

BOLESŁAW BANASZKIEWICZ

NAD KOMENTARZEM DO CZESKIEGO KODEKSU CYWILNEGO

1. Powszechny kodeks cywilny (ABGB), nadany patentem cesarza Franciszka I z 1 czerwca 1811 r., wszedł w życie 1 maja 1812 r. Franz Edlen von Zeiller, wybitny prawnik tamtej doby i twórca kodyfikacji, przystąpił do pisania swojego wielkiego komentarza jeszcze przed zatwierdzeniem kodeksu. Już w 1811 r. ukazał się pierwszy tom jego dzieła, składający się z dedykacji dla cesarza i przedmowy (16 stron oznaczonych liczbami rzymskimi) oraz 566 stron właściwego komentarza¹. W następnym roku wyszły tom drugi w dwóch częściach (w sumie 922 strony) oraz tom trzeci w dwóch częściach (787 stron). Tom czwarty (265 stron, w tym indeks rzeczowy), wieńczący dzieło samotnego komentatora, ukazał się w 1813 r.

Przedmowa autora komentarza zaczyna się tak:

„Na pytanie, czy jest konieczny, albo czy chociaż byłby pożyteczny, komentarz do jakiegoś kodeksu, można odpowiedzieć przede wszystkim, mając na uwadze charakter i objętość tego kodeksu. Bezlądny zbiór niezliczonych orzeczeń, przepisów i ich objaśnień, jakim są Pandekta prawa rzymskiego, albo dobrze wprawdzie uporządkowany, ale bardzo obszerny kodeks, jakim jest wypełniający cztery solidne tomy Landrecht pruski, bardziej niż komentarza wymaga systematycznych wyciągów, które umożliwią orientację oraz łatwe zrozumienie, uporządkowanie i zapamiętanie pojęć. Natomiast bardzo zwięzły Code Napoléon znalazł już kilku, nagrodzonych

¹ F. E. von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, Erster Band, Wien und Triest 1811.

wdzięcznym aplauzem, komentatorów. Objętość i forma austriackiego kodeksu cywilnego też czynią komentarz doń niezbędnym.

Zawsze jednak jakość i użyteczność komentarza zależy także od wiedzy i narzędzi, którymi dysponuje komentator, oraz celów i metody, jakie przyjmuje, zabierając się do dzieła. Jeśli interpretator praw wysnuwa ich uzasadnienie i objaśnienie tylko ze swojej głowy, chce je podporządkować swoim zapatrywaniom filozoficznym lub własnym głęboko zakorzenionym wyobrażeniom, usurpuje sobie dowolność w rozciąganiu albo ścieśnianiu słów ustawy, przedstawia swoje powierzchowne, niepełne i niepoprawne rozumienie ustawy jako jej właściwy sens lub jeśli swoim apodyktycznym tonem bądź przystępnym, ale płytkim wykładem ludzi czytelników, że mogą sobie oszczędzić trudu studiowania praw i zgłębiania ich ducha, staje się fałszerzem praw²².

Przypominam dzieło Zeillera nie tylko po to, by podkreślić genetyczne związki kodyfikacji, o której będzie mowa niżej, z dorobkiem ABGB. Chciałbym też zwrócić uwagę na znaczenie naukowego komentarza towarzyszącego uczeniu się nowego — i pod wieloma względami nowatorskiego — kodeksu przez jego użytkowników w sferze prawniczej nauki i praktyki. A także na to, że obcując z takim komentarzem, zwracamy uwagę na dwie rzeczy: „kulturę” nowego kodeksu i „kulturę” danego komentarza.

2. Od 1 stycznia 2014 r. w Republice Czeskiej obowiązuje kodeks cywilny z 3 lutego 2012 r.³ Nowy kodeks stanowi główny filar szeroko zakrojonej rekodyfikacji czeskiego prawa prywatnego⁴ i jest pomyślany jako rdzeń tej części porządku prawnego oraz punkt odniesienia dla pozostałych należących do niej unormowań⁵. Składa się z pięciu ksiąg, zatytułowanych: „Cześć ogólna”, „Prawo rodzinne”, „Bezwzględne prawa majątkowe” (w tej

²² F. E. von Zeiller, [przyp. 1], s. IX–X.

³ Zákon ze dne 3. února 2012 občanský zákoník. Przyjęty sposób powoływania: zákon č. 89/2012, občanský zákoník (pierwszy skrót oznacza pozycję w dzienniku ustaw, drugi nazwę tegoż — Sbirka zákonů). Przez trzy lata kodeks obowiązywał bez żadnych zmian. Pierwszą i dotychczas jedyną nowelizacją wprowadza ustawa z dnia 14 XII 2016 r.: zákon č. 460/2016 Sb., kterým se mění zákon č. 89/2012, občanský zákoník, a další související zákony. Zmiany obejmują 29 paragrafów kodeksu i nie dotyczą omawianej problematyki.

⁴ Podstawowe wiadomości o rekodyfikacji, a także tekst części ogólnej (wprowadzającej) rządowego projektu kodeksu cywilnego, strukturę kodeksu (z dokładnością do rozdziału) i treść 46 wybranych paragrafów księgi pierwszej przedstawiam w materiale *Czeska kodyfikacja prawa cywilnego*, KPP, R. XXIII: 2014, z. 4, s. 1005–1037. Opisaną tam konwencję przekładania nazw części kodeksu i ich tytułów stosuję także tutaj.

⁵ „Wiodący” i „powszechny” charakter kodeksu znajduje wyraz w szczególności w tytule i treści działu 1 tytułu I części ogólnej — „Prawo prywatne”, a także w § 9 ust. 2 zdanie pierwsze: „Prywatne prawa i obowiązki o charakterze osobistym i majątkowym podlegają kodeksowi cywilnemu w zakresie nieregulowanym innymi przepisami”.

księdze mieszczą się także — zgodnie z tradycją austriacką — przepisy prawa spadkowego), „Względne prawa majątkowe”, „Przepisy wspólne, przejściowe i końcowe”. Kodeks liczy 3081 paragrafów, z których 3014 przypada na cztery pierwsze księgi; piąta księga obejmuje przeważnie materie, jakie u nas umieszcza się w ustawie wprowadzającej. Jest to najobszerniejszy z aktów prawodawczych, jakie kiedykolwiek obowiązywały na ziemiach czeskich⁶. Przynosi wiele nowych rozwiązań, czerpiąc także z dorobku zagranicznej cywilistyki. W wielu sprawach powraca do dawnych, przedsocjalistycznych konstrukcji, by wspomnieć na przykład o zasadzie *superficies solo cedit* oraz instytucjach zapisu i umowy o dziedziczenie. Jak deklarują twórcy kodeksu w rządowym uzasadnieniu jego projektu, akt ten oznacza definitywny powrót czeskiej cywilistyki do „standardów przyjętych w państwach, których porządki prawne należą do kręgu kontynentalnej kultury prawnej”, a od których na długie lata odłączyły ją komunistyczne innowacje forsowane po przewrocie 1948 r.

Jest czymś naturalnym, że ustawa o wielkim znaczeniu dla życia społecznego i gospodarczego kraju oraz wszystkich obywateli, a przy tym bogata w rozwiązania odmienne od zawartych w zastanym ustawodawstwie rodzi zapotrzebowanie na solidne komentarze, któremu wydawcy starają się sprostać, rozpoczynając prace z udziałem większych zespołów autorskich już w okresie *vacatio legis*, a nawet wcześniej. Z kilku wielotomowych komentarzy, które pojawiły się na czeskim rynku, za dzieło najciekawsze pod względem naukowym, z przyczyn wskazanych niżej, uważam komentarz, którego wydawanie rozpoczęło praskie wydawnictwo Leges: Filip Melzer, Petr Tégel a kolektiv, *Občanský zákoník. Velký komentář. Z zapowiadanych w sumie dziewięciu tomów do końca 2016 r. ukazały się trzy, oznaczone liczbami I, III i IV*⁷.

Tomy I (*Svazek I. § 1–117, 2013, LXVI+649 s.*) i III (*Svazek III. § 419–654 a související společná a přechodná ustanovení, 2014, XXX+1234 s.*) obejmują przepisy części ogólnej kodeksu z wyjątkiem szczegółowych prze-

⁶ Powszechny kodeks cywilny (ABGB) w pierwotnym brzmieniu liczył 1052 paragrafy. Czechosłowacki kodeks cywilny z 1950 r. (zákon č. 141/1950 Sb., občanský zákoník), pomysłany jako pomost między starym a nowym, w pełni socjalistycznym prawem cywilnym, miał 570 paragrafów. Następujący po nim kodeks z 1964 r. (zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník), uważany za szczytowy punkt „sowietyzacji” czechosłowackiego prawa cywilnego, składał się w pierwotnej wersji z 8 wstępnych artykułów oznaczonych liczbami rzymskimi i 510 paragrafów; po gruntownych przeróbkach dokonanych w 1991 r. (tekst jednolity: č. 47/1992 Sb.) ostatni paragraf był oznaczony liczbą 880.

⁷ Informacja o treści tomów II i V–IX *in spe* na stronie wydawnictwa: <http://www.knihyleges.cz/pripravujeme> [podgląd 24 I 2017].

pisów o osobach prawnych, którym będzie poświęcony tom II. Tom IV (*Svazek IV. § 655–975 a související společná a přechodná ustanovení*, 2016, XXIII+2009 s.), pokrywający całą księgę prawa rodzinnego, rozrósł się do takich rozmiarów, że podzielono go na dwa woluminy zwane częściami (*Díl I* i *Díl 2*), na okładkach i obwolotach oznaczone odpowiednio liczbami IV/1 i IV/2; wspólna jest część wprowadzająca na początku pierwszego woluminu, wspólny jest też indeks rzeczowy na końcu drugiego woluminu, oba woluminy mają jednolitą paginację⁸. Wolumin IV/1 obejmuje przepisy prawa małżeńskiego oraz przepisy o ustaleniu rodzicielstwa (§ 655–793), a wolumin IV/2 — o przysposobieniu, stosunkach między rodzicami a dziećmi oraz opiece i innych formach pieczy nad dzieckiem (§ 794–975). Tom V ma być poświęcony prawom rzeczowym, tom VI — prawu spadkowemu i zarządowi cudzym majątkiem, tom VII — przepisom ogólnym o zobowiązaniach, tom VIII — zobowiązaniom z czynności prawnych, a tom IX — zobowiązaniom z czynów niedozwolonych i innych tytułów.

Nie przewiduje się opracowania przepisów księgi piątej kodeksu według numeracji paragrafów, czyli dopiero na końcu całego komentarza. Odnośne przepisy tej księgi są lub będą komentowane bezpośrednio po omówieniu ostatniego paragrafu odpowiednio księgi pierwszej, drugiej, trzeciej lub czwartej kodeksu. I tak, skoro ostatni przepis części ogólnej (§ 654) jest komentowany w tomie III, właśnie na końcu tego tomu omawiane są przepisy z księgi piątej skojarzone z księgą pierwszą, co w podtytule tomu III sygnalizuje formuła „oraz związkowe przepisy wspólne i przejściowe”. Ta sama formuła występuje także w podtytule tomu IV.

3. Autorzy w swojej przedmowie tak oto deklarują — w mojej ocenie adekwatnie do rezultatu — ambicje wielotomowego dzieła: „Staraliśmy się napisać komentarz, który będzie przydatny w praktyce i przyjazny dla użytkownika, a jednocześnie będzie oparty na solidnych podstawach teoretycznych. Dlatego staraliśmy się połączyć nastawienie praktyczne z jasnym zakotwiczeniem poszczególnych instytucji w podłożu teoretycznym”. „Obecność [w zespole autorskim] przedstawicieli wszystkich zawodów prawniczych z pewnością stanowi najlepszą rękojmię tego, że komentarz nie będzie grzeszyć ani suchą teorią bez znajomości praktyki, ani płytkością spowodowaną nieznanymi założeniami teoretycznymi i źródłami inspiracji komentowanych unormowań” (t. I, s. XV).

⁸ Jednakowa jest w obu częściach „główna” strona tytułowa, na której opiera się powyższy opis poszczególnych tomów. Oznaczenia części tomu i wskazanie paragrafów kodeksu, których dotyczy dana część, zamieszczono na okładce i obwolucie — odpowiednio: IV/1, § 655–793 i IV/2, § 794–975, a także na dodatkowej stronie tytułowej wewnątrz danego woluminu.

Wskazani z imienia i nazwiska na stronach tytułowych wszystkich tomów dwaj główni autorzy⁹ kierują pracami zespołu autorskiego i odpowiadają za koncepcję komentarza, są także autorami wielu częściowych opracowań; pozostali kryją się za sformułowaniem „zespół” na karcie tytułowej, ale wymienia się ich na osobnej karcie na początku każdego tomu. Filip Melzer, rocznik 1975, jest od 2015 r. docentem w Katedrze Prawa Prywatnego i Procesu Cywilnego na Uniwersytecie Palackiego w Ołomuńcu¹⁰ i adwokatem; w latach 2007–2012 był członkiem komisji rekodyfikacyjnej Ministerstwa Sprawiedliwości ds. przygotowania nowego kodeksu cywilnego, w latach 2010–2012 uczestniczył w pracach kodyfikacyjnych jako wiceminister sprawiedliwości, potem działał przez pewien czas w — istniejącej nadal — Komisji ds. Stosowania Nowego Ustawodawstwa Cywilnego (KANCL) przy Ministerstwie Sprawiedliwości¹¹. Oprócz zagadnień *stricto* cywilistycznych zajmuje się naukowo podstawowymi problemami wykładni i stosowania prawa¹². Cywilista Petr Tégel, rocznik 1977, legitymuje się podobnym dorobkiem zawodowym; od niedawna jest doktorem habilitowanym, od 1 stycznia 2017 r. docentem we wspomnianej katedrze. W jego biografii naukowej są znaczące akcenty polskie — staż naukowy na Uniwersytecie Wrocławskim poświęcony studiom nad polskim prawem prywatnym, współpraca naukowo-dydaktyczna z tym uniwersytetem oraz publikacje w języku czeskim o polskim prawie cywilnym¹³ i na odwrót¹⁴. Nawiąza-

⁹ Poza informacjami na obwolutach można znaleźć — najbardziej aktualne — informacje o nich na stronach internetowych Uniwersytetu Palackiego.

¹⁰ Chociaż uniwersytet ten jest kontynuatorem najstarszych tradycji akademickich na Morawach, jego wydział prawa w obecnej postaci istnieje dopiero od 1991 r. Zakończony w 2015 r. przewód habilitacyjny F. Melzera był pierwszym takim przewodem na tym wydziale.

