzegając, iż wystarcza zastosowanie prawa wskazanego łącznikiem sporządzenia czynności. Charakterystyczne, że łącznik obywatelstwa służył wskazaniu prawa jednego z umawiających się państw, natomiast sformułowania dotyczące drugiego łącznika były zróżnicowane, gdyż niektóre konwencje mówiły o prawie umawiającego się państwa, w którym czynność została dokonana (konwencje z ZSRR, Jugosławią, Czechosłowacją), a w innych użyto ogólnego sformułowania mówiącego o prawie miejsca, w którym czynność została dokonana (konwencje z NRD, Węgrami, Bułgarią). Trudno rozstrzygnąć, czy konwencje posługujące się takim sformułowaniem miały na celu umożliwienie zastosowania prawa państwa niebędącego stroną danej konwencji, co sprzyjałoby ważności

²⁰ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną o uregulowaniu obrotu prawnego w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Warszawie dnia 4.07.1961 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 23, poz. 103).

²¹ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Ludową Republiką Bułgarii o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Warszawie dnia 25.12.1961 r. (Dz.U. z 1963 r. Nr 17, poz. 88).

²² Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Rumuńską Republiką Ludową o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisana w Bukareszcie dnia 25.01.1962 r. (Dz.U. Nr 63, poz. 301).

²³ Jedynie w Konwencji z NRD można było znaleźć wskazówkę co do rozstrzygnięcia tej kwestii. Artykuł 41 ust. 1 tej umowy mówił o prawie właściwym dla dziedziczenia „po obywatelach Umawiających się Stron”. Nie była to wskazówka ujęta dostatecznie precyzyjnie – bo przecież podstawą ustalenia statutu spadkowego w sprawie spadkowej rozpatrywanej przez sąd państwa, którego obywatelem był spadkodawca, nie była norma konwencyjna.

testamentu, czy też użyte w nich sformułowanie było spowodowane niedopatrzaniem. Pytanie to było aktualne także na tle ogólnych postanowień dotyczących prawa właściwego dla formy czynności prawnych, zamieszczonych w kilku z omawianych konwencji (z ZSRR, Węgrami, Czechosłowacją, Jugosławią, Bułgarią). Postanowienia te wyrażały normy oparte na takiej samej konstrukcji, jak przyjęta w prawie polskim, przy czym w części przewidującej stosowanie prawa właściwego dla danej czynności mówiły o prawie umawiającej się strony, natomiast w części dopuszczającej zachowanie prawa miejsca sporządzenia (dokonania) czynności nie ograniczały wskazania tylko do czynności dokonanych na obszarze państwa będącego stroną danej konwencji²⁴.

Odminną treść miała norma wyrażona w Konwencji z Rumunią. Stawiała ona na równi wskazanie prawa umawiającej się strony, której obywatelem był spadkodawca w chwili sporządzenia lub odwołania, oraz prawa umawiającej się strony, na której obszarze dokonane zostały te czynności. Zwraca uwagę, że przepis tej Konwencji mówił o prawie obowiązującym w odpowiedniej chwili, a to sformułowanie mogło sugerować, że rozstrzyga on także problem intertemporalny.

Dla pełności obrazu dodać wypada, że konwencje zawarte z wymienionymi państwami (z wyjątkiem ZSRR) oprócz omówionych postanowień zawierały postanowienia wskazujące prawo właściwe dla innych przesłanek ważności testamentu, mianowicie zdolności i wad oświadczenia woli (lub: skutków prawnych wad), a niektóre (konwencje z Bułgarią i Rumunią) – także o dopuszczalnych rodzajach rozporządzeń. Były to zatem unormowania bardziej szczegółowe, przynajmniej pod względem redakcyjnym, niż unormowanie przyjęte w polskiej ustawie z 1926 r.

4. Ustawa z 1926 r. po blisko 40 latach obowiązywania została zastąpiona nową ustawą²⁵. Regulacja problematyki prawa spadkowego w tej ustawie została oparta na takich samych założeniach jak przyjęte w poprzednio obowiązującej ustawie z 1926 r. Zmieniła się natomiast terminologia: zarówno w tytule rozdziału, jak jako oznaczenie zakresu art. 34 tej ustawy użyta została nazwa „sprawy spadkowe”²⁶.

W ustawie z 1965 r. nie znalazły się odpowiedniki przepisów przewidujących szczególną regulację zdolności dziedziczenia, majątków nierozrządzalnych, publicznoprawnych ograniczeń dziedziczenia oraz spadków bezdziedzicznych, a także przepisów proceduralnych. Regulacja problematyki spraw spadkowych została uproszczona wskutek jej ujęcia tylko w dwóch przepisach, mianowicie w art. 34, będącym odpowiednikiem art. 28 ust. 1, oraz w art. 35, będącym odpowiednikiem art. 29 ustawy z 1926 r. W miejsce dotychczasowego sformułowania „rozporządzenia ostatniej woli i umowy o prawa spadkowe” pojawiło się sformułowanie mówiące o „testamencie i innych czynnościach prawnych na wypadek śmierci”. Jednocześnie uściślono oznaczenie zakresu zastosowania prawa właściwego na podstawie tego przepisu, wprowadzając tu nazwę

²⁴ Tak nawet Konwencja z Czechosłowacją, mimo że postanowienie tej Konwencji dotyczące formy testamentu wyrażało normę ściśle dwustronną.

²⁵ Ustawa z 12.11.1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 46, poz. 290); dalej: ustawa z 1965 r.

²⁶ Jak już wspomniano, nazwa taka była użyta w już wcześniej w art. 27 prawa prywatnego międzydzielnicowego, a potem także w przepisach prawa międzyczasowego (art. XVIII przepisów wprowadzających prawo spadkowe z 1946 r. oraz art. LI przepisów wprowadzających k.c.).

„ważność”. Dodano zdanie drugie, będące powtórzeniem końcowej części art. 12 ustawy z 1965 r., czyli przepisu wskazującego prawo właściwe dla formy czynności prawnych. Przepis ten zredagowany jest inaczej niż poprzednio obowiązujący art. 5 ustawy z 1926 r., mówi bowiem, że wystarcza „zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana”. Dodając do art. 35 ustawy z 1965 r. zd. 2, zapobieżono nieuzasadnionym wątpliwościom co do treści normy miarodajnej dla formy testamentu i innych czynności prawnych na wypadek śmierci. W istocie stan prawny, mimo zmienionego sformułowania przepisu, nie uległ zmianie. Dodanie przepisu dotyczącego formy mogło natomiast stanowić argument na rzecz poglądu, iż zakres art. 35 zd. 1 obejmuje też kwestię zdolności testowania, co nadaje mu charakter przepisu szczególnego w stosunku do art. 9 ustawy z 1965 r.

