

WSTĘP

1. PRZEDMIOT OPRACOWANIA

W 2004 r. w wyniku reformy austriackiego prawa rodzinnego i spadkowego wykreślono z *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) § 600, który przez niemal dwa stulecia stanowił ustawową delegację do uchwalenia przepisów dotyczących testamentów wojskowych. Dla odmiany dwa lata później znowelizowano we Francji normujące testament wojskowy art. 981–983 *Code Civile*, a zasadniczy kształt tej instytucji pozostaje niezmieniony od czasów cesarza Napoleona I. W 1992 r. miejsce dla przepisów o testamencie wojskowym znalazło się w nowym kodeksie Niderlandów, w 2002 r. w nowym kodeksie brazylijskim, a w 2009 r. w nowym kodeksie rumuńskim. W prowincjach Kanady i stanach Australii w ciągu ostatnich dwóch dekad testament wojskowy zniknął z porządków prawnych lub był poddawany gruntownym reformom, które nadawały mu bardziej sformalizowany charakter. Równocześnie w Anglii i Walii całkowicie nieformalny *soldiers' will* oparł się skutecznie tendencjom zmierzającym do jego zniesienia. W Nowej Zelandii nowe ustawodawstwo testamentowe z 2007 r. uwzględniła tę instytucję, nadając jej kształt bliski angielskiemu pierwowzorowi. Zrównany z notarialnym testament sporządzony przed dowódcą jednostki wojskowej utrzymały nowe rosyjskie prawo spadkowe z 2001 r. i nowy kodeks ukraiński z 2003 r. Równocześnie w Polsce testa-

menty wojskowe „wegetują” na marginesie prawa prywatnego i nawet w toku dyskusji nad zmianą kodeksu cywilnego pojawiają się jedynie sporadycznie.

W świetle powyższych faktów można postawić tezę, że polski brak zainteresowania testamentami wojskowymi jest jednak zjawiskiem wyjątkowym. Bezsprzeczne jest, że wokół testamentów wojskowych sporo się dzieje. W niektórych państwach instytucja przeszła już do historii, w innych jest nie tylko utrzymywana, ale również dostosowywana do współczesnych uwarunkowań. W jeszcze innych debata na jej temat jest w toku. Tak różnorodne losy testamentów wojskowych w ostatnich dziesięcioleciach świadczą bez wątpienia nie tylko o różnych uwarunkowaniach w poszczególnych państwach, ale także o oryginalności i różnorodności poszczególnych rozwiązań. Nietrudno bowiem zauważyć, że urzędowy testament wojskowy w prawie francuskim diametralnie różni się od całkowicie nieformalnego testamentu wojskowego, który funkcjonuje w Anglii. Tak bardzo odmienne instytucje pełnią różne funkcje i m.in. dlatego tak różne są ich obecne losy. Niezależnie jednak od tego wyraża obecność testamentów wojskowych w porządkach prawnych i dyskusji prawniczej w pierwszych dekadach XXI w. świadczy jednoznacznie o długowieczności tej instytucji.

Długowieczność ta zaskakuje jeszcze bardziej, gdy przyjrzymy się bliżej rzymskiemu protopłaście testamentu wojskowego – powstałemu w prawie cesarskim *testamentum militis*. Instytucja ta była immanentnie związana z konkretnymi uwarunkowaniami społecznymi i politycznymi swoich czasów. Ów osobny żołnierski reżim spadkowy¹ był ściśle skorelowany z innymi żołnierskimi instytucjami pra-

¹ F. Longchamps de Bérier, w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 290.

wa prywatnego, podkreślał również szczególną rolę armii w cesarstwie oraz jej szczególne związki z osobą princepsa. Te wszystkie czynniki w naturalny sposób odeszły w przeszłość wraz z państwem cesarów, a mimo to testamenty wojskowe nie zniknęły wraz z nim. W późniejszych czasach ich istnienie znalazło nowe uzasadnienia, przybrały też nowe formy, bardziej adekwatne do zmieniających się okoliczności. W ciągu wieków ewoluowała zarówno rola armii i żołnierzy w państwie oraz społeczeństwie, jak i wartości oraz zasady przyświecające prawu spadkowemu. Testamenty wojskowe w każdych warunkach znajdowały jednakże jakąś aksjologiczną podstawę. Zmieniła to dopiero II wojna światowa, która przede wszystkim przeddefiniowała podejście do wszelkich kwestii związanych z wojną i wojskiem w krajach głównego agresora – w Niemczech i w Austrii. Faktyczny koniec historii austriacko-niemieckiego modelu testamentów wojskowych po 1945 r., przypieczętowany usunięciem § 600 z ABGB, należy postrzegać właśnie w tym kontekście. Współcześnie również, zwłaszcza w debacie anglosaskiej², kwestionuje się dotychczasowe argumenty przemawiające za istnieniem specjalnej formy testamentu dla żołnierzy. To wszystko skłania do zastanowienia się nad aksjologicznymi podstawami przedmiotowej instytucji w różnych jej wariantach i w różnych czasach oraz warunkach społecznych i politycznych. Analiza tych zagadnień jest jednym z celów niniejszego opracowania. Jej wynikiem powinna być również odpowiedź na pytania o miejsce testamentów wojskowych we współczesnym prawie oraz o przyszłość tej instytucji. Należy je sobie postawić zwłaszcza w kontekście właśnie reformo-

² Por. Alberta Law Reform Institute, *The Creation of Wills*, Edmonton 2007, [online:] <http://www.alri.ualberta.ca/index.php/publications/Law/wills-and-succession/the-creation-of-wills> [dostęp: 3 II 2015].

wanego polskiego prawa prywatnego. Celem głównym jest więc wyprowadzenie z analizy historycznej i porównawczej wniosków na przyszłość – wskazanie, czy i jaki wariant starożytnego rzymskiego pomysłu nadaje się do zastosowania we współczesnej Polsce.