¹¹ Różnice w sposobie oznaczania obu komisji i użyciu dużej albo małej litery nie są przypadkowe: pierwsza komisja była zespołem *ad hoc*, tworzącym zaplecze prac legislacyjnych ministerstwa, druga jest zespołem ekspertów o ustalonym statusie instytucjonalnym i działającym we własnym imieniu, m.in. wydającym opinie w kwestii wykładni nowych przepisów.

¹² Por. F. M e l z e r, *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, wyd. 2, Praha 2011.

¹³ Autor ten nawiązuje do prawa polskiego, pisząc o poszczególnych problemach i instytucjach prawa czeskiego *de lege lata* lub *de lege ferenda*. Opublikował też omówienie polskiego projektu części ogólnej nowego kodeksu cywilnego, opublikowanego w 2008 r. przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, ze szczególnym uwzględnieniem tytułu I (pierwszych osiem artykułów): P. T é g e l, *Prvních sto devadesát pět v Polsku — a zejména těch osm nejdůležitějších*, „Právní rozhledy” 2010, č. 4, s. 126–129.

¹⁴ P. T é g e l, *Metamorfozy czeskiego prawa prywatnego*, w: *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, red. P. Machnikowski,

nia do dorobku polskiej cywilistyki obecne są zwłaszcza w tych partiach komentarza, których P. Tégl jest autorem lub współautorem.

Oprócz obu głównych autorów (dalej: obaj autorzy) zespół autorski tomu I liczy 17 innych osób, tomu III — 13, tomu IV — 20; niektórzy brali udział w przygotowaniu więcej niż jednego tomu. Do współpracy zaproszono członków byłej komisji rekodyfikacyjnej lub obecnej komisji ds. stosowania nowego ustawodawstwa, sędziów, adwokatów, notariuszy, prawników obsługujących przedsiębiorstwa, pracowników akademickich. Niektórzy nie mają jeszcze tytułów ani znaczącego dorobku publikacyjnego, ale wykazują się wystarczającą sprawnością i rzetelnością, by solidnie przygotować częściowe opracowania. Dominacja pokolenia, które pierwsze kroki w zawodzie stawiało już po upadku komunizmu i mogło korzystać z otwarcia na świat, niewątpliwie tłumaczy się deformującym wpływem, jakie polityka i ideologia wywierała w tym kraju na naukę i praktykę prawa od 1948 r. Członkowie zespołu autorskiego reprezentują przy tym te środowiska czeskiej cywilistyki, które wspierały prace nad kodeksem i utożsamiają się z jego racją¹⁵, co w przypadku komentarza do nowej ustawy, towarzyszące-

J. Gołaczyński, Warszawa 2010, s. 627–638; P. Tégl, J. Zájíc, *Regulacja nabywania prawa własności od nieuprawnionego w nowym kodeksie cywilnym Republiki Czeskiej — krok w kierunku lepszym, lecz niezbadanym*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2016, z. 2, s. 5–22.

¹⁵ Nie miejsce tu na szczegółowe referowanie sporów o sens nowego kodeksu i kształt poszczególnych unormowań. Warto jednak wspomnieć, że oponenci najpierw bezskutecznie próbowali wpłynąć na ustawodawcę, by odroczył datę wejścia kodeksu w życie. W pierwszym roku obowiązywania kodeksu — kilka miesięcy po zmianie rządu, która nastąpiła w styczniu 2014 r. — na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości umieszczono „wersję roboczą” projektu obszernej nowelizacji kodeksu z uzasadnieniem (!), zapraszając do dyskusji i informując, że poproszono o krytyczną recenzję jednego z twórców kodeksu. Odnośną informację z 20 VIII 2014 r., bez ciągu dalszego, można było znaleźć jeszcze w grudniu 2016 r. na stronie <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=2375&d=337646>, a w styczniu 2017 r. wciąż jeszcze można przeczytać wspomniany projekt pod adresem file:///C:/Users/Lenovo%20B590/Documents/NOZ/Navrh_zmen_NOZ%20.pdf. Co więcej, w sierpniu 2014 r. zapowiedziano, że to dopiero „pierwsza część” projektowanych zmian (choć obejmująca całość kodeksu). Kolejnych części nie opublikowano, a do stycznia 2017 r. doszło tylko do jednej, stosunkowo niewielkiej nowelizacji, o której jest mowa w przyp. 3. Przykładem niegasnących kontrowersji niech będzie następująca odpowiedź byłego sędziego czeskiego Sądu Konstytucyjnego udzielona w trzecim roku obowiązywania kodeksu na pytanie, które przepisy prawne najchętniej by uchylili: „W pierwszej kolejności bym uchylili postanowienia naszej Konstytucji o bezpośrednim wyborze prezydenta. A z prawa rangi podkonstytucyjnej — nowy kodeks cywilny. Istnieje wiele historycznych przykładów uchylecia aktu prawodawczego, który nie sprawdził się w praktyce, i powiedziałbym, że im wcześniej się to stanie, tym lepiej. Obaj moi »kandydaci do derogacji« wnieśli do czeskiego społeczeństwa zamęt, niezgodę i obniżenie poziomu świadomości prawnej” — S. Balík, wywiad *10 otázek pro Stanislava Balíka*, 18 III 2016, pravoc.cz, <https://www.pravoc.cz/top/efocus/10-otazek-pro-stanislava-balika-100851.html> [pogląd 24 I 2017].

go upowszechnieniu jej znajomości i wdrożeniu do praktyki, jest *per saldo* zaletą. W przedmowie obu autorów znalazło się zapewnienie: „Chociaż wielu autorów komentarza w większym lub mniejszym stopniu brało udział w tworzeniu nowego kodeksu cywilnego, wytyczną w pracach nad komentarzem było krytyczne podejście do tekstu ustawy. Chodzi jednak nie o krytykę za wszelką cenę, która czasem przeradza się w karykaturę ustawy, lecz o rzetelne mierzenie się z problemami jej wykładni i stosowania” (t. I, s. XV).

4. W większości warte lektury są autoryzowane teksty poprzedzające właściwy komentarz, zamieszczone na początku pierwszego tomu. Najpierw mamy tu aż trzy, na szczęście komplementarne, przedmowy. Pierwszą napisał Jiří Pospíšil, jeden z wybitniejszych czeskich polityków i prawników¹⁶. W jego opinii „[...] nowy kodeks cywilny jest dziełem, nad którym pracowali wszyscy, którzy mają dzisiaj coś do powiedzenia w czeskim prawie cywilnym. Naiwne jest myślenie, że w obecnych warunkach Republiki Czeskiej ktoś inny potrafiłby przygotować znacząco lepszą ustawę. Nowy kodeks stoi na takim poziomie, na jakim stoi czeska cywilistyka i czescy cywiliści — teoretycy i praktycy” (t. I, s. XII). Drugą przedmowę napisał Miloš Tomša, ówczesny przewodniczący komisji rekodyfikacyjnej. Trzecia, cytowana już wyżej, wyszła spod pióra obu głównych autorów.

Wykładając swoje rozumienie komentarza, wychodzą oni z założenia, że „[...] tekst ustawy jest podstawowym surowcem, który dogmatyka musi twórczo rozwinąć tak, by powstał możliwie spójny system zasad i reguł. Obowiązuje tutaj maksyma, że ustawa jest mądrzejsza od ustawodawcy (Thöl, Raddbruch)”. Przyznają, że członkowie zespołu autorskiego mają w niektórych kwestiach rozbieżne poglądy, więc czytelnik niekiedy na te same lub podobne pytania otrzymuje różne odpowiedzi, jednak „zawsze poparte racjonalnymi i rzeczowymi argumentami”. Liczą się także z ryzykiem, że środowisko prawnicze może nie zaakceptować niektórych propozycji rozumienia kodeksowych konstrukcji albo — w lepszym przypadku — reypować je z modyfikacjami (s. XVI–XVII).

Polski czytelnik nie może nie zauważyć wyróżnienia, jakie w cytowanym tekście spotyka naszą cywilistykę. Otóż pisząc o regresie cywilistyki czechosłowackiej w dobie komunistycznej dyktatury, którego symptomami były ideologizacja i trywializacja oraz odcięcie od pokrewnych systemów prawnych za granicą, autorzy podkreślają, że nie we wszystkich krajach „bloku socjalistycznego” doszło do takiego załamania. Chlubnym przykładem

¹⁶ W latach 2006–2009 i 2010–2012 był ministrem sprawiedliwości z ramienia partii ODS i wspierał prace kodyfikacyjne. Od 2014 r. jest posłem do Parlamentu Europejskiego wybranym jako kandydat partii TOP 09.

jest dla nich właśnie Polska, „gdzie mimo podobnej sytuacji politycznej powstał w 1964 r. kodeks, który w zasadzie uznawał i respektował europejskie tradycje cywilistyczne. Mimo że niektórzy członkowie komisji kodyfikacyjnej sympatyzowali z ówczesnym reżimem, w pracach nad kodeksem stawiali na pierwszym miejscu jakość końcowego efektu. Rozpowszechniona jest więc opinia, że obowiązujący do dziś polski kodeks posiadał do końca lat osiemdziesiątych XX wieku tradycyjny, reprezentujący wysoki poziom rdzeń, na którym można było dostrzec pewne ideologiczne naleciałości¹⁷. Mimo braku wolności trwał w Polsce nieprzerwany rozwój cywilistyki i powstało tu wiele wybitnych dzieł o zasadniczym znaczeniu. Właśnie w tym okresie powstał zrab monumentalnego *Systemu prawa cywilnego*, który dziś jest kontynuowany jako *System prawa prywatnego...*” (s. XVI).

Do materiałów wprowadzających w tomie I włączono również dwa teksty ukazujące historyczny kontekst komentowanego kodeksu — bliższy i dalszy. Pierwszego dotyczy „Zwięzły przegląd prac nad nowym kodeksem cywilnym” (Marek Svatoš, s. XXI–XXV), drugiego — dłuższe opracowanie „Dzieje kodyfikacji prawa prywatnego na ziemiach czeskich” (Ondřej Horák, s. XXVII–LVII), sięgające od XVI w. przez Codex Teresianus i ABGB, czechosłowacki projekt nowego kodeksu z 1937 r. oraz socjalistyczne kodeksy z lat 1950 i 1964 aż po tzw. dużą nowelizację tego ostatniego, przyjętą w 1990 r. W przypadku drugiego opracowania można mieć zastrzeżenia do proporcji, które zostały zachwiane na niekorzyść okresu powojennego. Na przykład dowiadujemy się wiele o okolicznościach przeniesienia prac kodyfikacyjnych za czasów Marii Teresy z Wiednia do Brna i z powrotem, ale o powojennych uwarunkowaniach wyłączenia prawa rodzinnego z kodeksu cywilnego nie dowiadujemy się niczego od autora, który mniej niż jednym zdaniem informuje o nowym prawie rodzinnym z 7 grudnia 1949 r.¹⁸, w ogóle nie wspomina o epizodzie współpracy polsko-czechosłowackiej nad wspólnym projektem prawa rodzinnego¹⁹ ani o tym, że 4 grudnia 1963 r. przyjęto w Czechosłowacji nową ustawę o rodzinie²⁰, która z pewnymi zmia-

¹⁷ Na marginesie: podczas konferencji na Uniwersytecie Warszawskim przed kilku laty prof. Adam Zieliński wspominał o swoich dwóch rozmowach z czeskimi kolegami w Pradze. Kiedy był tam przed 1990 r., pytano go, dlaczego w Polsce przyjęto w 1964 r. kodeks cywilny podobny do kodeksów burżuazyjnych, a nie taki jak w Czechosłowacji, zrywający ze starymi wzorami. Kiedy był tam po 1990 r., pytano, dlaczego w Polsce pozostawiono w mocy komunistyczny kodeks cywilny zamiast zastąpić go nowym.

¹⁸ Zákon č. 265/1949 Sb., o právu rodinném.

¹⁹ Por. P. Fiedorczyk, *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014, s. 145 i n. oraz powołane tam źródła i literaturę w kilku językach.

²⁰ Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině.

nami, wprowadzonymi zwłaszcza nowelą z 1998 r.²¹, obowiązywała w Republice Czeskiej do wejścia w życie obecnego kodeksu cywilnego. Z kolei o treści i znaczeniu tzw. dużej nowelizacji kodeksu cywilnego z 1964 r., dokonanej ustawą z dnia 5 listopada 1991 r.²², o wiele więcej dowiadujemy się z — zamieszczonego w komentarzu — rządowego uzasadnienia projektu nowego kodeksu niż od autora, który ma do powiedzenia tylko tyle, że owa nowelizacja była reakcją na nowe stosunki. Opracowanie zamykają synteza poświęcona cywilistycznym tradycjom i źródłom inspiracji prac kodyfikacyjnych oraz pokaźny wykaz źródeł i literatury dotyczącej dziejów kodyfikacji prawa prywatnego, uwzględniający przede wszystkim dokumenty i publikacje w językach czeskim i niemieckim, marginalnie także słowackim i angielskim. Wspomina się jedno dzieło polskojęzyczne²³, którego czeskie wydanie było w 2013 r. „w druku”. Z potraktowaniem po macoszem powojennych kodyfikacji prawa rodzinnego wiąże się pominięcie prac poświęconych tej dziedzinie prawa.

5. Przechodząc do struktury i treści właściwego komentarza, godzi się przede wszystkim podkreślić, że do jego zalet należy przytoczenie *in extenso* oficjalnego uzasadnienia rządowego projektu kodeksu (dalej: uzasadnienie), które wyróżniono w druku kursywą. Chodzi o dokument przygotowany przez komisję rekodyfikacyjną Ministerstwa Sprawiedliwości, akceptowany przez ministra i rząd *in pleno*, następnie *implicitie* przyjęty do aprobującej wiadomości przez izby ustawodawcze w zakresie, którego nie dotyczą stosunkowo niewielkie poprawki wprowadzone w Izbie Poselskiej. W demokratycznym państwie realizującym zasadę podziału władz dokument o takim charakterze ma nie tylko znaczenie poznawcze w badaniu dziejów prac nad ustawą, lecz powinien być jednym z istotnych punktów odniesienia w jej wykładni²⁴. Próby ustawowego skodyfikowania metod wykładni mogą wywoływać obiekcje z różnych punktów widzenia. Komentowany kodeks podejmuje taką próbę w § 2²⁵, a artykuł poświę-

²¹ Zákon č. 91/1998 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů, a o změně a doplnění pozdějších zákonů.

²² Zákon č. 509/1991, kterým se mění, doplňuje a upravuje občanský zákoník.

²³ W. D a j c z a k, T. G i a r o, F. L o n g c h a m p s d e B é r i e r, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009.