Użyta w art. 34 i 35 ustawy z 1965 r. nazwa „prawo ojczyste” oznacza prawo państwa, którego obywatelem jest dana osoba, a w razie, gdy jest ona obywatelem kilku państw – prawo tego z nich, z którym jest najściślej związana, z tym, że prawem ojczystym obywatela polskiego jest zawsze prawo polskie (art. 2 ustawy z 1965 r.).

Zmiany stanu prawnego wynikały z odmienności unormowań przewidzianych w przepisach ogólnych, dotyczących odesłania i prawa niejednolitego. Ustawa z 1965 r. rozszerzyła stosowanie konstrukcji odesłania zwrotnego, dopuszczając je także wtedy, gdy wskazanie prawa nastąpiło za pomocą łącznika innego niż obywatelstwo. Ta zmiana spowodowała powstanie problemu, czy dopuszczalne jest uwzględnienie odesłania zwrotnego przewidzianego przez prawo państwa, w którym dokonana została czynność prawna. Zastosowane w art. 12 zd. 2 i w art. 35 zd. 2 sformułowanie, zgodnie z którym do ważności czynności wystarcza zachowanie formy przewidzianej przez wskazane prawo, uzasadniało udzielenie na to pytanie odpowiedzi negatywnej. Ten sam argument uzasadniał pogląd o niedopuszczalności zastąpienia przez prawo polskie prawa obcego wskazanego przez art. 35 zd. 2 w razie niemożliwości stwierdzenia treści tego prawa albo ustalenia miejsca dokonania czynności prawnej. W tych sytuacjach jedynym prawem właściwym dla formy czynności prawnej było prawo ojczyste spadkodawcy z chwili dokonania czynności. Otwarty pozostawał problem uwzględnienia przewidzianego przez to prawo odesłania do prawa będącego statutem spadkowym.

Problem tzw. prawa niejednolitego w przepisach obu kolejno obowiązujących ustaw (art. 37 ustawy z 1926 r. i art. 5 ustawy z 1965 r.) unormowany był tak samo, ale sfera zastosowania przepisu nowej ustawy była szersza wskutek tego, że w jej przepisach konsekwentnie przewidywano stosowanie prawa „państwa”, podczas gdy w art. 5 ustawy z 1926 r. mowa była o prawie obowiązującym w miejscu sporządzenia czynności, co oznaczało wyłączenie stosowania norm rozstrzygających konflikty interlokalne.

5. Cztery lata po uchwaleniu ustawy z 1965 r. Polska przystąpiła do opracowanej podczas IX sesji Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego Konwencji o prawie właściwym dla formy rozporządzeń testamentowych²⁷. Nie są

²⁷ Konwencja dotycząca kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych, sporządzona w Hadze dnia 5.10.1961 r. (Dz.U. z 1969 r. Nr 34, poz. 284); dalej: Konwencja haska. Użyta w autentycznym tekście tej Konwencji nazwa „disposition testamentaire” w urzędowym przekładzie polskim została przetłumaczona jako „rozporządzenie”, mimo że zgodnie z terminologią przyjętą w polskim Kodeksie cywilnym powinna być przetłumaczona jako „rozrządzenie”.

znane motywy, które skłoniły Polskę, która w tym czasie nie uczestniczyła w pracach Konferencji²⁸, do przyjęcia tej Konwencji, tym bardziej że przewidziane w niej unormowania różnią się znacznie od przyjętych w ustawodawstwie polskim. Znając dalszą historię tej Konwencji, można uznać, że decyzja o przystąpieniu do niej była nadzwyczaj trafna.

Zamierzeniem twórców tej Konwencji było stworzenie takiej regulacji, która pozwoli zapobiec sytuacjom, w których testament byłby nieważny jedynie z powodu niezachowania formy przewidzianej we właściwym prawie merytorycznym. Środkiem do tego celu było alternatywne wskazanie szerokiego kręgu właściwych praw. Są one wskazane za pomocą praktycznie wszystkich łączników występujących w miarodajnych dla formy testamentu normach różnych państw. W art. 1 Konwencji haskiej posłużono się łącznikami obywatelstwa, zamieszkania i zwykłego pobytu spadkodawcy z chwili sporządzenia testamentu lub z chwili śmierci, łącznikiem miejsca sporządzenia testamentu, a co do testamentów dotyczących nieruchomości – także łącznikiem miejsca położenia. Do tego w przypadku łącznika obywatelstwa wchodzi w grę stosowanie prawa każdego państwa, którego obywatelem był spadkodawca, a w przypadku zamieszkania – prawa każdego państwa, które uznawało spadkodawcę za mającego miejsce zamieszkania na jego terytorium. Dodatkowe możliwości dotyczą odwołania testamentu – tu dochodzi jeszcze to prawo, według którego odwoływany testament był ważny co do formy (art. 2 Konwencji). Zastrzeżono też, że Konwencja haska nie narusza obowiązujących lub przyszłych norm kolizyjnych państwa uczestniczącego w Konwencji, które wskazują jako właściwe dla formy za pomocą innego łącznika (art. 3 Konwencji).

Wszystkie wskazane przez Konwencję haską prawa traktowane są na równi. Zatem w razie gdy forma, w której sporządzono testament, nie jest zgodna z żadnym z nich – zastosowanie znajduje praw przewidujące najłagodniejszą sankcję. Alternatywne wskazanie kilku praw nie oznacza dopuszczalności kombinowania elementów form przewidzianych w tych prawach.

Istotną cechą norm kolizyjnych wyrażonych w Konwencji haskiej jest ich uniwersalny zakres, polegający na tym, że podlegają one zastosowaniu w każdej sprawie rozpoznawanej w państwie będącym stroną tej Konwencji, niezależnie od tego, czy prawem właściwym jest prawo państwa uczestniczącego w tej Konwencji. Tym samym normy te w uregulowanym przez siebie zakresie wyłączają stosowanie norm ustawowych. Te ostatnie zachowały znaczenie tylko w trudno przewidywalnej sytuacji, gdy prawo ojczyście wskazane przez polską ustawę odsyła do prawa państwa trzeciego, które uznaje dany testament za ważny pod względem formy.

Praktyczne znaczenie ma ustalenie, jaki jest zakres przedmiotowy konwencyjnych norm kolizyjnych, czyli co mieści się w pojęciu „rozrządzenie testamentowe” i w pojęciu jego formy²⁹. Nazwa „rozrządzenie testamentowe” obejmuje każdą odwołalną czynność prawną na wypadek śmierci, w szczególności testament, w tym także tzw.