2. TESTAMENT SZCZEGÓLNY A PRZYWILEJ TESTAMENTOWY – PROBLEM DOGMATYCZNY I TERMINOLOGICZNY

Na wstępie wydanej w 1914 r. monografii testamentu wojskowego A. Schmidtborn zdefiniował tę instytucję jako „uprzywilejowane rozrządzenie na wypadek śmierci, które żołnierz może sporządzić w szczególnych warunkach, z wyłączeniem pewnych ograniczeń dotyczących formy i treści, wynikających z ogólnego prawa testamentowego”³. Definicję tę należy uznać za bardzo dobrze sformułowaną, gdyż co do zasady mieszczą się w niej wszystkie testamenty żołnierskie i wojskowe znane europejskiej tradycji prawnej. Różnice między poszczególnymi modelami i typami tych testamentów uwidaczniały się w pierwszej kolejności na polu przesłanek, od których wystąpienia uzależniano możliwość korzystania z tej szczególnej formy testowania.

Możliwość sporządzenia rzymskiego testamentu żołnierskiego obwarowana była tylko jedną przesłanką – testator musiał być żołnierzem pozostającym w służbie. Przesłanka ta miała więc bez wątpienia charakter podmiotowy. Współczesne testamenty wojskowe natomiast co do zasa-

³ A. Schmidtborn, *Das Soldaten-Testament*, Berlin 1914, s. 1. Jeśli nie zaznaczono inaczej, wszelkie tłumaczenia zawarte w tej pracy pochodzą od jej Autora.

dy obwarowane są jeszcze przesłankami o innym charakterze, zazwyczaj opisującymi szczególną sytuację, w jakiej musi się znaleźć testator. F. Longchamps de Bérrier zwrócił uwagę na to rozróżnienie, wskazując, że rzymski testament żołnierski nie był – jak współczesne testamenty wojskowe – formą szczególną, lecz osobistym przywilejem żołnierza⁴. To rozróżnienie ma charakter kluczowy i stanowi zarazem jeden z najważniejszych problemów dogmatycznych, które rysują się w toku analizy poszczególnych unormowań testamentów wojskowych.

Zwrócenie uwagi na ten fakt daje asumpt do postawienia pytania, czy w europejskiej tradycji prawnej stworzono rozwiązanie, które można nazwać – w odróżnieniu od testamentu szczególnego – przywilejem testamentowym. Najlepszą egzemplifikacją takiego rozwiązania byłoby *testamentum militis* w kształcie znanym klasycznemu prawu rzymskiemu, pewne jego elementy można by natomiast odnaleźć w instytucji testamentu wojskowego w bardzo wielu późniejszych porządkach prawnych. Istota wspomnianego rozróżnienia sprowadza się – co już zostało wspomniane – do rozróżnienia przesłanek, które uzasadniają sporządzenie testamentu. I tak moglibyśmy powiedzieć, że z formą szczególną *sensu stricto* mamy do czynienia wówczas, gdy przesłanką uzasadniającą rozluźnienie wymogów co do formy testamentu jest szczególna okoliczność o charakterze zewnętrznym (przedmiotowa), taka jak obawa rychłej śmierci czy też pewne utrudnienia w sporządzeniu testamentu w formach zwykłych (klęska żywiołowa, przebywanie na statku etc.). Przywilejem testamentowym nazwalibyśmy zaś rozwiązanie, które zakłada, że sporządze-

⁴ F. Longchamps de Bérrier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, s. 175.

nie odformalizowanego testamentu zależy wyłącznie od przesłanki o charakterze podmiotowym. Testament w takiej formie mogą sporządzać tylko określone osoby, które wypełniają tę przesłankę. Genezy tego drugiego rozwiązania należy szukać właśnie w klasycznym prawie rzymskim, któremu zawdzięczamy powstanie „prototypu” wszystkich późniejszych regulacji testamentów wojskowych.

Czyniąc powyższe rozróżnienie na potrzeby niniejszej pracy, należy oczywiście mieć świadomość, że stanowi ono swego rodzaju *novum* w nauce prawa spadkowego. Dotychczas bowiem podkreślano, że testament szczególny to nie tylko testament sporządzony w szczególnych okolicznościach, ale także testament sporządzony przez osobę zajmującą szczególną pozycję społeczną. Takie rozumienie tego pojęcia można jednak zakwestionować poprzez wskazanie, że formy testamentu przewidziane dla żołnierzy bardzo często określa się właśnie mianem przywileju. Takie sformułowania znajdziemy zarówno w źródłach rzymskich (C. 6.21.17: *beneficium*; D. 29.1.1 pr: *concessio*; D. 29.1.26: *praemium*), jak i w prawach anglosaskich (*privileged will*). Reasumując, przywilejem testamentowym nazwać należy taki testament, którego sporządzenie obwarowane jest wyłącznie przesłanką o charakterze podmiotowym.