²⁴ Na fundamentalne znaczenie dążenia interpretatora do ustalenia rzeczywistej woli historycznego prawodawcy, jako problem wręcz konstytucyjny, w ostatnim czasie zwrócił uwagę niemiecki cywilista i historyk prawa, krytyk „wykładni obiektywnej”, w pracy, która po dwóch latach od pierwszego wydania doczekała się drugiego: B. R ü t h e r s, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, wyd. 2., Tübingen 2016, *passim*.

²⁵ „(1) Każde unormowanie prawa prywatnego należy tłumaczyć zawsze w zgodzie z [czeską] Kartą podstawowych praw i wolności, z całym porządkiem konstytucyjnym oraz

cony temu paragrafowi, napisany przez obu autorów, zwraca uwagę na znaczenie uzasadnienia w rozważaniach poświęconych „wykładni subiektywno-historycznej” (t. I, s. 71–72), a następnie w uwagach o wzajemnym stosunku metod wykładni (s. 77).

Dla porządku dodajmy, że komentarz operuje nie pierwotnym, oficjalnym tekstem uzasadnienia, lecz jego półoficjalną, tak zwaną skonsolidowaną wersją, opracowaną dla Ministerstwa Sprawiedliwości po uchwaleniu kodeksu przez prof. Karela Eliaša, którego przy różnych okazjach wskazuje się jako autora założeń nowego kodeksu oraz głównego redaktora jego projektu i uzasadnienia²⁶. Ponieważ poprawki poselskie nie były zbyt rozległe ani głębokie, wersja skonsolidowana nie różni się znacząco od pierwotnej. W komentarzu przytacza się tekst uzasadnienia *in extenso*, ale nie w integralnej postaci — słusznie podzielono go na fragmenty odpowiadające strukturze komentarza: całą część ogólną uzasadnienia²⁷ (tzn. uwagi dotyczące całości kodeksu, nie należy mylić z częścią ogólną tegoż) przedstawiono w całości na początku komentarza, bezpośrednio pod tytułem ustawy (t. I, s. 1–15), a poszczególne fragmenty części szczegółowej uzasadnienia umieszczono bezpośrednio pod tekstem odpowiednich paragrafów. Na marginesie warto odnotować, że na podobnej zasadzie inni autorzy zbudowali ciekawy jednotomowy komentarz, a raczej „semikommentarz” do kodeksu, oparty tylko na tekście ustawy i skonsolidowanej wersji uzasadnienia, który wyszedł pod skromnym tytułem²⁸.

z zasadami, na których opiera się niniejsza ustawa, mając przy tym na względzie wartości, którym one służą. Gdyby wykładnia unormowania oparta tylko na jego brzmieniu nie odpowiadała temu nakazowi, należy dać mu pierwszeństwo. (2) Przepisowi ustawy nie można nadawać innej treści niż ta, która wynika z właściwego znaczenia użytych w nim wyrazów w ich wzajemnym związku oraz z jasnego zamiaru ustawodawcy; nikt nie może jednak powoływać się na brzmienie przepisu prawnego wbrew jego sensowi. (3) Wykładnia i stosowanie prawa nie może stać w sprzeczności z dobrymi obyczajami ani prowadzić do okrucieństwa lub bezwzględności godzącej w elementarne poczucie człowieczeństwa”. Co do użytych w przykładzie terminów „unormowanie” (*ustanovení*) i „stosowanie” (*použití*) por. przyp. 39 i 40.

²⁶ Uczony ten jest autorem różnych przyczynków dotyczących nowego kodeksu, ale nie ma udziału w dotychczas opublikowanych komentarzach, jeśli nie liczyć „semikommentarza” wspomnianego w przyp. 28.

²⁷ Jej najważniejsze partie przytaczam w materiale wspomnianym w przyp. 4.

²⁸ K. E l i á š a kolektiv, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, Ostrava 2012. Licząca 1119 stron książka, wydana przez wydawnictwo Sagit, składa się ze wstępu prezentującego genezę kodeksu, spisu treści tegoż, tekstu kodeksu, rozczłonkowanego (w podobny sposób jak w komentarzu Melzera i Tégla) tekstu uzasadnienia oraz indeksu rzeczowego.

W recenzowanym dziele odnośny fragment uzasadnienia jest z reguły pierwszym członem materiałów komentujących dany paragraf kodeksu²⁹. Następny człon to lakoniczna, jednowierszowa wzmianka o dotychczasowym unormowaniu zastąpionym przez komentowany przepis — przeważnie wymienia się odpowiednie uchylone przepisy bądź przepis starego kodeksu cywilnego, kodeksu handlowego³⁰ lub ustawy o rodzinie (bez przytoczenia treści) albo zamieszcza formułkę „Nie ma żadnych”. Kolejny człon to wykaz podstawowej literatury odnoszącej się do materii danego paragrafu; potem w przypisach do autorskich rozważań o danym paragrafie znajdujemy często także odniesienia do pozycji pominiętych w wykazie. Dalej następuje szczegółowy spis treści autorskich rozważań, które nierzadko zasługują na miano naukowego artykułu. Ich tekst stanowi zwieńczenie materiałów dotyczących danego paragrafu.

Autorzy programowo odstępują od zwyczaju przyjętego w czeskich komentarzach prawniczych, zgodnie z którym orzecznictwo sądowe przedstawia się w wyodrębnionej pozycji na końcu materiałów dotyczących danego przepisu. Za właściwe uznają wskazywanie na odpowiednie judykaty w ramach autorskiej analizy konkretnego problemu, jak zwykło się czynić w Niemczech, Austrii, Szwajcarii i Polsce. Ich zdaniem taka metoda pozwala na poddanie krytycznej analizie poglądów wyrażanych w orzecznictwie, tak samo jak wszystkich innych poglądów odnoszących się do omawianych zagadnień. Dodajmy, że koncepcja ta jest trafna zwłaszcza w przypadku dzieła pisanego w okresie *vacatio legis* lub w pierwszych latach stosowania nowatorskiego kodeksu, który jeszcze nie obrósł „własnym” orzecznictwem, a ze starego orzecznictwa można czerpać tylko selektywnie i *mutatis mutandis*. Moim zdaniem „czeska” formuła ma pewne zalety w przypadku kodeksów starszych, szczególnie w okresie przygotowywania prac nad nową kodyfikacją³¹.

W kilku miejscach komentarza cząstkowe opracowania poszczególnych paragrafów są poprzedzone „Charakterystyką wstępną”, umieszczoną przed

²⁹ Jeżeli pewien fragment uzasadnienia odnosi się nie do jednego, lecz do dwóch lub kilku paragrafów łącznie, odnośny fragment uzasadnienia jest umieszczony bezpośrednio pod tekstem pierwszego z tych paragrafów. Tak jest na przykład w przypadku pierwszych pięciu paragrafów o przysposobieniu, tj. § 794–798.

³⁰ Zákon č. 513/91 Sb., obchodní zákoník. Od 1 I 2014 r. ústrój spótek handlowých i spóldielni reguluje ustawa o korporacjach handlowých: zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích). Podstawowe informacje o tej ustawie i prezentacja jej struktury: A. K r a c z y k, *Czeskie prawo spółek handlowych*, KPP, R. XXIV: 2015, z. 1, s. 227–230. Inne instytucje prawne funkcjonujące w obrocie profesjonalnym znalazły się w nowym kodeksie cywilnym.

³¹ Z powodzeniem zastosowano ją na przykład w komentarzu, o którym mowa w przyp. 73.

pewną grupą paragrafów. Jest tak w przypadku przedstawicielstwa (F. Melzer, t. III, s. 39–46), czynności prawnych w ogólności (*idem*, t. III, s. 464–487), wykładni czynności prawnych³² (*idem*, t. III, s. 574–577), bezskuteczności względnej (Zdeněk Pulkrábek, t. III, s. 786–804), reguł intertemporalnych w ogólności (F. Melzer, t. III, s. 1097–1147)³³, nowej instytucji przedsiębiorstwa rodzinnego (Miloš Holub, t. IV/1, s. 219–222), prawa małżeńskiego majątkowego (obaj autorzy, t. IV/1, s. 258–270), ustalenia rodzicielstwa (Renata Šínová, t. IV/1, s. 847–852), imienia i nazwiska dziecka (Jan Kober, t. IV/2, s. 1326–1346) oraz poszczególnych form nierodzicielskiej pieczy nad dzieckiem (Stanislav Bruncko, t. IV/2, s. 1738–1751, 1855–1864, 1883–1891). Autorzy nie wskazują racji, które przesądziły o poprzedzeniu określonej grupy paragrafów taką wstępną charakterystyką. Czasem decydowała zapewne potrzeba wyeksponowania nowości, jak w przypadku nowej instytucji przedsiębiorstwa rodzinnego³⁴: nota wstępna jest tu stosunkowo krótka i nie zawiera wykazu literatury — ten znajdziemy dalej, przy poszczególnych paragrafach. Bardziej kompleksowa jest wstępna charakterystyka prawa małżeńskiego majątkowego. Tekst obu autorów otwiera wykaz podstawowej literatury dotyczącej ogólnie tej dziedziny, obejmujący pozycje w językach czeskim, słowackim, polskim i niemieckim. Poza tym struktura jest taka sama jak w opracowaniach dotyczących poszczególnych paragrafów. Autorzy między innymi przedstawiają racje szczególnego regulowania stosunków majątkowych między małżonkami, historyczne etapy ustawodawstwa oraz rodzaje małżeńskich ustrojów majątkowych.

Jak już wspomniałem, odpowiednie „przepisy wspólne i przejściowe” zawarte w księdze piątej kodeksu omawiane są na końcu tomu III, o ile odnoszą się do części ogólnej, i na końcu tomu IV, o ile odnoszą się do prawa rodzinnego. Omawianie tych przepisów „bliżej” merytorycznych unormowań, których dotyczą, jest słuszne. Można jednak zapytać, czy nie warto by dokonać jeszcze większego „zbliżenia” poprzez umieszczenie zagad-

³² Chociaż doktrynie czeskiego prawa cywilnego znane jest, rzecz jasna, także pojęcie oświadczenia woli (*projev vůle*), nowy kodeks, tak samo jak poprzednie, nie posługuje się tym pojęciem, lecz mówi o „wykładni czynności prawnych” (por. tytuł rozdziału 2 działu 1 tytułu V księgi pierwszej).

³³ W tym wypadku obszerne opracowanie zatytułowano „O prawie międzyczasowym prywatnym w ogólności” (zamiast „Charakterystyka wstępna”).

³⁴ Tym bardziej że instytucja ta nie została należycie wyeksponowana w strukturze kodeksu — nie poświęcono jej wyodrębnionej numerowanej jednostki systematyki, lecz osiem paragrafów (§ 700–707) poprzedzonych nienumerowanym śródtytułem „Przedsiębiorstwo rodzinne” w ramach rozdziału „Przepisy podstawowe”, który jest częścią działu „Obowiązki i prawa małżonków”. Rozdział ten jest wcześniejszy od rozdziału poświęconego prawu małżeńskiemu majątkowemu, umieszczonego w tym samym dziale.

nień intertemporalnych każdorazowo w opracowaniu poświęconym danemu paragrafowi lub danej grupie paragrafów składających się na cztery pierwsze księgi kodeksu. Przytaczając odpowiedni paragraf z księgi piątej i jego uzasadnienie, można by wówczas zastosować specjalne wyróżnienie graficzne, na przykład szare tło. Pytanie to pozostawiam otwarte, sugerując przemyślenie w pracach nad drugim wydaniem komentarza, do którego dojdzie — mam nadzieję — po sfinalizowaniu wszystkich tomów składających się na pierwsze wydanie. Niedogodności związane z przyjętym rozwiązaniem zilustruję za pomocą jednego przykładu. Oto w księdze pierwszej kodeksu spotykamy bardzo ciekawy i inspirujący rozdział „Środki wspomaganie pełnoletniego w razie zakłóceń [faktycznej] zdolności dokonywania czynności prawnych” (§ 38–65), którego częścią jest unormowanie elastycznego, dostosowanego do indywidualnego przypadku ograniczenia zdolności do czynności prawnych orzeczanego przez sąd (§ 55 i n.). Rozdział ten jest omawiany w tomie I komentarza, ale ponieważ przepisy intertemporalne dotyczące skutków całkowitego lub częściowego ubezwłasnowolnienia orzeczonego na podstawie starego kodeksu znajdują się w księdze piątej nowego kodeksu (§ 3032 i 3033), ich omówienie znajdziemy dopiero na końcu tomu III komentarza. W tym kontekście mylący okazuje się zresztą podtytuł tegoż tomu, który sugeruje, że zamieszczono w nim „związkowe przepisy wspólne i przejściowe” odnoszące się tylko do § 419–654.

6. Zasadniczy schemat omawiania poszczególnych paragrafów kodeksu jest jednolity w całym komentarzu, ale kształt poszczególnych opracowań w zakresie wykazu literatury i autorskiego oświetlenia danego unormowania zależy każdorazowo od preferencji autora. Widać to, gdy porównamy choćby opracowania poświęcone krótkim, ale bogatym w treść i mającym doniosłe znaczenie dla całego prawa prywatnego przepisów części ogólnej: § 7 — „Domniemywa się, że każdy, kto działał w określony sposób, działał uczciwie i w dobrej wierze”³⁵ oraz § 8 — „Oczywiste nadużycie prawa nie korzysta z ochrony prawnej”. Pierwszy z tych paragrafów komentują obaj autorzy (t. I, s. 129–146), drugi — Zdeněk Pulkrábek (s. 146–182).

Przy § 7 wykaz podstawowej literatury obejmuje 21 pozycji, w tym cztery polskojęzyczne (Beaty Janiszewskiej, Aleksandra Kunickiego, Mateusza Pilicha i Kazimierza Przybyłowskiego), jedną po słowacku i pozostałe po czesku. Autorski artykuł ma dwustopniową strukturę i składa się z 15 za-

³⁵ Przepis ten pozostaje w związku z § 6: „(1) Każdy obowiązany jest postępować w obrocie prawnym uczciwie. (2) Nikt nie może czerpać korzyści ze swojego nieuczciwego lub bezprawnego czynu. Nikt nie może także czerpać korzyści z niezgodnego z prawem stanu, który sam wywołał lub który jest pod jego kontrolą”.

sadniczych części, zatytułowanych: „Uwagi wstępne”, „Domniemanie uczciwości”, „Domniemanie dobrej wiary w ogólności”, „Terminologia”, „Dobra wiara jako element hipotezy normy prawnej”, „Konstrukcja dobrej wiary”, „Różne koncepcje dobrej wiary”, „Kiedy dobra wiara ma znaczenie, czyli kiedy się jej domniemywa?”, „Jakiej dobrej wiary się domniemywa?”, „Dychotomia dobrej i złej wiary”, „Wiara publiczna”, „Dobra wiara osób fizycznych i prawnych, dobra wiara w przypadkach przedstawicielstwa”, „Skutki istnienia albo braku dobrej wiary”, „Dobra wiara w aspekcie czasu”, „Ustanie dobrej wiary i fikcja ustania”³⁶. Z uzasadnienia i komentarza do § 7 można się dowiedzieć między innymi, że przed wejściem w życie nowego kodeksu Republika Czeska i Słowacja były jedynymi krajami europejskimi, których kodeksy cywilne nie ustanawiały ogólnej zasady domniemanie dobrej wiary, że czeski Sąd Konstytucyjny przyjmował obowiązujące takie domniemanie, jeżeli przepis szczególny nie stanowił inaczej, podczas gdy Sąd Najwyższy skłaniał się ku przeciwnemu pogładowi, że wreszcie ustanowienie domniemanie uczciwego działania obok domniemanie dobrej wiary w znaczeniu subiektywnym jest dyskusyjne i było krytykowane w niektórych publikacjach poświęconych projektowi kodeksu.