²⁸ Członkiem Konferencji Haskiej Polska stała się w 1984 r., ale do kolejnych Konwencji haskich przystąpiła dopiero po przełomie politycznym 1989 r.

²⁹ Zakres czasowy Konwencji haskiej jest określony w jej art. 8.

kodycył, oraz odwołanie takiej czynności. Konwencja dotyczy także formy rozrządzeń testamentowych dokonanych w tym samym dokumencie przez dwie lub więcej osób (art. 4). Przystępując do Konwencji haskiej, Polska zgłosiła zastrzeżenie przewidziane w art. 12, wyłączające stosowanie Konwencji do postanowień testamentowych, które według prawa polskiego nie mają charakteru spadkowego³⁰. W Konwencji haskiej nie ma postanowienia poddającego legalne określenie „formy” ani postanowienia zawierającego zestawienie kwestii podlegających rozstrzygnięciu na podstawie wskazanego przez Konwencję prawa merytorycznego. Licząc się jednak z notoryjną niejasnością pojęcia formy, zamieszczono postanowienia kwalifikujące do zakresu formy kwestie ograniczeń dopuszczalnych form związanych z wiekiem, obywatelstwem lub innymi właściwościami osobistymi spadkodawcy oraz z wymaganiami, którym powinni odpowiadać świadkowie testamentu (art. 5).

Po wejściu w życie w stosunku do Polski Konwencji haskiej art. 35 ustawy z 1965 r. zachował znaczenie dla tych czynności *mortis causa*, które nie podlegają tej Konwencji. Chodzi przede wszystkim o umowy dziedziczenia, zarówno o treści pozytywnej (zawierające ustanowienie spadkobiercy), jak i negatywnej (powodujące zrzeczenie się dziedziczenia).

6. Jednoczesne obowiązywanie w Polsce Konwencji haskiej i konwencji bilateralnych zawierających postanowienia regulujące problematykę formy testamentu wywołuje trudny problem ustalenia wzajemnego stosunku tych konwencji. Nie był on rozważany podczas prac nad projektem Konwencji haskiej, a wskutek tego nie ma w niej postanowienia określającego jej stosunek do wcześniej zawartych konwencji³¹. Uzasadnione wydaje się przypuszczenie, że twórcy Konwencji nie przewidywali ewentualności zawarcia przez państwa uczestniczące w Konwencji haskiej odmiennie normujących uregulowaną w niej problematykę konwencji, ale temu stanowisku nie dali wyrazu w tekście Konwencji. Postanowienia normujące sytuację, która bywa określana jako „kolizja konwencji”³², zamieszczone są natomiast w kilkunastu ratyfikowanych przez Polskę konwencjach bilateralnych, które zawierają postanowienia dotyczące m.in. problematyki formy testamentu³³.

Pierwszą z nich pod względem chronologicznym jest Konwencja z Austrią³⁴. Zamieszczone w niej postanowienie dotyczące formy rozporządzeń ostatniej woli dokonanych przez obywatela jednej ze stron lub na rzecz obywatela jednej ze stron (art. 38) jest ewidentnie inspirowane Konwencją haską, choć wykazuje w stosunku

³⁰ Oświadczenie rządowe z 19.11.1969 r. (Dz.U. Nr 34, poz. 285).

³¹ Przepis taki został zamieszczony we wcześniejszej Konwencji haskiej o prawie właściwym dla przeniesienia własności w międzynarodowej sprzedaży rzeczy ruchomych, podpisanej dnia 15.04.1958 r., a także w niektórych późniejszych Konwencjach haskich.

³² M. Czepelak, *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 210. Autor trafnie zwraca uwagę, że w istocie chodzi o kolizję norm kolizyjnych wyrażonych w dwóch konwencjach.

³³ Dla oznaczenia takich postanowień stosowane są różne nazwy: klauzula zgodności, klauzula uzgadniająca, klauzula spójności systemowej, klauzula podporządkowania.

³⁴ Konwencja między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Austrii o wzajemnych stosunkach z zakresu prawa cywilnego oraz o dokumentach, podpisana w Wiedniu 11.12.1963 r. (Dz.U. z 1974 r. Nr 6, poz. 33 i 34).

do niej pewne różnice (np. pominięcie łącznika zwykłego pobytu). Konwencja polsko-austriacka nie narusza postanowień innych umów obowiązujących jedną lub obie umawiające się strony w chwili jej wejścia w życie (art. 63). Postanowienie to odnosi się do Konwencji haskiej, która w tym czasie obowiązywała już i w Austrii, i w Polsce, chociaż w dacie zawarcia Konwencji bilateralnej nie obowiązywała ona w żadnym z tych państw.

Podobnej treści postanowienia o nienaruszaniu innych umów międzynarodowych obowiązujących jedną ze stron zamieszczone są w konwencjach zawartych przez Polskę z Litwą³⁵, Ukrainą³⁶, Łotwą³⁷, Białorusią³⁸, Rosją³⁹ i Estonią⁴⁰. Te konwencje zawierają postanowienia dotyczące prawa właściwego dla formy testamentu, mające treść podobną do postanowień wcześniej zawartych konwencji bilateralnych, czyli przewidujące stosowanie prawa tej strony, której obywatelem był spadkodawca, przy czym wystarcza zachowanie prawa tej strony, na której terytorium czynność została dokonana. Z punktu widzenia Polski postanowienia te ustępują pierwszeństwa Konwencji haskiej.

Drugą grupę konwencji bilateralnych zawartych przez Polskę w okresie po przystąpieniu do Konwencji haskiej stanowią te, które zawierają postanowienia wskazujące prawo właściwe dla formy testamentu, ale nie wypowiadają się na temat ich stosunku do Konwencji haskiej. Są to konwencje zawarte przez Polskę z Mongolią⁴¹, Kubą⁴², Libią⁴³,

³⁵ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Litewską o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, sporządzona w Warszawie dnia 26.01.1993 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 35, poz. 130).

³⁶ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych, sporządzona w Kijowie dnia 24.05.1993 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 96, poz. 465).

³⁷ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Łotewską o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, sporządzona w Rydze dnia 23.02.1994 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 110, poz. 534).

³⁸ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Białoruś o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, sporządzona w Mińsku dnia 26.10.1994 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 128, poz. 619).

³⁹ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Federacją Rosyjską o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych, sporządzona w Warszawie dnia 16.09.1996 r. (Dz.U. z 2002 r. Nr 83, poz. 750).

⁴⁰ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Estońską o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, pracowniczych i karnych, sporządzona w Tallinie dnia 27.11.1998 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 5, poz. 49).