W omawianym zakresie tematycznym będzie to przede wszystkim rzymski testament żołnierski. W epoce nowożytnej tego typu rozwiązanie pojawiać się będzie sporadycznie, np. w prawie austriackim po 1873 r. W Anglii i Walii natomiast inne niż podmiotowe przesłanki sporządzenia testamentu żołnierzy i marynarzy uległy w praktyce orzecniczemu takiemu rozszerzeniu, że zbliżył się on znacznie do rozwiązania znanego klasycznemu prawu rzymskiemu. Analiza pozostałych postaci instytucji wskazuje, że w ogromnej większości przypadków oprócz przesłanki podmiotowej – tj. faktu bycia żołnierzem, a często również marynarzem

lub osobą cywilną w jakiś sposób związaną z siłami zbrojnymi – poszczególne porządki prawne przewidywały również przesłanki o charakterze zewnętrznym. J. Gwiazdomorski rozróżnił podmiotowe i przedmiotowe przesłanki sporządzania testamentów wojskowych na gruncie dekretu z 1946 r. – Prawo spadkowe⁵, ale rozróżnienie to ma w odniesieniu do testamentów wojskowych charakter w zasadzie uniwersalny. Najczęściej przesłanki takie sprowadzały się do ograniczenia możliwości sporządzania testamentu w formie wojskowej do czasu wojny, działań zbrojnych, przebywania poza stałą kwaterą etc. Początek takiemu rozwiązaniu dała konstytucja cesarza Justyniana (C. 6.21.17), ograniczająca przywilej sporządzenia *testamentum militis* do żołnierzy przebywających na wyprawach – *in expeditionibus*. Zdecydowana większość nowożytnych porządków prawnych poszła śladem justyniańskim. Typowa regulacja testamentu wojskowego przewidywała więc zarówno przesłankę podmiotową, jak i przesłankę przedmiotową. Ponadto w niektórych systemach przewidujących więcej niż jedną formę testamentu wojskowego najbardziej liberalna jest zwykle obwarowana dodatkową przesłanką tego typu. Przykłady takich rozwiązań znajdujemy w prawie austriackim po 1873 r., w prawie niemieckim z lat 1943-1945, a także we współczesnym prawie polskim i hiszpańskim. Reasumując, trzeba podkreślić, że przedmiotowa instytucja przyjmowała na przestrzeni dziejów dwie zasadnicze postaci – przywileju testamentowego, uzależniającego możliwość sporządzenia specjalnego testamentu od wystąpienia wyłącznie przesłanki podmiotowej oraz testamentu szczególnego, w którym obok przesłanki podmiotowej występuje również co najmniej jedna przesłanka przedmiotowa.

⁵ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 314.

Zaproponowany podział nie znajduje niestety żadnego odzwierciedlenia w oficjalnym nazewnictwie poszczególnych form testamentów wojskowych przyjętym w różnych porządkach prawnych. Klasyczne prawo rzymskie ukuło termin „testament żołnierski” – *testamentum militis*. W *common law* równolegle funkcjonują dwa terminy – *soldiers’ will* oraz *privileged will*. Pojęciem „testament żołnierzy” posługuje się prawo francuskie – *testaments des militaires* – oraz włoskie – *testamento dei militari*. W prawie austriackim i niemieckim, ze względu na występowanie kilku form takich testamentów, mówiono o „testamentach wojskowych” – *Militär-Testamente*, choć niemiecka doktryna używała również określenie *Soldatentestament*. Ustawodawca polski, wzorując się na modelu germańskim, także operuje liczbą mnogą; w art. 954 KC mowa jest o „testamentach wojskowych”. Ten mały chaos pojęciowy oczywiście ani trochę nie współgra z nakreślonym wyżej podziałem na przywilej testamentowy i testament szczególny. Dlatego też, w celu zapewnienia jasności wyводу, w dalszej części niniejszej pracy testamenty odpowiadające modelowi przywileju testamentowego określane będą mianem żołnierskich, natomiast testamenty szczególne mianem wojskowych. O takim zastosowaniu tych pojęć przesądził fakt, że klasyczne prawo rzymskie nazywało swój wynalazek – przywilej testamentowy dla żołnierzy – właśnie mianem testamentu żołnierskiego. *A contrario* więc każdy testament szczególny określany będzie przymiotnikiem „wojskowy”.

Już w tym miejscu warto wskazać, że podział ten ma ogromne znaczenie dla przedstawianego tematu. Nietrudno zauważyć, że przesłanki powodujące prawodawcę normującym testament wojskowy mogą być zupełnie inne od powodów, dla których można by się zdecydować na sporządzenie testamentu żołnierskiego. W tym pierwszym przypadku uznaje się, że możliwość korzystania ze specjal-

nej formy testamentu winna być zagwarantowana z uwagi na szczególną sytuację (zazwyczaj związaną z konfliktem zbrojnym), która utrudnia dokonanie rozrządzenia ostatniej woli w formie zwykłej. W drugim przypadku natomiast już sam fakt bycia żołnierzem stanowi dla prawodawcy wystarczający powód wprowadzenia specjalnej formy testamentu. Przy testamencie wojskowym nacisk kładzie się więc nacisk na obiektywne trudności w sporządzaniu testamentu zwykłego. Przy testamencie żołnierskim w centrum uwagi jest kondycja żołnierza jako takiego, bez odniesienia do warunków zewnętrznych. Nie ulega wątpliwości, że między jednym a drugim rozwiązaniem istnieje zatem znaczna różnica aksjologiczna. Jednym z celów dalszych rozważań będzie uchwycenie i przedstawienie tej różnicy.