Wykaz podstawowej literatury dotyczącej § 8 jest krótszy i obejmuje cztery pozycje w języku czeskim, dwa komentarze niemieckojęzyczne (do szwajcarskiego kodeksu cywilnego i do BGB) oraz jeden zbiór prac pod ogólnie sformułowanym tytułem słowackim, w którym — o czym się dowiemy dopiero z przypisu we właściwym komentarzu — zamieszczono ważki tekst Franza Bydlinskiego po niemiecku, oraz jeden zbiór prac z tytułem francuskim. (Inaczej jest przy poprzednim paragrafie, gdzie w wykazie literatury każdorazowo umieszczono konkretny utwór). Autorskie rozważania o § 8 mają trzystopniową strukturę; 12 zasadniczych części traktuje kolejno o: funkcjach zakazu; zasadach jego wykładni i stosowania; zakresie obowiązywania; kwestii bezwzględnie obowiązującego *versus* dyspozytywnego charakteru; uwzględnianiu w postępowaniu sądowym; przesłance oczywistości nadużycia prawa; pojęciu nadużycia prawa; typach nadużycia prawa; stosunku pojęć nadużycia prawa i wykonywania prawa w sprzeczności z dobrymi obyczajami; zagadnieniu, czy miarodajna jest ocena ze stanowiska subiektywnego, czy obiektywnego; prawnych implikacjach zakazu, w tym kwestii jego ewentualnego wpływu na treść prawa podmiotowego; regulacji przedkodeksowej, jej wykładni i krytyce tej wy-

³⁶ W ostatnim przypadku chodzi o § 995, normujący wsteczny skutek uwzględnienia powództwa posesoryjnego.

kładni, a w konsekwencji pytania o aktualność ustaleń piśmiennictwa i orzecznictwa dokonanych na gruncie stanu przedkodeksowego.

O ile w przypadku § 8 rozważania o prawie przedkodeksowym umieszczono na końcu autorskiego opracowania, od omówienia genezy komentowanego przepisu rozpoczynają swój wykład autorzy wielu innych partii komentarza. Tak jest na przykład w opracowaniu dotyczącym § 10, który stanowi: „(1) Jeżeli nie można rozstrzygnąć przypadku prawnego na podstawie wyraźnego przepisu, orzeka się na podstawie przepisu dotyczącego przypadku prawnego najbliższego rozstrzyganemu ze względu na treść i cel. (2) Jeżeli nie ma takiego przepisu, orzeka się według ogólnych zasad sprawiedliwości oraz zasad, na których opiera się niniejsza ustawa, mając na celu właściwe określenie praw i obowiązków z uwzględnieniem zwyczajów życia prywatnego oraz dorobku nauki prawa i ustalonej praktyki orzeczniczej”. Z komentarza (obaj autorzy, t. I, s. 190–200) dowiadujemy się, że podstawowym źródłem inspiracji w pracach nad tym przepisem był § 7 ABGB. Pewna inspiracja wynika także z art. 1 ust. 2 i 3 k.c. szwajc., z tym że pominięto regułę, iż sędzia ma dopełnić prawo *modo legislatoris*; zdaniem autorów zachodzi istotna różnica między tworzeniem prawa przez ustawodawcę a dopełnianiem prawa przez sędziego, który jest związany obowiązującym porządkiem prawnym i powinien ograniczyć się do rozważenia jego konsekwencji. Odpowiednik ust. 1 przytoczonego paragrafu wprowadzono już w 1991 r., w ramach tzw. dużej nowelizacji kodeksu z 1964 r.³⁷ W ust. 2 czeski kodyfikator nie recypował wprost odniesień do prawa naturalnego i „kodeksu rozumu”, które w komentarzu z 1811 r. wskazuje F. von Zeiller. W uzasadnieniu zwraca się uwagę na związek § 10 z § 3 (zasady prawa cywilnego) i dodaje, że koncepcja kodyfikatora „odbiega od maksymy Robespierre’a, iż »pojęcie sądowego tworzenia prawa musi być wyrugowane z naszego słownika«. Maksyma ta jest bliska totalitarnej myśli prawnej, co wiemy także na podstawie czeskich doświadczeń z niedawnej przeszłości, a niestety i współczesności [*sic*]. Trzeba koniecznie wziąć rozbrat z tym niechlubnym dziedzictwem, i to nie tylko ze względu na jego korzenie czy dlatego, że koncepcja odrzucająca sędziowskie prawotwórstwo nie doszła w pełni do głosu nawet w totalitarnych systemach prawnych (nie funkcjonuje jako zasada), ale przede wszystkim z tego powodu, że próby jej forsovania powodują zastój w prawniczym myśleniu i w ogóle kulturze prawnej,

³⁷ Dodano wówczas nowy § 853: „Do stosunków cywilnoprawnych, które nie są uregulowane wprost niniejszą ustawą ani inną ustawą, stosuje się ustawy regulujące stosunki im najbliższe pod względem treści i celu”.

prowadzą do niesprawiedliwości w stosowaniu prawa, a więc także do szkodliwych społecznie skutków” (s. 190–191).

Podobne oceny, w których potrzeba „odreagowania błędów i wypaczeń” zdaje się brać górę nad pokorą wobec złożoności problemu i precyzją, można spotkać także w paru innych miejscach uzasadnienia. Komentatorzy na szczęście nie ulegają tej tendencji.

7. Każdy czytelnik biorący do ręki opasły komentarz, którego nie sposób przeczytać od deski do deski, ma „swoje” przepisy ustawy, które w pierwszej kolejności konfrontuje z treścią komentarza — i uzyskuje poczucie pełnej satysfakcji albo mieszankę satysfakcji i niedosytu. Ze swej strony za godne przestudiowania w pierwszej kolejności uznałem te fragmenty komentarza, które dotyczą trzech zagadnień w części ogólnej kodeksu oraz jednego w prawie rodzinnym. Chodzi o: rozumienie prawa prywatnego i jego stosunku do prawa publicznego w świetle dwóch pierwszych zdań kodeksu, nowatorski przepis mający przeciwdziałać dowolności (arbitralności) stosowania prawa prywatnego, szerokie pojęcie rzeczy, instytucję przedsiębiorstwa rodzinnego.

7.1. Przepis § 1 ust. 1 stanowi trudne wyzwanie dla dogmatyka prawa, ale także dla tłumacza, który często też jest na swój sposób interpretatorem tekstu prawnego. Po lekturze wnikliwych rozważań obu autorów (t. I, s. 22–44)³⁸, chcąc oddać możliwie najwierniej rozumienie przepisu zakładane przez twórców kodeksu i komentatorów, skłaniałbym się ku następującemu, „technicznemu” przekładowi: „Ogół unormowań porządku prawnego regulujących wzajemne prawa i obowiązki osób tworzy prawo prywatne. Urzeczywistnianie prawa prywatnego jest niezależne od urzeczywistniania prawa publicznego”³⁹. Chociaż w pierwszym zdaniu kodyfikator używa

³⁸ Opracowanie dotyczące całego § 1, łącznie z uzasadnieniem, wykazem podstawowej literatury i pominiętymi tu — skądinąd też ważkimi — rozważaniami autorów o ust. 2 tego paragrafu (zasada dyspozytywności norm prawa prywatnego i jej granice, kryteria określania charakteru normy) zajmuje strony od 15 do 66.

³⁹ W oryginale: „Ustanovení právního řádu upravující vzájemná práva a povinnosti osob vytvářejí ve svém souhrnu soukromé právo. Uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného”. W materiale, o którym mowa w przyp. 4, przetłumaczyłem to tak: „Ogół przepisów prawnych regulujących wzajemne prawa i obowiązki osób tworzy prawo prywatne. Stosowanie prawa prywatnego jest niezależne od stosowania prawa publicznego”. Z racji wskazanych niżej takie ujęcie zawęży zakładaną przez kodyfikatora treść przepisu, a w każdym razie dopuszcza zawężającą interpretację. Ciekawe, że w koleiny podobnego uproszczenia weszli później anonimowi autorzy obcojęzycznych przekładów kodeksu na stronie internetowej czeskiego Ministerstwa Sprawiedliwości (<http://obcanskyzakonik.justice.cz/index.php/home/zakony-a-stanoviska/preklady/>): „The provisions of the legal order governing the mutual rights and duties of persons together constitute private law. The application of private law is independent of the application of public law”; „Die Bestimmun-

ręczownika *ustanovení*, który sugeruje, że chodzi o prawo stanowione, a przy tym jest używany w tekstach prawnych jako odpowiednik polskiego „przepisu” we frazach typu: „przepisów ... nie stosuje się do...”, „przepis ... stosuje się odpowiednio do...”, rzecz okazuje się bardziej skomplikowana. Oto twórcy kodeksu stwierdzają w uzasadnieniu: „Projekt wychodzi z założenia, że w odniesieniu do prawa prywatnego porządek prawny obejmuje nie tylko przepisy prawne, lecz także inne źródła, z których wynikają prawa i obowiązki. W tym kręgu mieszczą się także niepisane zasady podstawowe (np. zasada pewności prawa), zasady stanowione (np. zasada domniemania uczciwości), zwyczaje itp.” (s. 16). Komentatorzy dodają, że pojęcie „unormowania porządku prawnego”, zgodnie z intencją twórców § 1, obejmuje także orzeczenia sądowe, co odpowiada normatywistycznej koncepcji normy konkretnej wywodzonej z normy abstrakcyjnej. „Ale przecież taka norma może być ustanowiona nie tylko orzeczeniem, lecz także umową, czyli w drodze prawotwórstwa autonomicznego. Jednak nawet taka interpretacja pojęcia »unormowania porządku prawnego« nie usuwa problemu. Porządek prawny stanowi ogół norm, w tym — z punktu widzenia normatywizmu — także norm konkretnych, nie zaś form, w których te normy są zawarte, czyli na przykład orzeczeń” (s. 27).

W drugim zdaniu komentowanego przepisu kluczowym rzeczownikiem jest w oryginale *uplatňování*, który początkowo skłania tłumaczy do użycia ekwiwalentów: „stosowanie”, „application”, „Anwendung”, „primeneniye”. Te jednak mają w języku prawniczym konotacje związane ze specyficznymi przejawami urzeczywistniania prawa, jakimi są władcze akty stosowania norm generalnych i abstrakcyjnych, określane w czeskiej teorii terminem *aplikace práva*. Tymczasem okazuje się, że czeski kodyfikator nie użył wyrazu *aplikace* nie tylko dlatego, żeby nie skazić pomnika kultury narodowej (a za taki powinien być uważany kodeks cywilny) wyrazem obcym⁴⁰, lecz także dlatego, że chciał ogarnąć więcej niż tylko władcze akty stosowania prawa prywatnego. Jedną z inspiracji stanowił mianowicie art. 7 ko-

gen der Rechtsordnung zur Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten von Personen bilden im Ganzen das Privatrecht. Die Anwendung des Privatrechts ist unabhängig von der Anwendung des öffentlichen Rechts”. Więcej interpretacyjnej inwencji wykazuje autor przekładu francuskiego: „Le droit privé est l'ensemble des règles de l'ordre juridique qui régissent les rapports entre les personnes physiques ou morales. On oppose le droit privé au droit public”; taki wolny przekład jest chyba dobrym „opowiedzeniem” treści przepisu, które umiejętnie omija doktrynalne i praktyczne rafy. Inną interpretację zdania drugiego proponuje autor przekładu rosyjskiego: „Primeneniye norm častnogo prava ne zavisit ot primeneniya norm publičnogo prava”.

⁴⁰ Kodyfikator unika tego także w § 2 ust. 3 *in principio*, używając wyrażenia *výklad a použití právního předpisu*, co w danym kontekście w istocie oznacza wykładnię i stosowanie prawa.

deksu Napoleona: „L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales”⁴¹, w którym ewidentnie chodzi o wykonywanie podmiotowych praw cywilnych, nie zaś o stosowanie prawa cywilnego w znaczeniu przedmiotowym. Wskazują na to obaj autorzy, których zdaniem przez urzeczywistnianie (*uplatňování*) prawa prywatnego należy na gruncie komentowanego przepisu rozumieć zarówno stosowanie prawa w znaczeniu przedmiotowym, jak i wykonywanie praw podmiotowych (s. 41). Jeśli tak, to za sprawą kodyfikatora mamy do czynienia z pojęciowym i treściowym zamętem: o ile w pierwszym zdaniu jasne jest przynajmniej to, że chodzi tu o przedmiotowe prawo prywatne, chociaż nie bardzo wiadomo, czym są „unormowania porządku prawnego”, o tyle w drugim zdaniu chodzi już zarówno o prawo przedmiotowe, jak i prawo podmiotowe, nie tylko o stosowanie norm, ale i o wykonywanie uprawnień.

Autorzy starają się wydobyć z kłopotliwego zdania kodeksu spójny i „bezpieczny” w praktycznym użyciu sens⁴². Podsumowując swoje rozważania dotyczące drugiego zdania, konstatają: „Zasadę, że urzeczywistnianie prawa prywatnego jest niezależne od urzeczywistniania prawa publicznego, należy rozumieć następująco: 1) przesłanek stosowania prawa prywatnego należy zasadniczo poszukiwać w prawie prywatnym; 2) nie należy przyjmować mechanicznego (automatycznego) oddziaływania norm publicznoprawnych na regulację prywatnoprawną, lecz trzeba zawsze zważyć, czy mimo zasadniczo odmiennego ukierunkowania prawa publicznego względy celowościowe decydują o tym, że odpowiednia regulacja publicznoprawna rzutuje na stosunki prywatnoprawne. Prawo prywatne i prawo publiczne nie

⁴¹ W brzmieniu nadanym ustawą z dnia 26 VI 1889 r.