⁴¹ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Mongolską Republiką Ludową o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych, podpisana w Warszawie dnia 14.09.1971 r. (Dz.U. z 1972 r. Nr 36, poz. 244). Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Mongolią o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, sporządzona w Warszawie dnia 19.10.1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 43, poz. 370) nie reguluje problemu prawa właściwego, ale przewiduje, że nie narusza zobowiązań z innych umów obowiązujących jedną lub obie strony.

⁴² Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Kuby o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, sporządzona w Hawanie dnia 18.11.1982 r. (Dz.U. z 1984 r. Nr 47, poz. 247).

⁴³ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Libijską Dżamahiriją Ludowo-Socjalistyczną o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, handlowych, rodzinnych i karnych, sporządzona w Trypolisie dnia 2.12.1985 r. (Dz.U. z 1987 r. Nr 13, poz. 80).

Koreą Północną⁴⁴, Czechosłowacją⁴⁵, Wietnamem⁴⁶ i Rumunią⁴⁷. Postanowienia tych konwencji są różnie sformułowane, ale zbieżne pod względem treści. Poddają one formę testamentu i jego odwołania prawu tej strony, której obywatelem był spadkodawca w odpowiedniej chwili, z tym że wystarczy zachowanie prawa tej strony, na której terytorium testament został sporządzony lub odwołany⁴⁸. Jedynie Konwencja z Libią poddaje formę testamentu prawu tej strony, której obywatelem był spadkodawca w chwili testowania, lub prawu tej strony, na której terytorium testament sporządzono. Postanowienia wszystkich omawianych tu konwencji różnią się zasadniczo od postanowień Konwencji haskiej. Ratyfikując konwencje bilateralne zawierające takie postanowienia, Polska zobowiązała się do ich przestrzegania, godząc się tym samym na ograniczenie zastosowania w Polsce norm kolizyjnych wyrażonych w Konwencji haskiej.

Takie działanie dowodzi, że Polska nie upatruje w treści Konwencji haskiej zakazu zawierania umów międzynarodowych, które co do objętych nimi spraw wyłączają stosowanie norm kolizyjnych przewidzianych w Konwencji haskiej⁴⁹. Skoro zawarcie konwencji obejmującej postanowienia o treści odmiennej od postanowień Konwencji haskiej nie stanowi naruszenia tej Konwencji, to konsekwentnie przyjąć wypada, że wejście w życie w stosunku do Polski Konwencji haskiej nie uchyliło obowiązku stosowania miarodajnych dla formy testamentu norm kolizyjnych wyrażonych w postanowieniach wcześniej zawartych, ale nadal obowiązujących konwencji bilateralnych z Węgrami, Bułgarią i Jugosławią (wiążące Polskę w stosunkach z państwami powstałymi w wyniku rozpadu Jugosławii)⁵⁰. Stosowanie norm kolizyjnych wyrażonych w Kon-

⁴⁴ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Koreańską Republiką Ludowo-Demokratyczną o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, sporządzona w Phe-nianie dnia 28.09.1986 r. (Dz.U. z 1987 r. Nr 24, poz. 135).

⁴⁵ Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, sporządzona w Warszawie dnia 21.12.1987 r. (Dz.U. z 1989 r. Nr 39, poz. 210).

⁴⁶ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Socjalistyczną Republiką Wietnamu o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, sporządzona w Warszawie dnia 22.03.1993 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 55, poz. 289).

⁴⁷ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Rumunią o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, sporządzona w Bukareszcie dnia 15.05.1999 r. (Dz.U. z 2002 r. Nr 83, poz. 752).

⁴⁸ Konwencje z Mongolią, Kubą, Koreą Płn. i Czechosłowacją zawierają oprócz tego ogólny przepis o formie czynności prawnej. Unormowanie przewidziane w konwencjach z Mongolią i Kubą odpowiada unormowaniu z art. 12 polskiej ustawy z 1965 r., przy czym prawem, którego zachowanie wystarczy, jest prawo miejsca dokonania czynności. Podobne stanowisko zajmuje Konwencja z Czechosłowacją, z tym jednak, że mówi o prawie umawiającej się strony, na której terytorium czynność zostaje dokonana (w tym punkcie różni się więc od Konwencji z 1961 r.). Konwencja z Koreą Płn. poddaje formę prawu umawiającej się strony, na której terytorium dokonuje się czynności, ale gdy chodzi o czynności dotyczące nieruchomości, wymaga zachowania prawa tej strony, na której terytorium nieruchomość jest położona. Podobne unormowanie co do takich czynności zawiera też Konwencja z Mongolią.

⁴⁹ Odmienny pogląd wyraził M. Czepelak, *Umowa*, s. 300–301, powołując się na unifikacyjny cel Konwencji haskiej. Oceniając ten argument, można wskazać, że konwencje bilateralne dążą do bardziej skonkretyzowanego celu – jednolitości rozstrzygnięć wydanych w sprawach objętych zakresem sytuacyjnym danej konwencji.

⁵⁰ Podobnie M. Czepelak, *Umowa*, s. 302. Odmienne, ale bez uzasadnienia P. Czubik [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2015, s. 343.

wencji haskiej także w sprawach objętych zakresem konwencji bilateralnych z wymienionymi państwami sprzyjałoby wprowadzenie utrzymania w mocy testamentu, ale prowadziłyby do rozbieżności rozstrzygnięć wydawanych w Polsce i w państwie będącym drugą stroną konwencji bilateralnej. Argument ten nie jest wszakże aktualny co do państwa, które tak jak Polska jest stroną Konwencji haskiej.

7. W 2011 r. ustawa z 1965 r. została zastąpiona nową ustawą⁵¹. Problematyka prawa spadkowego unormowana jest w rozdziale 16 (art. 52–66) tej ustawy. Nosi on inny tytuł, niż rozdział XI ustawy z 1965 r., mianowicie „Sprawy spadkowe”. Ta zmiana nie ma konsekwencji praktycznych, ale trudno wytłumaczyć powody jej wprowadzenia⁵². Znaczenie może mieć natomiast zmiana oznaczenia zakresu podstawowej normy kolizyjnej międzynarodowego prawa spadkowego. W art. 34 ustawy z 1965 r. był on oznaczony za pomocą nazwy „sprawy spadkowe”, co podkreślało szeroki zakres tej normy. Zakres obecnie obowiązującego art. 64 ustawy z 2011 r. jest oznaczony nazwą „sprawa spadkowa”. Ta zmiana może mieć znaczenie praktyczne w związku z tym, że ustawa z 2011 r. daje spadkodawcy możliwość wyboru prawa⁵³. Użycie w art. 64 tej ustawy nazwy „sprawa spadkowa” w liczbie pojedynczej może być odczytywane jako dopuszczenie możliwości częściowego wyboru prawa, co wszakże nie byłoby uzasadnione⁵⁴. W sytuacji, gdy spadkodawca nie dokonał wyboru prawa, znajduje zastosowanie norma przewidująca właściwość prawa ojczyściego spadkodawcy z chwili jego śmierci⁵⁵. W świetle art. 5 ustawy z 2011 r. nie uwzględnia się dokonanego przez to prawo odesłania dalszego.