3. WOJSKOWY TESTAMENT ALLOGRAFICZNY A WOJSKOWY TESTAMENT NIEFORMALNY

Przedstawione powyżej rozróżnienie testamentu żołnierskiego (przywileju) oraz wojskowego (formy szczególnej) stanowi jeden z czołowych problemów dogmatycznych, na które można natrafić, dokonując porównawczej analizy różnych postaci przedmiotowej instytucji. Drugi problem o zasadniczym znaczeniu dotyczy samej formy rozporządzenia ostatniej woli, którą dany prawodawca określił mianem testamentu wojskowego albo żołnierskiego. Istotą *testamentum militis* było m.in. zwolnienie żołnierzy od wszelkich wymogów co do formy testamentu. W porównaniu ze zwykłym obywatelem, który przy sporządzaniu testamentu cywilnego lub pretorskiego musiał spełnić liczne wymogi formalne, żołnierz miał więc nieporównanie więk-

szą swobodę testowania. Podobne rozwiązanie nie jest często spotykane w czasach nowożytnych. Zasadniczo tylko anglosaski *soldiers' will* jest testamentem całkowicie nieformalnym. Inne testamenty żołnierskie i wojskowe znane w systemach nowożytnych określały jednak mniej lub bardziej restrykcyjne wymogi co do formy. Dokonując analizy tych rozwiązań, można zauważyć wyraźne różnice pomiędzy tymi formami. W szeregu przypadków istotą formy testamentu specjalnego jest poluzowanie wymogów przewidzianych dla form zwykłych. Niekiedy liberalizm w tym względzie idzie tak daleko, że forma taka zbliża się bardzo do testamentu całkowicie nieformalnego. Tego typu formy charakterystyczne są dla modelu germańskiego i idącego jego śladem prawa polskiego. Na drugim biegunie znajduje się model romański oraz rozwiązania rosyjskie. Tu testament wojskowy ma formę allograficzną i jest traktowany jako surogat testamentu notarialnego. Można więc nakreślić kolejny zasadniczy podział dogmatyczny przedmiotowej instytucji – na testamenty allograficzne oraz odformalizowane.

W tym miejscu trzeba również poczynić ważne zastrzeżenie terminologiczne. Pojęcie „testament allograficzny”, jedno z kluczowych dla tej pracy, zostało w niej użyte w znaczeniu analogicznym do nadanego mu w polskim Kodeksie cywilnym, jako równoznaczne z pojęciami „testament urzędowy” i „testament administracyjny”. Dlatego też testamentem allograficznym będzie tu nazwany taki testament, do którego sporządzenia konieczny jest udział czynnika publicznego lub quasi-publicznego w osobie urzędnika lub innej osoby pełniącej podobną funkcję. Takie rozumienie pojęcia stanowi bez wątpienia odejście od jego etymologii, gdyż nie każdy testament „cudzo ręczny” jest zarazem testamentem urzędowym.

Należy również poczynić jeszcze jedną uwagę terminologiczną. W odniesieniu do testamentu w opracowaniu konsekwentnie używany jest termin „rozrządzenie”, najczęściej występujący w kolokacji „rozrządzenie ostatniej woli”. Konsekwencji takiej brakuje niekiedy w piśmiennictwie, a nawet w ustawodawstwie, czego dowodem jest choćby analizowana tutaj ustawa o rozporządzeniach ostatniej woli osób wojskowych. Starając się używać języka maksymalnie precyzyjnego, zdecydowałem się jednak na konsekwentne rozgraniczenie używania słów „rozporządzenie” (rezerwując je dla czynności *inter vivos*) oraz „rozrządzenie” (tylko w odniesieniu do czynności *mortis causa*).

Podział na wojskowe testamenty odformalizowane i allograficzne ma równie duże znaczenie jak nakreślone wyżej rozróżnienie formy szczególnej i przywileju testamentowego, gdyż dotyka kolejnej ważnej płaszczyzny prawa testamentowego, jaką jest konflikt dwóch ważkich wartości. Aby lepiej go przedstawić, należy wskazać rolę, jaką odgrywa forma testamentu w ogóle. Zastrzeżenie przez prawo wymogu testowania w określonej formie ma na celu przede wszystkim zapewnienie, że treść oświadczenia woli testatora zostanie poznana przez inne osoby po jego śmierci⁶. Przepisy o formie powinny umożliwiać jednoznaczne stwierdzenie, czy dany akt dokonany przez zmarłego rzeczywiście należy uznać za jego testament. Zastrzeżona forma powinna również w możliwie najpełniejszy sposób uniemożliwiać sfałszowanie oświadczenia ostatniej woli. Z drugiej jednak strony zbyt ni formalizm może prowadzić do nadmiernego utrudnienia w testowaniu, a niekie-

⁶ W zakresie celów, którym ma służyć zastrzeżenie określonej formy testamentu, por. E. Skowrońska-Bocian, *Forma testamentu w prawie polskim*, Warszawa 1991, s. 17; S. Wójcik, F. Zoll, *Testament*, w: *System prawa prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2009, s. 298–299.