⁴² Tym różnią się od autorów opozycyjnego wobec kodyfikacji projektu szybkiej nowelizacji, wspomnianego w przyp. 15. Ci proponowali całkowite wykreślenie drugiego zdania, uzasadniając to tym, że „ustanawia regułę, która w tak ogólnej postaci nie odpowiada potrzebom praktyki prawa i rodzi nierozwiązywalne problemy”. Podkreślono, że podobnej reguły nie zawiera żaden z zagranicznych kodeksów cywilnych, na których przepis ten miał być wzorowany. Artykuł 7 kodeksu Napoleona jest tu tylko „pozornym wyjątkiem”, ponieważ odnosi się jedynie do ustaw politycznych i wiąże się z tym, że we Francji istniała i istnieje nadal kara pozbawienia praw publicznych, to jest prawa wybierania, bycia wybieranym i pełnienia funkcji publicznych. Wskazano na towarzyszące rozwojowi społecznemu „coraz silniejsze przenikanie się prawa prywatnego i publicznego”. Uznano, że krytykowane zdanie stanowi nieadekwatną reakcję ustawodawcy na wpływ, jakie wywierało prawo publiczne na ważność czynności cywilnoprawnych w minionym okresie. Wkrótce po tym „ataku” ukazał się artykuł uczonego uważanego za głównego twórcę kodeksu, w którym broni on sensu kwestionowanego zdania: K. E l i á š, *K justifikaci pravidla o nezávíslosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného*, „Právník” 2014, č. 11, s. 1007–1033. Oba teksty opublikowano już po wydaniu pierwszego tomu komentarza.

są oddzielnymi od siebie światami, lecz są dwiema odrębnymi dziedzinami tego samego porządku prawnego. O tym, czy jedna dziedzina będzie oddziaływać na drugą i w jakim stopniu, decyduje zasadniczo sens i cel odnośnych norm”. Jednocześnie komentatorzy przypominają fragment uzasadnienia, w którym zawarto sugestię, że do uzależnienia urzeczywistnienia prawa prywatnego od prawa publicznego potrzebny jest wyraźny przepis ustawy, a w każdym razie bez takiej wyraźnej dyspozycji „nie można wiązać z powstaniem roszczenia publicznoprawnego powstania prywatnego uprawnienia” i że „jeżeli ustawa nie stanowi wyraźnie inaczej, z naruszeniem prawa publicznego można wiązać jedynie sankcje publicznoprawne, a nie prywatnoprawne”. Pośrednio polemizując z takim ujęciem, stwierdzają, że dla „wymagania wyraźnej regulacji” nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, i to także na gruncie oceny ważności czynności prawnych⁴³ (s. 43–44).

Krytyczny czytelnik niepodlegający samoograniczeniom przyjętym przez komentatorów ma prawo sądzić, że dwa pierwsze zdania kodeksu są niezbyt udaną próbą zwięzłego zapisania w ustawie zbyt wielu myśli, w tym takich, których formułowanie, rozwijanie i weryfikowanie można było spokojnie pozostawić nauce prawa, po części także orzecznictwu. Nie wydaje się też, by dziennik ustaw był właściwym miejscem do zatknięcia sztandaru zwycięstwa nad socjalistyczną doktryną negującą dualizm porządku prawnego⁴⁴. Warto przypomnieć, że § 1 ABGB zawierał tylko jedno i zgoła jaśniejsze

⁴³ Por. § 580 ust. 1 kodeksu: „Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z dobrymi obyczajami, a także czynność prawna niezgodna z ustawą, jeżeli wymaga tego sens i cel ustawy”. (Dodajmy, że kodeks bardzo oszczędnie operuje sankcją nieważności — ogranicza przesłanki nieważności, różnicuje przypadki jej uwzględniania z urzędu albo tylko w wyniku zarzutu i w § 574 podnosi do rangi ustawowej maksymę *potius valeat actus quam pereat*: „Czynność prawną uważa się raczej za ważną niż za nieważną”). Ponieważ w komentarzu do § 1 jest odesłanie do § 580 ust. 1, czytelnik mógłby oczekiwać, że w tomie III znajdzie pogłębioną analizę stosunku tegoż przepisu do drugiego zdania w § 1 ust. 1. Niestety autorzy opracowania § 580 (F. Melzer, Lucie Piechowiczová, t. III, s. 719–74) do problemu już nie wracają, a do § 1 nawiązują jedynie w zakresie, w jakim w ust. 2 tego paragrafu jest mowa o porządku publicznym („Jeżeli ustawa tego wyraźnie nie zabrania, osoby mogą układać swoje prawa i obowiązki inaczej, niż przewiduje ustawa; nie wolno przy tym naruszać dobrych obyczajów, porządku publicznego ani przepisów dotyczących statusu osób, w tym prawa do ochrony osobowości”).

⁴⁴ „W literaturze prawniczej państw socjalistycznych niemal jednomyślnie odrzuca się podział na prawo publiczne i prywatne w oparciu o stanowisko Marksa, który źródło tego dualizmu upatrywał w egoizmie kapitalistycznych stosunków społecznych, których dyrektywą jest zysk, oraz w oparciu o znaną wypowiedź Lenina: »Nie ma dla nas nic prywatnego, wszystko jest dla nas rzeczą publicznoprawną, a nie prywatną«. [...] Można by jednak dorzucić jeszcze inne argumenty przeciw podziałowi na prawo publiczne i prywatne...” — S. Ehrlich, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1971, s. 136–137.

zdanie: „Ogół ustaw, które określają prywatne prawa i obowiązki mieszkańców państwa między sobą, tworzy prawo cywilne w tem państwie”⁴⁵. Potrzeby zamieszczenia w kodeksie cywilnym odpowiednika tego przepisu nie widzieli autorzy czechosłowackiego projektu kodeksu z 1937 r.⁴⁶

Sceptycyzm wobec dokonania kodyfikatora w powyższym zakresie nie może przenosić się na ocenę dzieła komentatorów. W ich rozważaniach dotyczących § 1 ust. 1 znajdujemy ponadto solidny przegląd różnych „teorii” negujących dualizm porządku prawnego, a także „teorii” przeciwnych, wskazujących kryteria rozróżnienia prawa prywatnego i publicznego, oraz ocenę ich praktycznej przydatności. Problematyka jest tak rozległa, że można by jej poświęcić osobny artykuł. Tutaj ograniczam się tylko do sugestii, by autorzy, opierający się na pokażnej i wartościowej literaturze czesko- i niemieckojęzycznej, pomyśleli w przyszłym wydaniu o nawiązaniu także do polskiej myśli prawniczej, co czynią w niektórych innych miejscach komentarza.

Do zakresów regulacji prawnej, w których dualizm porządku prawnego ma praktyczną doniosłość, obaj autorzy zaliczają sferę działania praw podstawowych. Te w pierwszej kolejności dotyczą prawa publicznego i działają „jednokierunkowo”, chroniąc jednostkę wobec władzy publicznej. Melzer i Tégl są zwolennikami poglądu, że w prawie prywatnym podstawowe prawa i wolności „działają w szczególny sposób pośredni, co bywa określane jako pośrednia horyzontalna skuteczność praw podstawowych”. Posuwają się nawet do otwartej polemiki z uzasadnieniem, któremu zarzucają niesłuszne dopuszczenie horyzontalnej bezpośredniej skuteczności; ich zdaniem nieuchronnie oznaczałoby to na przykład wprowadzenie obowiązku niedyskryminacji do wszystkich stosunków prywatnoprawnych, a przecież „taki obowiązek pojawia się tutaj tylko wyjątkowo”, zaś „jego powszechne urzeczywistnienie mogłoby prowadzić do podważenia autonomii woli, a tym samym prawa prywatnego jako takiego” (s. 40). W tym kontekście wręcz narzuca się pominięte w komentarzu pytanie: jak ma się kategoria praw podstawowych do dualizmu porządku prawnego — jest kategorią prawa publicznego czy może stoi „poza” bądź „ponad” dwójpodziałem? Koncepcja pośredniej horyzontalnej skuteczności (*mittelbare Drittwirkung*) wydaje się bardziej spójna z uznaniem praw podstawowych za kategorię prawa publicznego.

Czy obowiązuje reguła analogiczna do reguły „urzeczywistnianie prawa prywatnego jest niezależne od urzeczywistniania prawa publicznego”, ale

⁴⁵ Przekład: S. Wróblewski, *Powszechny austriacki kodeks cywilny z uzupełniającymi ustawami i rozporządzeniami objaśniony orzeczeniami Sądu Najwyższego*, cz. pierwsza, Kraków 1914, s. 5.

⁴⁶ Pełny tekst: http://www.psp.cz/eknih/1935ns/ps/tisky/t0844_01.htm [podgląd 24 I 2017].

à rebours? Odpowiedź obu autorów jest *implicite* przecząca. Ich zdaniem status kodeksu jako podstawowego aktu normatywnego w sferze prawa prywatnego (§ 9 ust. 2) nie wyklucza jego stosowania także do stosunków publicznoprawnych, choć „w zasadzie tylko w drodze analogii”. Wskazują, że podobna myśl jest obecna w orzecnictwie czeskiego Najwyższego Sądu Administracyjnego, który jednak odwołuje się nie do analogii, lecz do „teorii prawa publicznego jako prawa szczególnego względem »ogólnego« prawa cywilnego”⁴⁷, uzasadniającej posiłkowe korzystanie — jeżeli nie ma racjonalnych przeciwwskazań — z norm prawa prywatnego w stosunkach publicznoprawnych w zakresie, w jakim brakuje regulacji publicznoprawnej lub jest ona niekompletna (s. 39–40).

Warto dodać, że przykładem posiłkowego użycia konstrukcji cywilnoprawnej w sferze prawa publicznego jest unormowanie ograniczenia zdolności do czynności prawnych „w zakresie wykonywania prawa wyborczego”⁴⁸ i „w zakresie wykonywania prawa głosowania w referendum”, ustanowione już po ukazaniu się pierwszego tomu komentarza⁴⁹. W praktyce sądowej i teorii pojawiły się wątpliwości co do przesłanek i trybu orzekania w takich sprawach, w szczególności co do możliwości stosowania w tym zakresie przepisów kodeksu, które na mocy wyraźnej dyspozycji ustawodawcy (§ 55 ust. 1) mają służyć ochronie interesów danej osoby⁵⁰. Dopiero całkiem niedawno czeski Sąd Najwyższy wyjaśnił *in abstracto*, że o indywidualnym ogranicze-

⁴⁷ Do teorii tej pośrednio odwołuje się uzasadnienie propozycji skreślenia drugiego zdania w § 1 ust. 1, o której mowa w przyp. 42. W teorii tej chodzi jednak o stosowanie prawa cywilnego do stosunków publicznoprawnych, a nie na odwrót.

⁴⁸ Inaczej niż u nas, w czeskim porządku prawnym konstytucyjne orzeczenie w przedmiocie zdolności do czynności prawnych (odpowiednik polskiego orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu) traktuje się jako przeszkodę do wykonywania czynnego i biernego prawa wyborczego, a nie zdarzenie rzutujące na byt tego prawa jako takiego.

⁴⁹ W stanie przedkodeksowym tylko ubezwłasnowolnienie całkowite (w terminologii ówczesnego ustawodawstwa: pozbawienie zdolności do czynności prawnych) stanowiło przeszkodę do wykonywania czynnego i biernego prawa wyborczego oraz prawa głosowania w referendum, przy czym orzeczenie sądu pozbawiające zdolności do czynności cywilnoprawnych wywierało *ex lege* odpowiedni skutek w sferze prawa publicznego. Nowy kodeks zrywa z konstrukcją ubezwłasnowolnienia całkowitego i realizuje koncepcję ograniczenia zdolności do czynności prawnych w zakresie indywidualnie określonym orzeczeniem sądu. Ustawodawca starał się dostosować do tej zmiany odnośne przepisy ustaw wyborczych i referendalnych nowelą z dnia 20 III 2014 r.: zákon č. 58/2014 Sb., kterým se mění zákon č. 62/2003 Sb., o volbách do Evropského parlamentu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony. Znowelizowane przepisy w nie dość jasny sposób odsyłają do § 55–65 kodeksu.

⁵⁰ Por. J. K u d r n a, *K otázce (ne)možnosti omezit svépravnost k výkonu volebního práva*, „Právní rozhledy” 2017, č. 1, s. 18–22.

niu zdolności do czynności prawnych w zakresie wykonywania prawa wyborczego orzeka sąd powszechny w trybie przewidzianym dla orzekania o ograniczeniu zdolności do czynności cywilnoprawnych; ograniczenie w zakresie wykonywania prawa wyborczego musi być wyraźnie ujęte w sentencji orzeczenia i należycie uzasadnione⁵¹.

7.2. Nie mniej kłopotliwą normę statuuje § 13: „Każdy, kto dochodzi ochrony prawnej, ma prawo oczekiwać, że jego przypadek prawny zostanie rozstrzygnięty podobnie jak inny już rozstrzygnięty przypadek prawny, który w swych istotnych znamionach odpowiada jego przypadkowi; jeżeli dany przypadek prawny rozstrzygnięto inaczej, każdy, kto dochodzi ochrony prawnej, ma prawo otrzymać przekonujące wyjaśnienie powodów tej rozbieżności”. Unormowanie to nie miało odpowiednika w przedkodeksowym ustawodawstwie. Budzi wiele wątpliwości, które moim zdaniem uzasadniają pytanie o sens wprowadzenia przepisu o tej treści do ustawodawstwa w ogólności, a do kodeksu cywilnego (a nie na przykład do ustawy o procedurze cywilnej) w szczególności. Trudno oprzeć się myśli, iż mamy do czynienia z ilustracją tezy, że lekarstwo bywa gorsze od choroby — i komentarz opracowany przez obu autorów (t. I, s. 226–241), być może wbrew ich intencji, raczej utwierdza w tej myśli.