W art. 65 ustawy z 2011 r. utrzymana została zasada stosowania do oceny ważności czynności prawnej na wypadek śmierci prawa ojczyściego spadkodawcy z chwili sporządzenia takiej czynności. W tym zakresie wybór prawa nie jest dopuszczalny⁵⁶. Porównanie tekstu art. 65 ustawy z 2011 r. z art. 35 ustawy z 1965 r. uwidacznia dwie zmiany. Pierwsza polega na zastosowaniu odmiennej terminologii – zamiast nazwy „czynności prawne na wypadek śmierci” została użyta nazwa „rozrządzenia na wypadek śmierci”⁵⁷. Druga polega na umieszczeniu na początku tego przepisu słów „Z za-

⁵¹ Ustawa z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 1792); dalej: ustawa z 2011 r.

⁵² Podobnej zmianie uległ tytuł rozdziału grupującego przepisy dotyczące prawa małżeńskiego, który w ustawie z 1965 r. brzmiał: „Małżeństwo”, a w ustawie z 2011 r.: „Sprawy małżeńskie”.

⁵³ Wybór prawa jako instrument wskazania prawa właściwego dla dziedziczenia umownego był przewidziany w art. 27 ust. 2 projektu F. Zolla (zob. przyp. 8). Problem wyboru prawa dla dziedziczenia testamentowego był rozważany podczas prac nad projektem ustawy z 1965 r. (zob. NP 1961/11, s. 1415).

⁵⁴ A. Wysocka-Bar, *Wybór prawa w międzynarodowym prawie spadkowym*, Warszawa 2013, s. 212.

⁵⁵ Zasady identyfikacji tego prawa zawarte w art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z 2011 r. są takie same jak w art. 2 ustawy z 1965 r. W art. 64 ust. 1 ustawy z 2011 r. zamiast nazwy „prawo ojczyście” powinna być użyta nazwa „prawo państwa, którego jest obywatelem”. W ustawie z 2011 r. inaczej niż w ustawie z 1965 r. unormowano ustalenie statutu zastępczego w stosunku do prawa ojczyściego (zob. art. 3 i art. 10 ust. 1 ustawy z 2011 r.).

⁵⁶ A. Wysocka-Bar, *Wybór*, s. 274.

⁵⁷ W art. 59 wniesionego do Sejmu w 2008 r. projektu rządowego zachowano sformułowanie „testament i inne czynności prawne na wypadek śmierci”, natomiast w art. 58 tego projektu (odpowiednika art. 64 ustawy z 2011 r.) została użyta nazwa „testament lub inne rozrządzenie ostatniej woli”, w art. 60 ust. 2 zaś (odpowiednik art. 66 ust. 32) – nazwa „rozrządzenie na wypadek śmierci”. Nazwy te nie są synonimami.

strzeżeniem art. 66”. Ten właśnie przepis ustawy z 2011 r. dotyczy formy testamentu i innych rozrządzeń na wypadek śmierci. W art. 66 ust. 1 powiedziano, że prawo właściwe dla tej kwestii „określa” Konwencja haska. Potrzebę zamieszczenia w ustawie z 2011 r. przepisu tej treści trudno uzasadnić, skoro w chwili wejścia w życie tej ustawy wymieniona Konwencja haska obowiązywała w Polsce od ponad 40 lat i obowiązek jej stosowania nie przestał być aktualny wskutek zmiany ustawy. W przepisie tym brak wzmianki o złożonym przez Polskę zastrzeżeniu przewidzianym w art. 12 Konwencji haskiej, co obniża jego walor informacyjny⁵⁸. W żadnym przepisie ustawy z 2011 r. nie wspomniano natomiast o wiążących Polskę konwencjach bilateralnych, co naturalnie nie uzasadnia wniosku, jakoby wejście w życie ustawy zdeaktualizowało ich obowiązywanie⁵⁹.

W art. 66 ust. 2 ustawy z 2011 r. wyrażony został nakaz odpowiedniego stosowania Konwencji haskiej do formy rozrządzeń na wypadek śmierci innych niż testament i odwołanie (ściślej – rozrządzenie testamentowe w rozumieniu Konwencji haskiej). W tym zakresie nastąpiła więc zmiana stanu prawnego, dotychczas bowiem na podstawie art. 35 ustawy z 1965 r. forma takich rozrządzeń podlegała prawu ojczystemu spadkodawcy z chwili dokonania czynności, przy czym wystarczało zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana. Dążenie do zmniejszenia liczby sytuacji, w których czynność prawna byłaby nieważna tylko z powodu uchybień formalnych, zasługuje na aprobatę⁶⁰, ale ustalenie, na czym ma polegać odpowiednie stosowanie norm kolizyjnych wyrażonych w Konwencji haskiej, nie jest łatwe, bo przewidziane w nich łączniki personalne dostosowane są do rozrządzeń opartych na oświadczeniu woli jednej osoby.

8. W czasie uchwalenia omawianej ustawy z 2011 r. wiadomo było, że zamieszczone w niej przepisy dotyczące prawa spadkowego nie będą obowiązywały długo, dobiegały bowiem końca prace nad unijnym rozporządzeniem dotyczącym spraw spadkowych. Wydanie takiego rozporządzenia zapowiedział przyjęty przez Radę Europejską w 2004 r. Program Haski⁶¹, a pięć lat później Program Sztokholmski⁶² powtórzył tę zapowiedź. Unijne rozporządzenie regulujące międzynarodowe prawo spadkowe⁶³ zostało wydane wkrótce po upływie roku od wejścia w życie ustawy z 2011 r. Już jego tytuł informuje o szerokim zakresie zagadnień unormowanych w przepisach tego rozporządzenia.

⁵⁸ Co więcej – podając w art. 66 ust. 1 ustawy z 2011 r. informację o miejscu ogłoszenia Konwencji haskiej, nie wskazano miejsca publikacji oświadczenia rządowego, w którym zawarta jest informacja o zgłoszonym zastrzeżeniu.

⁵⁹ Problem stosowania umów międzynarodowych zawartych przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. został uregulowany w art. 241 ust. 1 Konstytucji.