dy wręcz je uniemożliwić. W konsekwencji może dojść do zaprzeczenia jednego z podstawowych aspektów zasady swobody testowania, tj. umożliwienia jednostce złożenia ważnego oświadczenia ostatniej woli do ostatnich chwil życia⁷. W pewnym uproszczeniu można więc wskazać, że przy formułowaniu przepisów o formie testamentu trzeba rozstrzygnąć konflikt pomiędzy wspomnianym elementem zasady swobody testowania a inną wartością, jaką jest bezpieczeństwo obrotu prawnego. Bardziej liberalne formy testamentu będą w większym stopniu gwarantowały możliwość testowania do ostatnich chwil życia spadkodawcy, a jednocześnie, z uwagi na większą łatwość sfałszowania testamentu lub zniekształcenia jego treści, stanowić będą zagrożenie dla pewności obrotu prawnego.

Na tle powyższego widać wyraźnie, że cel zastrzeżenia dla testamentu wojskowego formy allograficznej jest całkowicie inny niż w przypadku znaczącego rozluźnienia wymogów co do jego formy. Wojskowe testamenty allograficzne mają przede wszystkim ułatwić żołnierzowi skorzystanie z maksymalnie pewnej formy testowania. Wojskowy testament odformalizowany ma natomiast umożliwić sformułowanie lub zmianę ostatniej woli w każdych warunkach, zwłaszcza w ostatnich chwilach życia.

⁷ Ten aspekt zasady swobody testowania podkreślano od jej zarania w prawie rzymskim. Zob. D. 34.4.4: *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*.

4. MATERIAŁ ŹRÓDŁOWY I LITERATURA

Niniejsze opracowanie obejmuje całą historię testamentów wojskowych, poczynwszy od klasycznego prawa rzymskiego aż po dzień dzisiejszy, dlatego też jej podstawę źródłową stanowią zarówno teksty antyczne, jak i nowoczesne ustawodawstwo oraz orzecznictwo. Teksty źródłowe, na których opierałem się podczas badań nad omawianymi zagadnieniami, przytoczone zostały w brzmieniu oryginalnym. Z uwagi na to, że tłumaczenie tekstu zawsze stanowi jego interpretację, nie zdecydowałem się na zamieszczenie swoich propozycji polskich wersji tych fragmentów źródłowych. Mając na względzie uczynienie lektury tej pracy przyjazną dla czytelnika niemającego na co dzień kontaktu z językami antycznymi, obszernie wyjaśniłem i omówiłem wszystkie przytoczone w oryginale źródła w tekście głównym, gdzie wskazałem również na ich kluczowe fragmenty oraz najistotniejsze pojęcia. Z tego samego powodu postanowiłem również nie umieszczać w treści pracy tekstów greckich, a jedynie odwołać się do nich pośrednio, referując poglądy badaczy dotyczące ich treści.

Najwięcej informacji na temat klasycznego testamentu żołnierskiego przekazuje oczywiście kompilacja justyniańska. Księga 29 *Digestów* zawiera tytuł 1 *De testamento militis*, w całości poświęcony zagadnieniom związanym z tym tematem. Na tytuł składają się czterdzieści cztery fragmenty z dzieł różnych jurystów klasycznych. Zdecydowanie najwięcej, bo aż piętnaście, autorstwa Ulpiana⁸. Kluczowe znaczenie z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy ma zwłaszcza fragment D. 29.1.1 pr., w którym rzymski ju-

⁸ Pozostałe fragmenty pochodzą z dzieł następujących jurystów: Paulusa i Papiniana – po sześć; Marcellusa – cztery; Tertuliana, Tryfonina i Gaiusa – po dwa; Modestyna, Macera, Florentyna, Marcianusa, Afrykanusa, Juliana i Mecenatusa – po jednym.

rysta opisuje pokrótce historię testamentu żołnierskiego i cytuje kluczowy mandat Trajana. Poza tym w *Digestach* znaleźć można także inne passusy odnoszące się do testamentu żołnierskiego; w księdze 37 wyodrębniono nawet tytuł *De bonorum possessione ex testamento militis*, zawierający jednakże tylko jeden wyjątek z komentarza Ulpiana do edyktu. Z kolei w *Kodeksie* testamentowi żołnierskiemu poświęcony jest tytuł 21 księgi 6, także opatrzony tytułem *De testamento militis*. Kompilatorzy umieścili w nim osiemnaście konstytucji, z których najstarsze wydał Karakalla, a najmłodsze Justynian⁹. Wreszcie w księdze 2 *Instytucji* znajduje się tytuł 11, zatytułowany dla odmiany *De militari testamento*, którego tekst jest w znacznej mierze powtórzeniem lub parafrazą fragmentów zawartych w *Digestach*. Znaczna większość wyimków z dzieł klasycznej jurysprudence i konstytucji cesarskich włączonych do justyniańskiej kompilacji dotyczy zagadnień związanych z materialną zawartością testamentu żołnierskiego. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy mają one jednak drugorzędne znaczenie. Przedmiotem analizy będą więc przede wszystkim te źródła, które dotyczą dwóch do dziś aktualnych problemów dogmatycznych – kwestii przesłanek sporządzenia testamentu oraz jego formy. Oprócz wspomnianego już fragmentu, w którym Ulpian zacytował mandat Trajana (D. 29.1.1 pr.), należy wskazać przede wszystkim wzmiankę tegoż autora o bliżej nieznanych reskryptach cesarskich rozszerzających przywilej na towarzyszące wojsku osoby cywilne (D. 29.1.44), fragment, w którym Florentyn przytacza reskrypt Trajana dotyczący formy testamentu (D. 29.1.24), konstytucję Konstantyna Wielkiego, mówiącą