⁵¹ Uchwała (*stanovisko*) Izby Cywilnej i Handlowej SN z 15 II 2017 r., Cpnj 23/2016, ze zdaniem odrębnym sędziego Roberta Waltra; źródło: http://www.nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/IC9E8AD9ABF63AD0C12580C9001FC91E?openDocument&Highlight=0 [podgląd 16 III 2017]. Chociaż wykonanie prawa wyborczego nie jest czynnością cywilnoprawną, w ustawowym pojęciu „ograniczenie zdolności do czynności prawnych w zakresie wykonywania prawa wyborczego” wyraża się integralny związek odnośnych unormowań publicznoprawnych z cywilnoprawną instytucją ograniczenia zdolności do czynności prawnych; w typowej sytuacji sąd orzeka o niemożności wykonywania prawa wyborczego w tym samym trybie, którym ogranicza — w indywidualnie określonym zakresie — zdolność danej osoby do czynności cywilnoprawnych (por. ust. 29 i 69 uzasadnienia). Nie uchybia to kodeksowej zasadzie niezależności urzeczywistniania prawa prywatnego od urzeczywistniania prawa publicznego: „nie tylko nie dochodzi do ograniczenia prawa prywatnego, lecz przeciwnie — znajduje ono posiłkowe zastosowanie w innej dziedzinie prawa” (ust. 64). Nie kwestionując tego, autor zdania odrębnego zwraca uwagę m.in. na różnicę między celem regulacji przedkodeksowej a celem unormowania w nowym kodeksie: na gruncie tej pierwszej pozbawienie lub ograniczenie zdolności do czynności prawnych miało służyć także ochronie społeczeństwa, natomiast obecne unormowanie ma na celu wyłącznie ochronę danej osoby, nie sposób zaś przyjmować, że wykonanie prawa wyborczego przez osobę, której niepełnosprawność uzasadnia ograniczenie jej zdolności do czynności cywilnoprawnych, może naruszyć jakikolwiek interes tej osoby. „O tym, że osoby niepełnosprawne nie zagrażają sobie ani nikomu innemu przez wykonanie prawa wyborczego, można się przekonać w krajach, w których prawo to nie podlega żadnym ograniczeniom (Wielka Brytania, Holandia, Austria, Szwecja, Finlandia, Włochy), a osoby upośledzone umyślowo pełnią nawet funkcje z wyboru”.

Przepis ten zdaje się mieć aspekt publicznoprawny, skoro ustanawia prawo jednostki wobec organów orzeczniczych; nawet jego stylizacja: „każdy ma prawo...” przypomina sformułowania przepisów o prawach podstawowych. W tym względzie można go chyba traktować jako konkretyzację konstytucyjnej zasady równości. Zresztą uzasadnienie nawiązuje do orzeczeń najwyższych organów sądowych, w tym Sądu Konstytucyjnego, wymierzonych w „arbitralność orzeczniczą”. Na ten aspekt nakładają się zgoła inne zagadnienia, o charakterze ustrojowym, eksponowane w uzasadnieniu i komentarzu obu autorów: paradygmat prawa pisanego, nieuznawanie rozstrzygnięcia jednostkowego przypadku przez sąd powszechny za precedens w rozumieniu źródła prawa, postulat jednolitości orzecznictwa, ale zarazem dopuszczenie jego ewolucji.

Wydaje się, że najważniejszym zagadnieniem w wykładni § 13 jest określenie treści i granic prawa jednostki. W tym zakresie uzasadnienie zajmuje raczej minimalistyczne stanowisko: „[...] nie proponuje się ustanowienia prawa podmiotu prywatnego do rozstrzygnięcia jego przypadku prawnego w taki sam sposób, jak wcześniej rozstrzygnięto przypadki prawne, które w swoich istotnych znamionach odpowiadają temu przypadkowi, ale [tylko] jego prawo do uzyskania należytego uzasadnienia, jeżeli jego przypadek zostanie rozstrzygnięty odmiennie. Intencją projektu nie jest więc zapobieżenie faktycznym zmianom prawa pisanego poprzez jego stosowanie. Każde prawo zmienia się w swoim rozwoju historycznym, i to także wtedy, gdy formalnie brzmienie ustawy nie ulega zmianie” (s. 226).

Komentatorzy starają się osadzić omawiane unormowanie w szerokim kontekście problematyki stosowania prawa, ze szczególnym uwzględnieniem stabilności *versus* zmienności orzecznictwa oraz zakresu i sposobu związania sądu wcześniejszymi orzeczeniami. Stawiają pytanie, na ile zasada *iura novit curia* odnosi się także do znajomości orzecznictwa, i stwierdzają, że nie sposób wymagać od sądów pełnej znajomości dotychczasowej judykatury, natomiast trzeba przyjmować, że sędzia musi znać orzecznictwo, które zostało opublikowane w powszechnie przyjęty sposób (s. 236). Przychylają się do koncepcji tak zwanego posiłkowego związania judykaturą, według której wcześniejsze orzeczenia i ich *rationes decidendi* wiążą o tyle, o ile nie można na podstawie relewantnych argumentów przyjąć w danym przypadku rozwiązania lepiej odpowiadającego obowiązującemu porządkowi prawnemu (s. 235). Sygnalizują też przydatność wypracowanych na gruncie *common law* metod *distinguishing* i *overruling* (s. 236).

Czytelnik nie otrzymuje odpowiedzi na następujące pytania: Czy sąd powinien realizować prawo strony do uzyskania przekonującego uzasadnienia rozbieżności z urzędu, czy też nie ma takiego obowiązku, jeśli nie wno-

si o to strona? Jakie są procesowe konsekwencje uchybienia temu prawu? Czy prawo to implikuje instrumentalnie z nim skorelowane prawo strony do poznania wcześniejszych rozstrzygnięć podobnych przypadków i ich uzasadnień (łącznie z prawem wglądu do akt sądowych, i to także w sprawach rozpoznanych z wyłączeniem jawności)? Czy obowiązek odnoszenia się do zastanej judykatury dotyczy tylko judykatury sądów wyższego i tego samego szczebla, czy również judykatury sądów niższych szczebli?

7.3. W tytule IV księgi ogólnej kodeksu — „Rzeczy i ich podział”⁵² jest kilka przepisów mających odpowiedniki w ABGB. W komentarzu szukałem uzasadnienia powrotu do dawnych konstrukcji i oświetlenia związanych z tym trudności. Poprzestaśmy tutaj na kilku przepisach. Zgodnie z § 489 „Rzeczą w rozumieniu prawnym [...] jest wszystko, co jest odrębne od osoby i służy pożytkowi ludzi”. Z uzasadnienia dowiadujemy się, że czechosłowacki projekt kodeksu cywilnego z 1937 r. utrzymywał tak szerokie pojęcie rzeczy, zresztą zbieżne z pojęciem rzeczy w niektórych nowszych kodyfikacjach, ale przecież cytowany przepis jest dokładną repliką § 285 ABGB. Czeski kodyfikator chce zerwać „z materialistycznym i pozytywistycznym stanowiskiem z drugiej połowy XIX wieku, które u nas wprowadzono w 1950 r. pod wpływem prawa niemieckiego, a zwłaszcza radzieckiego i które zachowało się do dzisiaj”. Za powrotem do bardzo szerokiego pojęcia rzeczy mają przemawiać w szczególności koncepcja własności intelektualnej, dematerializacja papierów wartościowych, charakter niektórych instrumentów inwestycyjnych, a przede wszystkim — szerokie rozumienie przedmiotu ochrony własności w porządku konstytucyjnym i międzynarodowym (t. III, s. 195).

Logicznym dopełnieniem szerokiego rozumienia rzeczy jest treść § 496: „Rzeczy materialne i niematerialne. (1) Rzeczą materialną jest poddająca się władzy człowieka część świata zewnętrznego, która ma charakter samodzielnego przedmiotu. (2) Rzeczami niematerialnymi są prawa, jeżeli pozwala na to ich charakter, oraz inne rzeczy niemające materialnej istoty” (por. § 292 ABGB). Zgodnie z § 497 do poddających się władzy człowieka sił przyrody, które są przedmiotem obrotu, stosuje się odpowiednio przepisy o rzeczach materialnych. Z kolei w świetle § 498 ust. 2 rzeczy niematerialne są *ex lege* rzeczami ruchomymi (por. § 298 ABGB).

Powtórzenie treści § 302 ABGB, w nieco innej (niekoniecznie lepszej) redakcji, znajdujemy w § 501 komentowanego kodeksu: „Rzecz zbiorowa. Zbiór poszczególnych rzeczy należących do tej samej osoby, który jest

⁵² Treść tytułu jest bogatsza, niż sugeruje jego nazwa, ponieważ zawiera także definicje majątku i mienia oraz przedsiębiorstwa i jego oddziału.

traktowany jak jeden przedmiot i jako taki ma wspólną nazwę, uważa się za całość stanowiącą rzecz zbiorową”. Ciekawe, że po upadku komunizmu czecosłowacki ustawodawca „przemycił” pojęcie rzeczy zbiorowej w definicji przedsiębiorstwa zawartej w kodeksie handlowym z 1991 r.⁵³ W nowym kodeksie cywilnym paragraf definiujący rzecz zbiorową jest umieszczony przed § 502, definiującym przedsiębiorstwo⁵⁴. Definicja tego drugiego już nie nawiązuje *explicite* do rzeczy zbiorowej i nie ma wątpliwości, że rzeczy zbiorowe istnieją także poza przedsiębiorstwami.

Z komentarzy dotyczących powyższych unormowań na szczególną uwagę zasługuje opracowanie poświęcone § 489 (P. Tégl, t. III, s. 195–207). Dzięki wyważonemu podejściu oraz znajomości cywilistyki czeskiej, austriackiej, niemieckiej i polskiej autor dobrze wywiązał się z niełatwego zadania określenia dogmatycznych implikacji powrotu do szerokiego rozumienia rzeczy. Pisze o możliwości szerszego albo węższego rozumienia rzeczy w prawie cywilnym oraz zaletach i wadach wchodzących w grę rozwiązań,

⁵³ Por. przyp. 30. Przepis § 5 ust. 2 k.h. stanowił: „Przedsiębiorstwo jest rzeczą zbiorową. Do jego stosunków prawnych stosuje się przepisy o rzeczach w rozumieniu prawnym. Nie uchybia to przepisom szczególnym dotyczącym nieruchomości, przedmiotów własności przemysłowej i innej własności intelektualnej, pojazdów mechanicznych itp., jeżeli wchodzą w skład przedsiębiorstwa”.

⁵⁴ Nowy kodeks rezygnuje z rzeczownika *podnik* (przedsiębiorstwo) i posługuje się rzeczownikiem *závod*, który może odnosić się do różnorodnej działalności wytwórczej lub usługowej, w tym rolniczej (podobnie jak niem. *Betrieb*). Ten sam rzeczownik występuje w nazwie nowej instytucji przedsiębiorstwa rodzinnego: *rodinný závod*. Z uzasadnienia wynika, że rezygnując z terminu *podnik*, uwzględniono unijną tendencję do eksponowania podmiotowo rozumianego „przedsiębiorcy” i unikania nazwy „przedsiębiorstwo”. W celu podkreślenia nawiązania, mimo definicyjnych modyfikacji, do stanu przedkodeksowego, w którym „przedsiębiorstwo” (*podnik* bez przymiotników) było zdefiniowane w kodeksie handlowym (por. przyp. 30), w nowym kodeksie cywilnym dodano przymiotnik „handlowy”: *obchodni závod*, definiując w § 502 tę nową nazwę jako „zorganizowany zespół aktywów i pasywów [w oryginale: *jmění* — por. § 495] utworzony przez przedsiębiorcę i zgodnie z jego wolą służący prowadzeniu jego działalności”. W drugim zdaniu tego samego paragrafu kodeks stanowi: „Domniemywa się, że przedsiębiorstwo [*závod*] tworzy wszystko, co normalnie służy do jego prowadzenia”. Nie przywiązując zasadniczego znaczenia do powyższej terminologicznej innowacji kodyfikatora, używam rzeczownika „przedsiębiorstwo” zarówno w nazwie „przedsiębiorstwo handlowe”, jak i w nazwie „przedsiębiorstwo rodzinne”. Z komentarza (t. IV/1, s. 225–226) wynika zresztą, że zakres tej drugiej mieści się w zakresie pierwszej. Notabene omawiany kodeks, w odróżnieniu od swojego polskiego odpowiednika, nie wprowadza odrębnego pojęcia gospodarstwa rolnego, a w konsekwencji przedsiębiorstwa rolne, bez względu na formę własności, mieszczą się w kodeksowym pojęciu przedsiębiorstwa handlowego. Kodeks zawiera przy tym tylko jedną regulację dotyczącą specyficznie przedsiębiorstw rolnych — w § 1125 ust. 1 (prawo pierwokupu przysługujące współwłaścicielowi).

o pozytywnej i negatywnych definicjach rzeczy⁵⁵, różnych kategoriach rzeczy, charakterze komentowanego przepisu jako definicji legalnej, a także o szczegółowych trudnościach wynikających z szerokiego określenia rzeczy, które wiążą się rozróżnieniem rzeczy jako przedmiotu prawa własności i rzeczy jako składnika mienia, bezwzględną ochroną praw względnych, rozporządzaniem rzeczą, posiadaniem i zasiedzeniem oraz przedawnieniem. W jego ocenie szerokie określenie rzeczy „niesie z sobą ryzyko odwrotne do tego, które wiąże się z wąskim określeniem rzeczy: mianowicie dalece nie wszystkie ogólne, w zasadzie nieróżnicujące poszczególnych rodzajów rzeczy reguły dotyczące praw majątkowych można w pełnym zakresie stosować do wszystkich rodzajów rzeczy. Dotyczy to zwłaszcza regulacji praw rzeczowych. W konsekwencji odnośnienie wielu reguł dotyczących praw rzeczowych do niektórych rodzajów rzeczy jest wykluczone — już to na mocy unormowań szczególnych, już to wprost *ex natura rerum*” (s. 198).

7.4. Jasne i zajmujące jest opracowanie poświęcone nowej instytucji przedsiębiorstwa rodzinnego (*rodinný závod*, dalej: PR)⁵⁶, którego autorem jest M. Holub (t. IV/1, s. 219–258). Instytucja ta, ujęta w ośmiu paragrafach (§ 700–707) wtłoczonych do działu „Prawa i obowiązki małżonków”⁵⁷, jest wzorowana na instytucji *impresa familiare*, która jest unormowana w art. 230bis k.c. wł., dodanym w 1975 r. i złożonym z sześciu ustępów. Komentator zaczyna od przytoczenia włoskiego unormowania *in extenso*, wyjaśnienia, że tamtejszemu ustawodawcy przyświecał cel równouprawnienia płci w sytuacji pracy żony w przedsiębiorstwie należącym do męża (dotychczas traktowanej jako świadczenie *affectionis vel benevolentiae causa*), oraz zwięzłego przedstawienia problemów interpretacyjnych, jakie pojawiły się na tle kodeksu włoskiego. W wyniku analizy regulacji czeskiej charakteryzuje PR jako „kompleks obligacyjnych praw i obowiązków powstających między bliskimi członkami rodziny, którzy poprzez stałą pracę uczestniczą w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa”, a racji omawianej instytucji upatruje w tym, „by w razie braku innej, umownej regulacji zapewnić poszczególnym członkom rodziny prawną ochronę ich pracy i nie dopuścić do bezpodstawnego wzbogacenia po stronie tego członka rodziny, do którego należy przedsiębiorstwo” (s. 232). Ustawowa instytucja ma charakter subsydiarny — nie znajduje zastosowania, jeżeli strony uregulowały wzajemne prawa i obowiązki w formie spółki cywilnej, spółki handlowej lub

⁵⁵ Chodzi o konfrontację komentowanego paragrafu z paragrafami dotyczącymi szczególnego traktowania ciała ludzkiego i jego części oraz zwierząt.