⁶⁰ Jednakże w treści ogólnego przepisu o formie czynności prawnych (art. 25 ust. 2 ustawy z 2011 r.) doszło do głosu odmienna tendencja.

⁶¹ Dz.Urz. UE C 53 z 30.03.2005 r., s. 1.

⁶² Dz.Urz. UE C 115 z 4.03.2010 r., s. 1.

⁶³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z 4.07.2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz.Urz. UE L 201, s. 107 ze zm.); dalej: rozporządzenie spadkowe.

Problem prawa właściwego dla dziedziczenia unormowany został w przepisach zebranych w rozdziale III, obejmującym art. 20–38. Przepisom wyrażającym typowe normy kolizyjne towarzyszą przepisy przewidujące regulację o charakterze merytorycznym (np. art. 32, 33). Niektóre przepisy rozporządzenia regulują instytucje części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego, takie jak tzw. przepisy koniecznego zastosowania⁶⁴ (art. 30), odesłanie (art. 34), klauzula porządku publicznego (art. 35), prawo niejednolite pod względem terytorialnym i personalnym (art. 36, 37).

Normy kolizyjne wyrażone w przepisach rozporządzenia spadkowego wskazują właściwe prawo niezależnie od tego, czy jest ono prawem państwa, w którym rozporządzenie obowiązuje (art. 20 rozporządzenia spadkowego). Mają więc one charakter uniwersalny, a zakres tych norm nie jest ograniczony pod względem sytuacyjnym. Wydanie rozporządzenia spadkowego skłoniło ustawodawcę polskiego do uchylenia przepisów zawartych w rozdziale 16 ustawy z 2011 r.⁶⁵ W ich miejsce do tej ustawy został dodany art. 66a, zgodnie z którym prawo właściwe dla spraw spadkowych określa wymienione w nim rozporządzenie unijne⁶⁶. Uchylone przepisy ustawowe zachowały jednak znaczenie praktyczne z uwagi na zakres czasowy zastosowania rozporządzenia spadkowego. Rozporządzenie to stosuje się od dnia 17.08.2015 r. (art. 84 ust. 2) do spadków po osobach, które zmarły, poczynwszy od tego dnia (art. 83 ust. 1). Wprawdzie rozporządzenie oparte jest na założeniach podobnych do przyjętych w ustawodawstwie polskim (takich jak zasada jedności statutu spadkowego, dopuszczalność ograniczonego wyboru prawa), ale konkretne unormowania różnią się istotnie od przyjętych w ustawie z 2011 r. To musi nasuwać retoryczne pytanie, czy rzeczywiście konieczne było dokonywanie zmiany stabilnego od kilkudziesięciu lat stanu prawnego po to, by wprowadzić unormowania odmienne od tych, które już wkrótce miały być zastąpione innymi.

Artykuł 21 ust. 1 rozporządzenia spadkowego wyraża zasadę ogólną, w myśl której „prawem właściwym dla ogółu spraw dotyczących spadku jest prawo państwa, w którym zmarły miał miejsce zwykłego pobytu w chwili śmierci”. Wyznaczenie statutu spadkowego na podstawie tej normy dokonuje się więc za pomocą łącznika o odmiennej podstawie niż łącznik przewidziany w art. 65 ustawy z 2011 r. Trzeba przy tym uwzględnić, że zwykłego pobytu w rozumieniu rozporządzenia spadkowego nie można utożsamiać ze zwykłym pobytem w rozumieniu ustawy z 2011 r.⁶⁷

Dalsze przepisy rozporządzenia spadkowego wprowadzają odstępstwa od zasady wyrażonej w art. 21 ust. 1. Pierwsze z nich to wyrażona w art. 21 ust. 2 rozporzą-

⁶⁴ W tekście rozporządzenia spadkowego nie występuje ta nazwa ani nazwa „przepisy wymuszające swoje zastosowanie”, użyta w polskim tekście dwóch rozporządzeń unijnych dotyczących międzynarodowego prawa zobowiązań.

⁶⁵ Zostały one uchylone przez art. 8 ustawy z 24.07.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1137). Ustawa ta została ogłoszona w dniu 11.08.2015 r., a weszła w życie 17.08.2015 r. Jednolity tekst ustawy z 2011 r. – Dz.U. z 2015 r. poz. 1792.

⁶⁶ Przepisu tego nie stosuje się do spadków otwartych przed dniem 17.08.2015 r. (art. 9 ustawy wymienionej w przyp. poprzednim)

⁶⁷ Por. z jednej strony wskazówki zawarte w pkt 23 i 24 preambuły do rozporządzenia spadkowego, z drugiej – uwagi zamieszczone w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy z 2011 r.

dzenia spadkowego tzw. klauzula ściślejszego związku. Na jej podstawie w wyjątkowej sytuacji, gdy ze wszystkich okoliczności sprawy wynika, że w chwili śmierci spadkodawca był w oczywisty sposób bliżej związany z innym państwem niż państwo, którego prawo wskazuje art. 21 ust. 1, prawem właściwym dla dziedziczenia jest prawo tego innego państwa. Stosunek polskiego ustawodawcy do tej instytucji, często wykorzystywanej w prawie unijnym, jest zdecydowanie negatywny. Drugie odstępstwo od zasady z art. 21 ust. 1 dotyczy sytuacji, w której według art. 30 dopuszczalne jest stosowanie norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego w państwie, w którym nie obowiązuje rozporządzenie spadkowe, w warunkach określonych w art. 34 rozporządzenia spadkowego. Trzecie – najistotniejsze – odstępstwo wynika z przepisu upoważniającego spadkodawcę do dokonania wyboru prawa państwa, którego obywatelstwo posiada w chwili dokonania wyboru lub w chwili śmierci. Przewidziane w art. 22 rozporządzenia spadkowego unormowanie kwestii związanych z wyborem prawa różni się od unormowania przewidzianego w art. 4 i art. 64 ustawy z 2011 r.⁶⁸

Pewne podobieństwo do prawa polskiego można dostrzec, gdy chodzi o regulację kwestii ważności rozrządzeń na wypadek śmierci. Istotna cecha tej regulacji polega na jej odrębności od regulacji służącej wskazaniu prawa właściwego dla innych kwestii spadkowych⁶⁹. Unormowanie przewidziane w przepisach rozporządzenia spadkowego (art. 24–27) jest bardziej szczegółowe niż unormowanie przewidziane w ustawie z 2011 r. (art. 65, 66).