⁹ Konstytucje zawarte w tym tytule wydawali odpowiednio: Karakalla – trzy; Aleksander Sewerus – cztery; Gordian – dwie; Filip Arab – trzy; Walerian i Galien – jedną; Dioklecjan i Maksymian – jedną; Konstantyn Wielki – jedną; Anastazjusz – jedną; Justynian – dwie.

o testowaniu przez umierającego żołnierza na polu bitwy (C. 6.21.15), a wreszcie kluczową z punktu widzenia historycznej ewolucji testamentów wojskowych konstytucję Justyniana z 529 r. (C. 6.21.17).

Poza kompilacją justyniańską istotne informacje o testamencie żołnierskim zawierają *Instytucje* Gaiusa. Niestety, w części dzieła poświęconej testamentom brakuje aż sześćdziesięciu dziewięciu wierszy¹⁰ i jest bardzo prawdopodobne, że przynajmniej pierwsze z nich dotyczyły właśnie testamentu żołnierskiego. Owe braki w tekście redukują znane nam Gajańskie rozważania na przedmiotowy temat do trzech akapitów (G. 2.109–111), z których najistotniejszy z punktu widzenia niniejszej pracy jest pierwszy, zawierający informacje o formie testamentu.

We wczesnopoklasycznej kompilacji *Pauli sententiae receptae* oraz w jeszcze klasycznych *Tituli ex corpore Ulpiani* znajdujemy jedynie bardzo krótkie fragmenty odnoszące się do testamentu żołnierskiego, których główna wartość polega na tym, że potwierdzają informacje zawarte w kompilacji justyniańskiej. Dochodzą do tego wnioski wynikające z analizy § 34 *Gnomon Idiologa*, źródła określanego jako „spisany w grece kodeks fiskalny Egiptu rzymskiego”¹¹. Pewne znaczenie ma zwłaszcza to, że większość interpretacji tego źródła potwierdza dominującą tezę o pochodzeniu testamentu żołnierskiego, jak również fakt zawarcia tam pewnych informacji na temat jego formy. Przedmiotem analizy w niniejszej pracy nie będą natomiast źródła epigraficzne ani papirusy, gdyż wnioski z nich płynące nie

¹⁰ E. Böcking, *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis Apographum*, Leipzig 1866, s. 80; *Gai Institutiones/Instytucje Gajusza. Tekst i przekład, z jęz. łac. przeł., wstępem i uwagami opatrzył W. Rozwadowski*, Poznań 2003, s. 60.

¹¹ M. Amelotti, *Salvatore Riccobono e il Gnomon dell'Idios Logos*, [online:] <http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2007-2008/Amelotti.pdf> [dostęp: 3 II 2015].

mają w zasadzie wpływ na podstawowy przedmiot badań, tj. dzieje recepcji rozwiązania przekazanego przez kompilację justyniańską oraz analizę komparatystyczną wypracowanych w jej drodze modeli i typów regulacji.

To samo kryterium zadecydowało o doborze i sposobie lektury literatury przedmiotu. Dorobek romanistyki dotyczący testamentu żołnierskiego jest niemały, jednakże z uwagi na charakter materiału źródłowego w większości dotyczy on kwestii związanych z materialną zawartością testamentu, które mają dla niniejszej pracy znaczenie ledwie poboczne. Dlatego też w literaturze poszukiwałem przede wszystkim informacji na temat tych elementów testamentu żołnierskiego, które zachowały swoją aktualność w dobie recepcji prawa rzymskiego i w czasach współczesnych. Zwracałem również uwagę na poglądy autorów dotyczące genezy *testamentum militis*. W tym zakresie poglądy nauki są zasadniczo zbieżne co najmniej od czasów opublikowania art. V. Arangio-Ruiza pod znamienym tytułem *L'origine del "testamentum militis". La sua posizione nel diritto romano classico* w 1906 r. Poza tym należy zwrócić uwagę zwłaszcza na artykuły G. Scherilla, S. Guarina czy S. von Bolli. Spośród autorów prac o charakterze syntetycznym najwięcej uwagi testamentowi żołnierskiemu poświęcili M. Amelotti (*Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze 1966) oraz B. Biondi (*Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955). *Testamentum militis* nie było dotychczas obiektem zainteresowania romanistów polskich, jednakże na uwagę zasługują opracowania problematyki archaicznego *testamentum in procinctu* autorstwa F. Bossowskiego (artykuł *Ze studjów nad pierwotnym testamentem rzymskim*, 1926) i – współcześnie – J. Zabłockiego (*Kompetencje „patres familias” i zgromadzeń ludowych w sprawach rodzinnych w świetle „Noctes Atticae” Aulusa Gelliusa*, Warszawa 1990) oraz M. Jońcę

(artykuł *Forma i czas obowiązywania „testamentum in pro-cinctu” w prawie rzymskim*, 2004).