⁵⁶ Co do terminologii por. przyp. 54.

⁵⁷ Por. przyp. 34.

spółdzielni⁵⁸, spółki cichej⁵⁹, stosunku pracy lub podobnego stosunku umownego; w razie zbiegu unormowań dotyczących PR i małżeńskiego ustroju majątkowego⁶⁰ stosuje się te drugie (§ 700 ust. 2).

Włączając instytucję PR do prawa małżeńskiego, czeski kodyfikator zdaje się uzależniać zakwalifikowanie określonego przedsiębiorstwa handlowego (w rozumieniu wspomnianego wyżej § 502) jako „rodzinnego” od istnienia związku małżeńskiego, zawsze chodzi bowiem o „przedsiębiorstwo, w którym pracują wspólnie małżonkowie albo co najmniej z jednym z małżonków ich krewni do trzeciego stopnia lub powinowaci do drugiego stopnia i które stanowi własność którejś z tych osób”; na równi z pracą w przedsiębiorstwie traktuje się „pracę dla rodziny”⁶¹ (§ 700 ust. 1). Uzasadnienie nie wyjaśnia racji takiego oparcia PR na instytucji małżeństwa, a racja ta bynajmniej nie jest oczywista. Komentator dostrzega ten problem i stawia pytanie, czy można uznać, pod pewnymi warunkami, za PR także „przedsiębiorstwo niemające”. Chociaż wykładnia językowa i wykładnia oparta na systematyce kodeksu skłaniałyby ku odpowiedzi przeczącej, M. Holub udziela jednak odpowiedzi twierdzącej w oparciu o argumenty wykładni celowościowej wsparte zakazem dyskryminacji. Zauważa, że może chodzić w szczególności o niepozostawanie żadnego z krewnych związanych z przedsiębiorstwem w związku małżeńskim (na przykład dziadek, ojciec i syn — wszyscy aktualnie w stanie wolnym), a także o kontynuowanie gospodarczej współpracy małżonków po rozwodzie (s. 228)⁶².

Z innych zagadnień objaśnianych przez komentatora wystarczy już tylko wspomnieć: uprawnienia z tytułu zysków i pożytków przedsiębiorstwa, odpowiedzialność za długi związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i obowiązek pokrywania jego strat, współdecydowanie o sprawach przedsiębiorstwa, *sui generis* przeniesienie „uczestnictwa”⁶³ na osobę należącą do

⁵⁸ Por. przyp. 30.

⁵⁹ Umowie spółki cichej, która przed 1 I 2014 r. była unormowana w kodeksie handlowym z 1991 r., poświęcony jest osobny dział w księdze czwartej kodeksu cywilnego (§ 2747–2755).

⁶⁰ Przepisy o PR nie są częścią regulacji małżeńskich ustrojów majątkowych. Por. przyp. 34.

⁶¹ Z uzasadnienia wynika, że chodzi w szczególności o troskę o gospodarstwo domowe. Zrównanie aktywności w przedsiębiorstwie i gospodarstwie domowym ma być wyrazem „zasady, że osobista troska o rodzinę i jej członków ma takie samo znaczenie jak świadczenia majątkowe” (s. 224).

⁶² Autor nie odnosi się do problemu zarejestrowanych partnerów tej samej płci. Por. § 3020, o którym będzie mowa niżej.

⁶³ Kodyfikator najwyraźniej świadomie nie używa tutaj wyrazu *podíl* (udział) jak w przypadku współwłasności czy spółki handlowej, gdzie udziały współwłaścicieli i współników

ustawowego kręgu za zgodą pozostałych „uczestników”, prawo pierwszeństwa „uczestnika” w razie działu spadku obejmującego przedsiębiorstwo i jego prawo pierwokupu w razie zbycia przedsiębiorstwa lub udziału w nim albo składnika majątku przedsiębiorstwa.

W związku z inspirującą lekturą tej części komentarza nasuwa się refleksja, że omawiana instytucja, wzorowana na regulacji przyjętej przed 40 laty w kraju, w którym problemem był tradycyjny, patriarchalno-rodzinny sposób gospodarowania w rolnictwie, drobnej wytwórczości i usługach, często z udziałem kilku pokoleń, nie jest adekwatna do dzisiejszych zróżnicowanych problemów nowoczesnego społeczeństwa. Z prawnego punktu widzenia wspólnym mianownikiem tych problemów jest, moim zdaniem, to, że osoby dorosłe zaangażowane w trwale wspólnoty oparte na więzi rodzinnej, intymnej lub przyjacielskiej i na wynikającym z takiej więzi zaufaniu nie poddają wzajemnych stosunków regułom umownym, a przy tym nie ma dostosowanej do specyfiki takich wspólnot regulacji ustawowej. Mam na myśli wspólnoty osób wspierających się w działalności zarobkowej lub życiu osobistym, zwłaszcza prowadzących wspólne gospodarstwo domowe. Jak wiadomo, praktyczne trudności prawne powstają z reguły wtedy, gdy osobiste więzi lub wzajemne zaufanie zanikły i strony myślą o wyjściu z przykrew sytuacji bez majątkowego uszczerbku; sięganie do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu jest wówczas kłopotliwe. Ustanowienie subsydiarnej regulacji ustawowej dla takich wspólnot wydaje się godne rozważenia, ale chyba najmniej potrzebują jej związki małżeńskie, dlatego potraktowanie instytucji PR jako części prawa małżeńskiego budzi wręcz zdziwienie. Miejsce podobnej instytucji widziałbym w prawie zobowiązań. W jej zasięgu byłyby także pary małżeńskie przy zastrzeżeniu, że normy składające się na tę instytucję stosuje się tylko o tyle, o ile nic innego nie wynika z prawa małżeńskiego⁶⁴.

8. Z nieprzebranej masy zagadnień merytorycznych odnotujmy jeszcze sposób potraktowania problematyki mniejszości seksualnych. Treść komentarza potwierdza spostrzeżenie, że w czeskiej nauce prawa nie ma tak silnej polaryzacji stanowisk, jaka zaznaczyła się u nas, a przy tym większość tam-

są zbywalne, lecz osobliwego wyrazu *účastenství*, używanego na przykład do określenia statusu uczestnika postępowania cywilnego. Zdaniem komentatora chodzi tutaj o „quasi-statusową” sytuację bycia podmiotem praw i obowiązków określonych w ramach instytucji PR, przy czym sytuacja ta nie jest rzeczą w rozumieniu prawa (s. 242).

⁶⁴ W polskich warunkach taka instytucja *de lege ferenda* może się przyczynić do zmniejszenia presji na ustawodawcę, by ten „uświęcił” formy intymnego współżycia osób, które dzisiaj nie mogą zawrzeć małżeństwa według polskiego prawa, to znaczy by objął te formy regulami prawa małżeńskiego albo do nich podobnymi, co jest, mówiąc delikatnie, postulatem kontrowersyjnym ze społecznego i konstytucyjnego punktu widzenia.

tejszego środowiska prawniczego posuwa się w otwarciu na „progresywne” innowacje o krok dalej niż rodzimy ustawodawca. Ten, ustanowiwszy w 2006 r., w warunkach politycznych sporów i po przełamaniu prezydenckiego weta, raczej skromną regulację zarejestrowanego związku partnerskiego (dalej: ZZP) dla par jedнопłciowych⁶⁵, od tego czasu zwleka z dalszymi znaczącymi krokami⁶⁶. Wola utrzymania kompromisowych rozwiązań z 2006 r. znalazła wyraz w rezygnacji z włączenia regulacji ZZP do kodeksowego prawa rodzinnego (wbrew pierwotnym zamiarom członków komisji rekodyfikacyjnej) oraz w brzmieniu § 3020 kodeksu (umieszczonego wśród „przepisów wspólnych” ostatniej księgi), który stanowi: „Przepisy księgi pierwszej [część ogólna], trzeciej [prawa rzeczowe i prawo spadkowe] i czwartej [prawo zobowiązań] o małżeństwie oraz prawach i obowiązkach małżonków stosuje się odpowiednio do zarejestrowanego związku partnerskiego oraz praw i obowiązków partnerów”. *A contrario* do zarejestrowanych partnerów nie znajdują zastosowania nawet odpowiednio przepisy prawa małżeńskiego *sensu stricto* ani przepisy prawa adopcyjnego.

Tymczasem w kilku miejscach komentarza sygnalizuje się zastrzeżenia do tych elementów regulacji, które można uznać za relatywnie konserwatywne, a nawet zgłasza się ostrożne sugestie *de lege ferenda*. Na przykład komentator przepisu księgi pierwszej kodeksu normującego cywilnoprawne skutki zmiany płci (§ 29) uznaje za „problematiczną” decyzję rodzimego ustawodawcy, zgodnie z którą przez zmianę płci małżonka lub zarejestrowanego partnera *ex lege* ustaje dotychczasowy związek małżeński lub partnerski, upatrując w tym „kontrast z zaleceniem komisarza Rady Europy ds. praw człowieka” z 2009 r., a także z argumentacją niemieckiego sądu konstytucyjnego, który w 2008 r. zakwestionował ustawowe uzależnienie praw-

⁶⁵ Zákon č. 115/2006 sb., o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů.

⁶⁶ W jednym punkcie wyręczył go Sąd Konstytucyjny aktywistycznym wyrokiem zapadłym w 2016 r., uchylając, przy jednym zdaniu odrębnym kwestionującym zasadność tego kroku, przepis ustawy o ZZP traktujący pozostawanie w ZZP jako przeszkodę do indywidualnego przysposobienia, ale nie ingerując w treść § 800 omawianego kodeksu. O szczegółach i kontekście: B. Bańszkiwicz, *Zarejestrowany związek partnerski a przysposobienie. O wyroku Sądu Konstytucyjnego Republiki Czeskiej z 14 czerwca 2016 r.*, *Pl. ÚS 7/15*, KPP, R. XXV: 2016, z. 3, s. 691–707. W styczniu 2017 r. czekały na rozpatrzenie przez Izbę Poselską projekty przepisów, które miałyby umożliwić przysposobienie dziecka jednego z zarejestrowanych partnerów przez drugiego partnera oraz utrudnić, ze względu na dobro przysposobionego dziecka, rozwiązanie związku. Prawdopodobieństwo uchwalenia podobnych zmian przed jesiennymi wyborami parlamentarnymi ocenia się jako niewielkie, zwłaszcza że problematyka jest społecznie kontrowersyjna, a linie podziałów przebiegają nawet w poprzek partii politycznych.

nego uznania zmiany płci osoby pozostającej w związku małżeńskim od uprzedniego rozvodu (Adam Doleżał, t. I, s. 345–346). Autor niestety nie zdradza, czy jego zdaniem czeski kodyfikator uchybił jakiemuś obowiązкови prawnemu lub nakazowi rozumu, a jeśli tak — w jaki sposób miałby to naprawić. Zmiana płci jednej ze stron nie jest chyba zdarzeniem na tyle błahym, by nie mogła i nie powinna rzutować na byt małżeństwa, które według czeskiego prawa może być tylko związkiem osób płci odmiennej, albo na byt ZZP, które z kolei może być tylko związkiem osób tej samej płci. Zwłaszcza że przecież nikt nie broni tym samym osobom zawrzeć ponownego związku w formie prawnej dostosowanej do zmienionej sytuacji płciowej. Zasadność ustania *ex lege* dotychczasowego związku byłaby wątpliwa jedynie w przypadku, gdy obie strony zmieniają płeć jednocześnie, ale taka sytuacja leży chyba jeszcze poza horyzontem wyobraźni najbardziej nawet progresywnego prawodawcy naszych czasów⁶⁷.

W skądinąd udanej charakterystyce wstępnej prawa małżeńskiego majątkowego (wspomnianej wyżej) obaj autorzy nie omieszkują zatrzymać się także nad „Ustrojem majątkowym w zarejestrowanym związku partnerskim” (tytuł ostatniej części ich opracowania), by skonstatować, że w ustawie o ZZP w istocie nie uregulowano takiego ustroju, i przypomnieć o niezrealizowanym postulacie zrównania ZZP z małżeństwem pod względem „aspektów majątkowych” (t. IV/1, s. 269–270).

Zaraz po omówieniu przepisów tytułu I („Małżeństwo”) księgi drugiej kodeksu czytelnik komentarza otrzymuje wtręt niemający odpowiednika w przypadku innych materii — niezwiązane z żadnym paragrafem komentowanej księgi opracowanie „Alternatywne formy wspólnego życia i zarejestrowany związek partnerski w szerszym kontekście” (David Elischer, t. IV/1, s. 817–830). Choć wstępne objaśnienia są tu dalekie od precyzji, z tekstu wynika, że przez owe „alternatywne formy” autor rozumie różne rodzaje trwałego współżycia par niemałżeńskich, w tym heteroseksualne konkubinaty. Moim zdaniem nie ma uzasadnienia łączenie w prawniczym komentarzu problematyki nieformalnych związków, które w życiu funkcjonują bądź jako alternatywa związku małżeńskiego, bądź jako preludium do

⁶⁷ Trudno dopatrywać się antycypowania takiej sytuacji w sformułowaniu § 29 ust. 2 zdanie drugie: „Do obowiązków i praw mężczyzny i kobiety, których małżeństwo [wskutek zmiany płci] ustało, względem wspólnego dziecka oraz do ich obowiązków i praw majątkowych po ustaniu małżeństwa stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące małżonków rozwiedzionych; o zakresie pieczy każdego z rodziców nad dzieckiem sąd orzeka z urzędu”. Założenie, że po zmianie płci przez małżonka mamy nadal do czynienia „z mężczyzną i kobietą”, trzeba uznać za redakcyjne potknięcie, jeśli się nie zakłada jednoczesnej zmiany płci przez oboje małżonków.

jego zawarcia, z problematyką ZZZP dla par jednopłciowych. W zakresie, w jakim do związków nieformalnych, i to bez względu na płeć partnerów, znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego — notabene autor ich nie wskazuje, koncentrując się na luźnych uwagach socjologicznych i prawnoporównawczych — powinna być mowa o tych związkach w ramach komentowania odnośnych przepisów, a więc raczej nie przepisów prawa rodzinnego. Z kolei pozakodeksowa instytucja ZZZP wykazuje podobieństwa i różnice w stosunku do instytucji małżeństwa. Szczegółową charakterystykę tych podobieństw i różnic chętnie przeczytałbym w komentarzu do ustawy o ZZZP. Umieszczenie pobieżnego quasi-komentarza do tej ustawy, który nawet nie zawiera wykazu podstawowej literatury przedmiotu, w postaci swoistego „dodatku specjalnego” w środku komentarza do kodeksowego prawa rodzinnego — między tytułem „Małżeństwo” a tytułem „Pokrewieństwo i powinowactwo” — wydaje się zabiegiem sztucznym.