W przepisach tych unormowano odrębnie kwestię ważności materialnej tych rozrządzeń, przy czym treść tej regulacji jest zróżnicowana zależnie od tego, czy chodzi o umowę dotyczącą spadku (w znaczeniu zdefiniowanym w art. 3 ust. 1 lit. b rozporządzenia spadkowego), czy o innego typu rozrządzenie. W obu przypadkach dopuszczalne jest dokonanie wyboru prawa zgodnie z art. 22 rozporządzenia spadkowego i na warunkach w nim określonych (art. 24 ust. 2, art. 25 ust. 3). W tym punkcie dostrzegalna jest istotna różnica w stosunku do unormowania przewidzianego w art. 64 ust. 1 i art. 65 ustawy z 2011 r.

W razie niedokonania wyboru prawa dopuszczalność i ważność materialna rozrządzenia na wypadek śmierci innego niż umowa dotycząca spadku podlega temu prawu, które na mocy rozporządzenia spadkowego byłoby właściwe dla dziedziczenia po osobie dokonującej rozrządzenia, gdyby osoba ta zmarła w dniu dokonania rozrządzenia (art. 24 ust. 1). Taka sama norma dotyczy dopuszczalności, ważności materialnej i skutków między stronami umowy dotyczącej spadku odnoszącej się do dziedziczenia po jednej osobie (art. 25 ust. 1). Natomiast umowa dotycząca spadku odnosząca się do dziedziczenia po kilku osobach może być zawarta wtedy, gdy jest dopuszczalna na podstawie każdego z praw, które na mocy rozporządzenia spadkowego byłyby właściwe,

⁶⁸ A. Wysocka-Bar, *Wybór*, s. 183–249.

⁶⁹ Regulacja taka została wprowadzona w końcowej fazie prac nad projektem rozporządzenia spadkowego. Nie znała jej Konwencja haska o prawie właściwym dla dziedziczenia, podpisana dnia 1.08.1989 r., stanowiąca wzór dla wielu unormowań przyjętych później w rozporządzeniu spadkowym. Co do genezy tego przepisu zob. A. Wysocka-Bar, *Prawo właściwe dla dziedziczenia według unijnego rozporządzenia dotyczącego spraw spadkowych*, KPP 2012/4, s. 933–940.

gdyby osoby te zmarły w dniu zawarcia umowy (art. 24 ust. 2 zd. 1). Ważność materialna i skutki między stronami takiej umowy podlegają temu z tych praw, z którym jest najściślej związana (art. 25 ust. 2 zd. 2). Kwestie objęte zakresem ważności materialnej wyliczone są w art. 26 rozporządzenia spadkowego. Należy do nich m.in. wykładnia rozrządzenia.

Interesująca jest przewidziana w rozporządzeniu spadkowym regulacja problematyki formy rozrządzeń na wypadek śmierci⁷⁰. Jest ona zależna od tego, czy państwo, w którym obowiązuje to rozporządzenie, jest stroną Konwencji haskiej z 1961 r. Takie państwo nadal stosuje tę Konwencję (art. 75 ust. 1 zd. 2), oczywiście w takim zakresie, w jakim jest nią związane (zatem z uwzględnieniem zgłoszonych zastrzeżeń). Inne państwa stosują natomiast art. 27 rozporządzenia spadkowego, powtarzający wiernie⁷¹ treść norm zawartych w art. 1, 2 i 5 Konwencji haskiej, ale rozszerzający je na umowy dotyczące spadku⁷². Jednakże w przeciwieństwie do Konwencji haskiej – art. 27 rozporządzenia spadkowego dotyczy tylko pisemnych rozrządzeń na wypadek śmierci.

Z punktu widzenia Polski, mimo uchylecia art. 66 ust. 1 ustawy z 2011 r., Konwencja haska jest nadal podstawą ustalenia prawa właściwego dla formy testamentu i jego odwołania (ściślej – dla rozrządzeń testamentowych w rozumieniu Konwencji haskiej⁷³), art. 27 rozporządzenia spadkowego zaś jest stosowany w Polsce tylko, gdy chodzi o ustalenie prawa właściwego dla rozrządzeń na wypadek śmierci pozostających poza zakresem Konwencji haskiej, w szczególności – umów dziedziczenia.

9. W art. 75 rozporządzenia spadkowego unormowany został stosunek tego rozporządzenia także do innych konwencji międzynarodowych zawierających postanowienia dotyczące problematyki unormowanej w rozporządzeniu, których stroną w chwili przyjęcia rozporządzenia jest państwo członkowskie (czyli państwo, w którym obowiązuje rozporządzenie spadkowe).

Unormowanie to jest oparte na odróżnieniu konwencji zawartych wyłącznie między państwami członkowskimi oraz konwencji, w których uczestniczy także inne państwo lub państwa. Rozporządzenie spadkowe ma pierwszeństwo przed konwencjami pierwszej grupy (art. 75 ust. 2). Oczywiście obowiązywanie rozporządzenia spadkowego wyklucza możliwość zawarcia przez państwa nim związane konwencji dotyczących zagadnień unormowanych w tym rozporządzeniu. Do konwencji drugiej grupy odnosi się art. 75 ust. 1 zd. 1, wedle którego rozporządzenie spadkowe „nie stanowi przeszkody” dla dalszego stosowania tych konwencji. Postanowienie to ma charakter tzw. klauzuli uzgadniającej, przyznającej pierwszeństwo normom wyrażonym w innych aktach niż

⁷⁰ A. Wysocka-Bar, *Prawo właściwe dla formy rozrządzeń na wypadek śmierci według rozporządzenia spadkowego* [w:] *Nowe europejskie prawo spadkowe*, red. M. Pazdan, J. Górecki, Warszawa 2015, s. 130–143.

⁷¹ Ale w polskim tekście art. 27 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia spadkowego występuje łatwo zauważalny błąd.

⁷² Prawodawca unijny zastosował inną technikę niż ustawodawca polski w ustawie z 2011 r., dzięki czemu treść przewidzianej w rozporządzeniu regulacji kwestii prawa właściwego dla formy umowy jest jednoznaczna.

⁷³ W art. 75 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia spadkowego powiedziano o stosowaniu Konwencji haskiej do „formalnej ważności testamentów i testamentów wspólnych”, ale to sformułowanie nie może być traktowane jako zacieśnienie zakresu przedmiotowego Konwencji.

akt zawierający tę klauzulę. Dotyczy ono licznej grupy zawartych przez Polskę konwencji bilateralnych.