Odnosnie do późniejszych epok podstawowym materiałem źródłowym są oczywiście ustawy i inne akty prawne zawierające przepisy o testamentach wojskowych. W epoce przedkodyfikacyjnej szczególną uwagę należy zwrócić na ustawę notarialną Maksymiliana I oraz na II i III Statut Litewski. Wśród nowoczesnego ustawodawstwa przeanalizowanego pod kontem tego tematu znaleźć można zarówno wielkie kodeksy cywilne – Kodeks Napoleona, ABGB czy szwajcarskiego *Zivilgesetzbuch* (ZGB), jak również akty niekiedy wręcz efemeryczne, chociażby niemieckie ustawy wojskowe z czasów II wojny światowej. Prawo polskie po 1918 r. uregulowało przedmiotową problematykę w specjalnej ustawie z 1933 r., dekrete – Prawo spadkowe z 1946 r., w Kodeksie cywilnym oraz w stanowiącym jego uzupełnienie w tym zakresie rozporządzeniu z 1965 r. Analiza testamentów wojskowych w *common law* wymagała natomiast sięgnięcia zarówno do szeregu ustaw pochodzących z różnych krajów anglosaskich – począwszy od Anglii, a skończywszy na poszczególnych podmiotach federacji w Kanadzie czy Australii, jak i do orzecznictwa sądowego, które dosyć często zajmowało się tym tematem.

Nowożytnie testamenty wojskowe bez wątpienia nie są tematem nadmiernie eksploatowanym przez historyków i dogmatyków prawa. Literatura im poświęcona jest dosyć uboga. Za jedyne dzieła monograficzne można uznać kilka doktoratów napisanych w Niemczech na przełomie XIX i XX w. Spośród tych prac najobszerniejsze jest dzieło E. Steidlego (*Das Soldaten-Testament. Historisch-Dogmatische Darstellung*, Würzburg 1893), w którym autor nie tylko opisuje prawo rzymskie i współczesną mu regulację niemiecką, ale również zawiera sporo informacji o charakterze komparatystycznym, spośród których kilka jest wyjąt-

kowo cennych, bo obecnie bardzo trudnych do pozyskania inną drogą. Pod względem objętości drugie miejsce zajmuje praca A. Schmidtborna (*Das Soldaten-Testament*, Berlin 1914). Choć skupia się ona przede wszystkim na prawie rzymskim oraz prawie niemieckim, autor zawarł w niej również kilka wartych przytoczenia myśli na temat istoty i historycznego znaczenia opisywanych instytucji. Cztery pozostałe prace autorstwa H. Fittinga (*Zur Geschichte des Soldatentestamentes*, Halle 1866), J.H. Burcharda (*Ein Beitrag zur Lehre vom Soldatentestament*, Hamburg 1875), B. Hechelmannna, (*Das Soldatentestament in geschichtlicher Entwicklung*, Greifswald 1902) oraz H. von Hobego (*Das Soldatentestament in seiner gegenwärtigen Gestalt*, Greifswald 1918) liczą jedynie po kilkadziesiąt stron. Ich autorzy – z wyjątkiem B. Hechelmannna, piszącego niemal wyłącznie o niemieckiej ustawie 1874 r. – skupiają się głównie na prawie rzymskim. Jeśli chodzi o opis porzymskich dziejów testamentów wojskowych, to wszyscy wskazani autorzy, oprócz E. Steidlego, są nie tyle niemiecko-, co wręcz prusocentryczni. Warto również wskazać, że H. Fitting dedykował swą pracę Karolowi Witte, z okazji jubileuszu pięćdziesięciolecia obrony pracy doktorskiej tego słynnego skądinąd najmłodszego doktora w dziejach. Jako najstarsza z wymienionych, jest przez pozostałych autorów szeroko cytowana i bez wątpienia rozpoczęła ten trwający pół wieku okres względnego zainteresowania nauki niemieckiej testamentami wojskowymi.

Dorobek doktryny anglosaskiej w przedmiocie testamentów wojskowych jest – zwłaszcza na tle kontynentu – stosunkowo duży. W ostatnich dwudziestu latach ukazało się kilka interesujących artykułów, traktujących przede wszystkim o zasadności istnienia instytucji *privileged will*. Na szczególną uwagę zasługują zwłaszcza prace Brytyjki P. Critchley oraz Singapurczyka J. Lee Tsan Ta.

Literatura polska natomiast dotychczas prawie w ogóle nie zajmowała się współczesnymi postaciami testamentu wojskowego. Pojedyncze głosy doktryny pojawiały się głównie przy okazji zmiany przepisów – najpierw w toku prac nad ustawą z 1933 r. (W. Bandrowski, *Braki ustawodawcze w kwestii testamentów wojskowych*, 1933), a następnie nad rozporządzeniem z 1965 r. (T. Sójka, *Testamenty wojskowe*, 1965). Jedyńą jak dotychczas próbą szerszego ujęcia problematyki testamentu wojskowego pozostaje artykuł autorstwa W. Białogłowskiego i R. Dybki (*Kilka słów o testamencie wojskowym*, 2008). Monografie i syntezы poświęcone prawu spadkowemu i formom testamentów zazwyczaj ograniczają się do przytoczenia brzmienia przepisów obecnie obowiązującego rozporządzenia. Na tym tle wyjątkiem pozostaje jedynie tom 10 *Systemu prawa prywatnego*, w którym to S. Wójcik i F. Zoll formułują pewne wnioski *de lege lata*.