Nie rozumiem też, jakim celom służy zamieszczenie tutaj, na s. 823–824, tabelki (bez podania źródeł) pod tytułem „Zwięzły przegląd regulacji prawnej par jednopłciowych w Europie (stan z czerwca 2016 r.)”. Treść tabelki grzeszy uproszczeniami i plakatowością — ogranicza się do odpowiedzi „tak” albo „nie” na nieprecyzyjne pytania o to, czy w danym kraju europejskim para jednopłciowa: 1) może zawrzeć ZZZP; 2) może zawrzeć związek małżeński; 3) ma „nieograniczoną możliwość adopcji, nie tylko dziecka partnera”. Przy tak mglistych kryteriach okazuje się na przykład, że Republika Czeska i RFN we wszystkich trzech „konkurencjach” należą do tej samej ligi (tak, nie, nie), choć w rzeczywistości w Niemczech po zmianach dokonanych w ostatnich dziesięciu latach przez prawodawcę pozytywnego, a zwłaszcza przez sąd konstytucyjny w jego aktywistycznych judykatach można już bez większego wahania uznać ZZZP za „małżeństwo z etykietą zastępczą” i „kosmetycznym” brakiem w postaci niemożności (do czasu przyszłego orzeczenia sądu konstytucyjnego?) wspólnego przyspobienia *uno acto*, co zresztą można już teraz łatwo obejść drogą dwóch kolejnych adopcji. Tabela nie pozwala rozróżnić państw, w których obok małżeństwa dla par zarówno heteroseksualnych, jak i homoseksualnych albo tylko heteroseksualnych istnieją formy zinstytucjonalizowanego związku o bardziej luźnym charakterze dla par obu kategorii, oraz państw, w których rozgraniczenie małżeństwa i ZZZP opiera się na kryterium jedno- *versus* dwupłciowości. Ponadto można dostrzec błędy rzeczowe: wbrew tabelce w niektórych państwach (na przykład Danii) pary jednopłciowe od pewnego czasu już nie mają wyboru między ZZZP a małżeństwem, bo istnieje tylko „neutralne genderowo” małżeństwo; nie ma takiego wyboru także w Austrii, choć z innego powodu — tam (jeszcze?) nie otwarto instytucji małżeństwa dla takich par.

Należę do czytelników, którzy nowoczesne opracowania traktujące o podmiotowych aspektach przysposobienia biorą do ręki z obawą, że autor lub autorka może traktować adopcję bardziej jako instytucję służącą budowaniu dobrego mniemania potencjalnych przysposabiających o sobie i społeczeństwa o nich (z uwzględnieniem abstrakcyjnych „standardów”) niż dobru konkretnego dziecka zgodnie z maksymą *adoptio naturam imitatur*, wobec którego sezonowe ideologie powinny schodzić na daleki plan. *Prima facie* komentowany kodeks opiera się na zachowawczych założeniach i zawiera unormowania pozwalające na ten drugi („tradycyjny”) sposób podejścia. Zgodnie z § 800 ust. 1 zasadą jest wspólne przysposobienie przez oboje małżonków albo przysposobienie przez jednego z nich; „inna osoba”, tj. osoba niepozostająca w związku małżeńskim, może przysposobić tylko „wyjątkowo” i tylko sama. Jeżeli przysposabiającym jest tylko jeden z małżonków, sąd jest obowiązany ustalić, z jakiego powodu drugi małżonek nie uczestniczy w przysposobieniu (§ 827 ust. 2). W każdym wypadku sąd obowiązany jest ustalić, czy kandydat na przysposabiającego „daje ze względu na swoje cechy i sposób życia oraz powody i motywy skłaniające go do przysposobienia rękojmię, że będzie dla przysposobionego dziecka dobrym rodzicem” (§ 799 ust. 1). Skoro ustawodawca zakłada, że najlepszą podstawą do zapewnienia przysposobianemu warunków życia rodzinnego jest funkcjonujące małżeństwo i wymaga badania pod tym względem stosunków między małżonkami, a osobie niepozostającej w związku małżeńskim pozwala adoptować tylko w pojedynkę i tylko wyjątkowo, to w konsekwencji zaangażowanie takiej osoby w niemałżeński związek intymny z inną osobą lub także z innymi osobami — bez względu na to, czy chodzi o związki hetero-, homo- czy biseksualne, dwu- czy kilkuosobowe, nieformalne czy prawnie sformalizowane⁶⁸ — należałoby, moim zdaniem, traktować jako przeszkodę do przysposobienia⁶⁹.

⁶⁸ Oczekiwałbym krytycznego podejścia komentarza do zdawkowego i nieprecyzyjnego uzasadnienia § 800, które sugeruje, że „inna osoba” może „nie żyć sama”, ale nie może pozostawać „w żadnym prawnie uznanym związku” ze względu na przepis ustawy o ZZP (notabene później uchylony przez SK). Z punktu widzenia dobra dziecka istota problemu nie polega na tym, czy kandydat na przysposabiającego żyje w sformalizowanym, czy niesformalizowanym związku, tylko na tym, że jego zaangażowanie w pozamałżeński związek intymny każe zdecydowanie wątpić w spełnienie wymagania, że będzie dla dziecka dobrym rodzicem (konflikt ról i lojalności, który nie zachodzi w przypadku osoby samotnej). Warto zwrócić uwagę na ujęcie zagadnienia w publikacjach polskich, do których odsyłam w materiale przytoczonym w przyp. 66.

⁶⁹ Jeśli tak, to założenie przyjęte przez Sąd Konstytucyjny w wyroku wskazanym w przyp. 66, że uchylony przezeń § 13 ust. 2 ustawy o zarejestrowanym związku partnerskim stanowił dyskryminacyjny wyłom w implikacjach § 800 k.c., nie zaś wyraźne potwierdzenie

W skądinąd solidnych opracowaniach przepisów prawa adopcyjnego (kilka autorek, t. IV/2, s. 999 i n.) nie znajdują potwierdzenia powyższego rozumowania, choć wiele myśli jest tutaj słusznych, na przykład podkreślenie, że jako przysposabiających należy preferować małżonków, których związek rokuje względną trwałość (Anna Zemandlová, t. IV/2, s. 1067). Niestety jest tam również — moim zdaniem kryjąca w sobie wewnętrzną sprzeczność — teza, że „niedyskryminacyjna” wykładnia § 800 wymaga uznania, iż przy spełnieniu pozostałych przesłanek adopcji przysposabiającym może być osoba żyjąca w faktycznym związku z osobą tej samej płci (s. 1071–1072). Jest też afirmatywna wzmianka o wspomnianym wyroku Sądu Konstytucyjnego z 2016 r.⁷⁰ (s. 1074), ale nie wspomina się o krytycznym zdaniu odrębnym sędziego Vladimíra Sládečka, które uważam za przekonujące.

W sumarycznej ocenie komentarza konserwatywny czytelnik może jednak wziąć w nawias takie — na szczęście niezbyt liczne — „poprawne” ekskursy i rytuały, traktując je jako interesujący *per se* obraz stanu prawniczych umysłów i serwitut na rzecz ducha czasu⁷¹. Tym bardziej że w innym miejscu spotykamy *par excellence* zachowawcze stanowisko autorów, i to na poziomie ogólnych zasad prawa prywatnego. Oto w § 3 ust. 2 lit. b ustawodawca zapewnia rodzinie, rodzicielstwu i małżeństwu „szczególną ochronę ustawową”⁷². Kto by liczył na to, że komentatorzy pokuszą się tutaj o kreatywną wykładnię *praeter legem*, na przykład opierając się na § 3020, który przewiduje stosowanie przepisów części ogólnej kodeksu do ZZP, i odwołując się do mitycznych „standardów”, by rozciągnąć wspomnianą gwarancję § 3 ust. 2 na pary jednopłciowe, ten dozna zawodu. Obaj autorzy wręcz podkreślają, że współczesne pojęcie rodziny nie obejmuje współżycia osób tej samej płci, choćby chodziło o ZZP. W treści § 3020 upatrują nie korektę, lecz potwierdzenie tego wniosku. „Ustawodawca podszedł do unormowania zarejestrowanego związku partnerskiego z wielką rezerwą, nie

jednej z nich, staje pod znakiem zapytania. Tak czy inaczej, wyrok ten nie ma automatycznego przełożenia na stosowanie przepisów adopcyjnych kodeksu. Z rozważań SK wynika nie tyle, że zarejestrowani partnerzy powinni w pojedynkę adoptować dzieci, ile to, że ustawodawca nie powinien ich „stygmatyzować” przez ustanowienie specyficznie adresowanego do nich zakazu.

⁷⁰ Por. przyp. 66.

⁷¹ „Whoever marries the spirit of this age will find himself a widower in the next” (William R. Inge). Chyba że zawczasu rozwiedzie się ze starym i poślubi nowego. Nie ma przy tym gwarancji, że nowy będzie równie sympatyczny jak ten, który zdaje się już tracić siły wskutek braku umiaru w jego adorowaniu i eksploatacji.

⁷² W zakresie instytucji małżeństwa ma to szczególne znaczenie, ponieważ w czeskim prawie konstytucyjnym brakuje przepisu wyraźnie chroniącego małżeństwo.

włączając do kodeksu cywilnego regulacji jego statusu i tylko odsyłając do odrębnej ustawy. § 3020 musimy więc rozumieć tak, że konkretne reguły księgi pierwszej, trzeciej i czwartej dotyczące małżeństwa stosuje się także do zarejestrowanych partnerów, co jednak w niczym nie zmienia podstawowych założeń aksjologicznych kodeksu cywilnego” (t. I, s. 84).

9. Trzy dostępne — z dziewięciu zaplanowanych ogółem — tomy omawianego dzieła pozwalają uznać je za nieoceniony przewodnik po treści, genezie i problemach wykładni nowego kodeksu, a także po teoretycznym zapleczu, do którego można sięgać przy rozwiązywaniu tych problemów. Kto szuka w komentarzu jednoznacznych i „jedynie słusznych” odpowiedzi na możliwie najwięcej szczegółowych pytań praktycznych, może się rozczarować. Ten zaś, kto wierzy, że „nie ma nic bardziej praktycznego niż dobra teoria”, znajdzie wiele satysfakcji. W kraju, w którym nauka prawa cywilnego jeszcze nie jest przygotowana do „monumentalnego” dogmatycznego opracowania systemu instytucji, można znaleźć w pracy Melzera, Tégla i kolegów szkic lub namiastkę, w dobrym znaczeniu tego słowa, takiego opracowania.

Siłą autorów jest dążenie do ukazania kontekstu historycznego, porównawczego i teoretycznego rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę. Kodyfikacje cywilne powstają w historycznym i geograficznym „przeciągu” oraz wyrastają z określonego podłoża teoretycznego. Do pełnej prawniczej charakterystyki unormowań składających się na daną kodyfikację należy ukazanie wszystkiego, co miało istotny wpływ na kształt przyjętych unormowań i powinno rzutować na ich wykładnię. Nawet jeśli ów wysiłek nie jest jednakowo intensywny we wszystkich partiach komentarza i nie przynosi jednakowych efektów, tendencja jest wyraźna i godna uznania⁷³.

Przed drugą wojną światową czeska cywilistyka przeżywała rozkwit, zapoczątkowany jeszcze w czasach austriackich. Uosabiały go takie postacie jak Jan Krčmář (zm. 1950), Antonín Randa (1914), František Rouček (1967), Jaromír Sedláček (1945), Emil Svoboda (1948) i Emanuel Tilsch (1912). Imponującym dokonaniem był zwłaszcza przedłożony w 1937 r. projekt

⁷³ W pewnym sensie recenzowane dzieło nawiązuje do koncepcji „Wielkiego komentarza akademickiego” do poprzedniego kodeksu cywilnego, przygotowanego przed dziewięć laty, w czasie intensywnych prac nad rekodyfikacją: K. E l i á š a kolektiv, *Občanský zákoník. Velký akademický komentář. Úplný text s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1. 4. 2008*, 1. svazek — § 1–487, 2. svazek — § 488–880, Praha 2008. O ile komentarz Melzera i Tégla przynosi „bilans otwarcia” nowej ery w dziejach prawa cywilnego, ukazując jej założenia i antecedencje, o tyle tamten stanowił jakby naukowe podsumowanie mijającej ery, a zarazem był zwrócony ku przyszłości — rozważania o komentowanych przepisach zawierały uwagi *de lege ferenda*, czasem też informacje o projektowanych przepisach.

czeskosłowackiego kodeksu cywilnego, pomyślanego jako unifikacja prawa cywilnego na ziemiach czeskich, Słowacji i w Rusi Podkarpackiej i oceniany jako udana, oparta na kontynuacji modernizacja dorobku ABGB po przeszło 120 latach jego obowiązywania. Gdyby nie sytuacja polityczna w latach 1938–1989, która wywierała niekorzystny wpływ na prawodawstwo, naukę prawa i kulturę prawną, tamtejsza cywilistyka zapewne znajdowałaby się w tym okresie w europejskiej czołówce. Omawiany komentarz, a także — mimo różnych zastrzeżeń i rozbieżnych ocen — nowy kodeks są świadectwem odrabiania dystansu.

W komentarzu uwzględniającym genezę i teoretyczne podłoże nowych unormowań czytelnik patrzący na całość oczyma cudzoziemca dostrzeże też ciekawy obraz „momentu kodyfikacyjnego” — kłopotliwego daru, który otrzymała czeska cywilistyka po historycznych przejściach. A może i przestrogę, że takiego momentu nie warto gdzie indziej wywoływać sztucznie. Choćby dlatego, iż nie ma gwarancji, że wszystkie elementy pomnika, który wystawi sobie kodyfikator, będą się spotykać z powszechnym uznaniem.

Satysfakcja z obcowania z trzema dostępnymi tomami komentarza idzie w parze z oczekiwaniem dalszego ciągu. Dotyczy to zwłaszcza materii prawa rzeczowego, spadkowego i obligacyjnego, w których jest najwięcej nowości doniosłych dla obrotu prawnego.

Zakładając, że następne tomy będą nie mniej udane niż dotychczasowe, już dziś można namawiać wydawcę i obu autorów do myślenia o drugim wydaniu, udoskonalonym dzięki dystansowi czasu oraz wzbogaconym o dorobek naukowy i orzeczniczy kolejnych lat funkcjonowania kodeksu.