W doktrynie powstała rozbieżność zapatrywań co do tego, czy pierwszeństwo w stosunku do rozporządzenia spadkowego zachowują także konwencje, w których treści zawarta jest klauzula uzgadniająca⁷⁴. Postanowienia wyrażające taką klauzulę zamieszczone są (o czym wcześniej wspomniano) w konwencjach bilateralnych łączących Polskę z Ukrainą, Białorusią i Rosją. Postanowienia te, różniące się sformułowaniami, przewidują, że umowy, w których są zamieszczone, nie naruszają praw i obowiązków wynikających z innych umów zawartych przez każdą ze stron danej umowy. Nie są one zacieśnione tylko do umów zawartych wcześniej niż umowa zawierająca omawianą klauzulę uzgadniającą⁷⁵. Powstaje pytanie, czy przewidziane w nich pierwszeństwo stosowania dotyczy także rozporządzeń unijnych. Taka interpretacja wydaje się dopuszczalna, rozporządzenie unijne dotyczące prawa prywatnego międzynarodowego pełni bowiem taką samą funkcję jak umowa międzynarodowa, a poza tym obowiązek jego stosowania ma podstawę traktatową. Wprawdzie art. 75 ust. 1 rozporządzenia spadkowego nie odnosi się wyraźnie do sytuacji, którą można określić jako „kolizję klauzul uzgadniających”, ale nie wydaje się zasadna teza, iż oparte na nim pierwszeństwo stosowania dotyczy także takiej umowy, która przez zamieszczoną w niej klauzulę uzgadniającą rzekła się pierwszeństwa stosowania. Ostateczne rozstrzygnięcie tego sporu należy do praktyki orzeczniczej.

10. Rozważania zawarte w niniejszym szkicu można podsumować następującymi uwagami:

1. Potrzeba obowiązywania odrębnej normy kolizyjnej dotyczącej kwestii ważności czynności prawnych na wypadek śmierci, dostrzeżona przez ustawodawcę polskiego ponad 90 lat temu, wpłynęła na treść licznych zawartych przez Polskę konwencji bilateralnych, a ostatnio została zaakceptowana przez prawodawcę unijnego.

2. W ramach problematyki ważności czynności prawnej na wypadek śmierci wyodrębniana jest kwestia prawa właściwego dla formy. Regulując tę kwestię, prawodawca współczesny nie dąży do zastosowania prawa, z którym dana czynność jest najściślej związana, ale prawa, które pozwala osiągnąć pożądany rezultat merytoryczny – ocenę, że dokonana czynność prawna jest ważna pod względem formy. Środkiem do osiągnięcia tego celu jest alternatywne wskazanie kilku praw związanych z daną czynnością, przy czym zwiększenie liczby tych praw zmniejsza ryzyko sytuacji, w których wola spadkodawcy nie może być zrealizowana tylko z powodu niezachowania wymaganej formy.

3. Potwierdzeniem wysokiej wartości regulacji tego problemu przyjętej w Konwencji haskiej jest nie tylko liczba państw, w których Konwencja ta obowiązuje, ale też

⁷⁴ Za pierwszeństwem stosowania rozporządzenia opowiedziała się A. Wysocka-Bar, *Wybór*, s. 165 (odwołując się do poglądów M. Czepelaka, wypowiedzianych co do analogicznej kwestii powstającej na tle rozporządzeń dotyczących prawa zobowiązań), za pierwszeństwem konwencji bilateralnych – P. Czubik [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2015, s. 348–349; M. Pazdan, *Zakres zastosowania rozporządzenia spadkowego* [w:] *Nowe europejskie prawo spadkowe*, red. M. Pazdan, J. Górecki, Warszawa 2015, s. 33.

⁷⁵ Odmienne P. Czubik [w:] *Unijne*, s. 349.

przyznanie tej Konwencji pierwszeństwa w stosunku do rozporządzenia spadkowego i wykorzystanie jej jako wzoru regulacji dotyczącej czynności prawnych innych niż testament.

Andrzej Mączyński – profesor zwyczajny doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie.

JADWIGA PAZDAN

PRZYJĘCIE I ODRZUCENIE SPADKU WEDŁUG ROZPORZĄDZENIA SPADKOWEGO UE Z 2012 R. (Z WYŁĄCZENIEM PROBLEMATYKI FORMY)

1. UWAGI WSTĘPNE

Sposoby uzyskania korzyści z majątku należącego do spadkodawcy, przewidziane w poszczególnych systemach prawnych, różnią się między sobą znacznie. Różną też rolę przypisuje się w nich zachowaniom beneficjariuszy spadkowych.

W reżimie opartym na koncepcji administracji spadku (*administration of estate*)¹ korzyści ze spadku trafiają do beneficjariuszy spadkowych drogą pośrednią na podstawie odpowiednich umów zawartych przez „administratorów” („egzekutorów”) spadku mających pozycję powierników z poszczególnymi beneficjariuszami. Jest to rozwiązanie spotykane w kręgu państw common law.

W systemach prawnych opartych na koncepcji sukcesji uniwersalnej nabycie spadku przez spadkobierców bywa uzależnione od zachowania beneficjariuszy spadkowych (faktycznego objęcia spadku lub złożenia stosownego oświadczenia o przyjęciu spadku; stwarza się im również możliwość odrzucenia spadku). Złożenie przez beneficjariusza spadkowego oświadczenia o odpowiedniej treści albo jego milczenie w określonym czasie może też wywrzeć wpływ na jego odpowiedzialność za długi spadkowe.

W doktrynie światowej od dawna ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym przyjęcie lub odrzucenie spadku podlegają statutowi spadkowemu².

¹ Por. G. Kegel [w:] *Soergel. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 8, red. G. Kegel, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz 1984, s. 1226, nb 17; H. Dörner [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Art. 25, 26 EGBGB. Ausländische Rechte*, red. J. Kropholler, Berlin 2000, s. 444, nb 205; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2006, s. 441 (1.e); A. Dutta [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, red. J. v. Hein, München 2015, s. 56, nb 239; C. Sawyer, M. Spero, *Succession, Wills and Probate*, London–New York 2015, s. 223 i n.; R. Birk [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 10, red. H.J. Sonnenberger, München 2006, s. 1544, nb 230 i n.

² Por. F. Despagne, *Précis de droit international privé*, Paris 1891, s. 566; T. Sadowski, *Zasady prawa międzynarodowego i zastosowanie ich w dziedzinie spadkobrania (z prawa)*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1903, s. 406; E. Rabel, *The Conflict of Laws*, t. IV, Ann Arbor 1958, s. 382 i n.; G. Kegel [w:] *Soergel*, s. 1226, nb 17; L. Raape, *Internationales Privatrecht*, Berlin–Frankfurt a. M. 1961, s. 463; B. Walaszek, M. Sośniak, *Zarys prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 1973, s. 271; M. Pazdan, *Kolizyjnoprawna problematyka nabycia spadku*, „Studia Cywilistyczne”