W ostatnim czasie podstawowe informacje o historii testamentu wojskowego i jego kształcie w poszczególnych systemach prawnych umieszczone zostały w dziele zbiorowym *Comparative Succession Law. Volume I. Testamentary Formalities* (2011). Analizę historyczno-dogmatyczną problematyki testamentu żołnierskiego i wojskowego zawarł także F. Longchamps de Brier w swojej pracy *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective* (2011). Niezależnie od tego należy stwierdzić, że w literaturze nie funkcjonuje obecnie żadne szerokie opracowanie przedmiotowego tematu, ostatnia praca o charakterze monograficznym została wydana niemal sto lat temu. Chęć zapełnienia owej luki była bez wątpienia jednym z głównych czynników wpływających na podjęcie niniejszego tematu.

5. UKŁAD OPRACOWANIA

Opracowanie zostało podzielone na pięć zasadniczych części: cztery rozdziały oraz stosunkowo obszerne podsumowanie. Rozdział I ma charakter wstępny – przedstawione w nim zostały podstawowe informacje na temat testamentu żołnierskiego i wojskowego w rozwoju historycznym w ramach poszczególnych modeli regulacji, które wytworzyła europejska tradycja prawna. W kolejnych rozdziałach przedstawione zostały natomiast poszczególne problemy dogmatyczne w ujęciu komparatystycznym. Taki układ czyni koniecznym powtarzanie pewnych treści, gdyż podstawowe informacje o rozwiązaniach w ramach danych modeli zostały przedstawione w rozdziale I, a następnie rozwinięte w rozdziałach kolejnych. Z drugiej strony takie ujęcie tematu pozwala na przedstawienie go w sposób bardziej przejrzysty, gdyż na początku nakreśla czytelnikowi ogólny obraz wszystkich podstawowych problemów i zasadnicze tezy całej pracy, a następnie do tego tła dodaje informacje szczegółowe, dotyczące poszczególnych kwestii dogmatycznych. W rozdziale II omówiona została problematyka przesłanki podmiotowej – głównego wyróżnika testamentu żołnierskiego i wojskowego. Rozdział III poświęcony jest przesłankom przedmiotowym, a najobszerniejszy rozdział IV traktuje o formie testamentu. Do analizy tych zagadnień zastosowałem metodę komparatystyczną, starając się wykazać podobieństwa i różnice pomiędzy rozwiązaniami tych samych problemów w poszczególnych porządkach prawa spadkowego. Z metodą komparatystyczną nierozzerwalnie łączy się metoda dogmatyczna, gdyż porównanie poszczególnych regulacji może nastąpić dopiero w wyniku przeprowadzenia ich dogmatycznej analizy. Jako że tematyka pracy obejmuje testament wojskowy w prawie kontynentalnym i prawie anglosaskim, konieczne było

dogmatyczne analizowanie zarówno podstawowych dla kontynentu tekstów ustaw, jak i orzeczeń sądowych, stanowiących główne źródło prawa w systemach *common law*. Podsumowanie stanowi próbę wydobywania z tych komparatystycznych analiz odpowiedzi na postawione pytania, dotyczące aksjologii testamentu żołnierskiego i wojskowego. Zostały w nim sformułowane wnioski dotyczące roli, jaką pełnią w systemie prawa prywatnego poszczególne typy ujęcia przedmiotowej instytucji. Pracę kończy sformułowanie ostatecznych wniosków, a także postulatów *de lege ferenda* odnośnie do współczesnego polskiego prawa testamentowego.

Przy pisaniu niniejszej pracy korzystałem z życzliwej pomocy oraz rady wielu osób. Przede wszystkim trzeba wskazać na mojego naukowego przewodnika i promotora rozprawy doktorskiej – pana prof. Tomasza Giaro. Za cenne uwagi i wskazanie niedociągnięć pierwotnego tekstu pracy dziękuję jej recenzentom – pani prof. Marii Zabłockiej oraz księdzu prof. Franciszkowi Longchamps de Brier, który również inspirował mnie i wspierał radą wtedy, gdy praca powstawała. Bardzo wiele zawdzięczam licznym dyskusjom toczącym się w ramach prowadzonego przez pana prof. T. Giaro seminarium „Prawo rzymskie i porównawcze” na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Wielce cenna była możliwość przedstawienia wstępnych wyników badań i też pracy podczas seminarium w Sulejowie jesienią 2011 r.: za komentarze i życzliwą krytykę dziękuję panu prof. Wojciechowi Dajczakowi, panu prof. Bronisławowi Sitkowi oraz pozostałym uczestnikom tego spotkania – adeptom prawa rzymskiego – doktorantom i magistrantom z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Uniwersytetu Jagiellońskiego, Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego i Uniwersytetu

Warszawskiego. Wielką pomoc w zdobyciu rzadkich pozycji bibliograficznych otrzymałem od pana mgr. Kamila Stolarskiego z UJ oraz od mojego przyjaciela od dawien dawna Przemka Czekalskiego. Za wsparcie w rozwiązaniu wątpliwości lingwistycznych dziękuję gorąco Mojej Mamie oraz pani mgr Annie Dąbkowskiej-Maksym.