

ZAGADNIENIE PRAWNE

W sprawie z wniosku Andrzeja S. przy udziale notariusza Iwony K. w przedmiocie odmowy dokonania czynności notarialnej na skutek zażalenia wnioskodawcy z dnia 2 listopada 2011r.

Czy przedmiotem zapisu windykacyjnego, określonego w treści art. 981¹ § 2 pkt. 1 k.c. może być rzecz będąca w chwili sporządzenia testamentu przedmiotem ustawowej wspólności małżeńskiej.

UZASADNIENIE

Skarżący Andrzej Lech S. w zażaleniu na odmowę dokonania czynności notarialnej wniósł na podstawie art. 83 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie o uchylenie odmowy dokonania czynności notarialnej przez notariusz Iwonę K, polegającej na sporządzeniu testamentu notarialnego obejmującego rozrządzenie majątkiem na wypadek śmierci skarżącego, zawierającego, obok powołania spadkobierców, zapis windykacyjny na rzecz jednego ze spadkobierców w postaci spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu opisanego w księdze wieczystej [...], prowadzonej przez Sąd Rejonowy w Ł. Powyższe prawo należy do majątku wspólnego skarżącego i jego żony Kamili S. Skarżący wskazał, iż za dopuszczalnością dokonania takiego zapisu przemawia brzmienie art. 35 k.r.o., który posługuje się terminem „rozporządzenie”, podczas gdy w prawie polskim dokonywanie dyspozycji na wypadek śmierci nosi nazwę „rozrządzenia”. Zdaniem skarżącego uzasadnia to wniosek, iż wymieniony przepis ma na względzie tylko czynności *inter vivos* a nie *mortis causa*. Te ostatnie podlegają jedynie przepisom prawa spadkowego. Prawo spadkowe przewiduje zaś skuteczność zapisu rzeczy oznaczonej co do tożsamości, która nie należy do spadku w chwili jego otwarcia.

Skarżący wskazał, iż w tym kontekście dopuszczalny wydaje się zapis całego przedmiotu, który był objęty wspólnością ustawową.

W odpowiedzi na zażalenie notariusz Iwona K. wniosła o oddalenie zażalenia na odmowę dokonania czynności notarialnej, tj. sporządzenia testamentu w formie aktu notarialnego w części dotyczącej zapisu windykacyjnego. Notariusz wskazała, iż problem w sprawie sprowadza się do skuteczności zapisu windykacyjnego udziału w określonym przedmiocie, który był objęty wspólnością ustawową. Zdaniem notariusz Iwony K. treść art. 35 zd. 2 k.r.o. dotyczy wyłącznie przyszłego udziału ułamkowego, a zakaz ten dotyczy wyłącznie rozporządzenia „aktualnego” dokonanego w czasie trwania wspólności, a dotyczącego prawa jeszcze nie istniejącego, przyszłego. W szczególności ostateczna wielkość udziału może ulec zmianie. Wskazała, iż art. 35 k.r.o. nie pozwala na dysponowanie udziałem w majątku wspólnym lub w poszczególnych przedmiotach należących do tego majątku w drodze zapisu. Zapisy bowiem art. 35 k.r.o. mają moc bezwzględnie obowiązującą a czynność prawna dokonana z ich naruszeniem jest nieważna (art. 58 § 1 k.c.).

Rozpoznając zażalenie Sąd Okręgowy powziął poważne wątpliwości, przedstawione w zagadnieniu prawnym wskazanym na wstępie postanowienia. Zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia dotyczy kwestii czy przedmiotem zapisu windykacyjnego, określonego w treści art. 981¹ § 2 k.c. może być rzecz będąca w chwili sporządzenia testamentu przedmiotem ustawowej wspólności małżeńskiej.

1. W ocenie Sądu Okręgowego zachodzi istotna wątpliwość dotycząca wykładni nowych przepisów kodeksu cywilnego, dotyczących zapisu windykacyjnego. Zagadnienia przesłanek ważności zapisu windykacyjnego oraz możliwość odniesienia art. 35 k.r.o. również do czynności mortis causa nie są jednoznacznie rozstrzygane w doktrynie. Brak jest również wypowiedzi orzecznictwa.

Sąd Okręgowy nieco szerzej niż strony ocenia zakres niezbędnych do rozstrzygnięcia wątpliwości. Nie ograniczają się one tylko do interpretacji art. 35 k.r.o. Dla rozstrzygnięcia o zasadności zażalenia istotne jest przesądzenie, czy co do zasady dla ważności testamentu zawierającego rozrządzenie o zapisie windykacyjnym niezbędne jest, aby przedmiot zapisu windykacyjnego znajdował się

w majątku testatora. Jeśli bowiem uprawnienie do rozporządzania przedmiotem zapisu ma być istotne dla jego ważności, to konieczne jest być może rozstrzygnięcie nakreślonego problemu przy odwołaniu się do przepisów o zarządzie majątkiem wspólnym. Ponadto, niezależnie od przyjętej w tym zakresie interpretacji, w każdym wypadku niezbędne jest rozważenie zakresu zastosowania zakazu z art. 35 zd. 2 k.r.o., w szczególności przesądzenie, czy odwołuje się on do czynności mortis causa.

2.Podstawowa wątpliwość, która pojawia się w wypowiedziach doktryny oraz stanowiskach zajmowanych przez notariuszy sprowadza się do ustalenia, czy przedmiot zapisu windykacyjnego musi w chwili sporządzania testamentu przysługiwać testatorowi i czy wystąpienie okoliczności odmiennej powoduje nieważność testamentu w tym zakresie oraz niedopuszczalność jego sporządzenia przez notariusza. Dopiero po przesądzeniu tej okoliczności można, w ocenie Sądu Okręgowego, dokonywać analizy bardziej szczegółowego zagadnienia, w szczególności pytania o wpływ istnienia wspólności łącznej danego prawa na możliwość uczynienia go przedmiotem zapisu windykacyjnego.

Sąd Okręgowy za trafniejszy uznaje pogląd, iż przedmiot zapisu nie musi w chwili jego dokonywania przysługiwać testatorowi, a o skuteczności zapisu decyduje stan majątku spadkodawcy w chwili otwarcia spadku. Pogląd ten nie jest jednak wolny od kontrowersji, wynikających przede wszystkim ze specyfiki samej instytucji zapisu windykacyjnego, a więc jego skutku w postaci nabycia przedmiotu zapisu z chwilą otwarcia spadku. Istotne znaczenie ma ewentualne zagrożenie osób trzecich dokonywaniem rozrządzeń ich prawami.

Zagrożenie praw osób trzecich można wiązać m.in. ze skutkami stwierdzenia nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego. Z przepisu art.1029¹ k.c. wynika, iż do stwierdzenia nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego stosuje się przepisy art. 1025 – 1029 k.c., dotyczące stwierdzenia nabycia spadku. Z kolei art. 679 § 4 k.p.c. nakazuje stosowanie do zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia oraz do stwierdzenia nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego przepisów art. 679 § 1-3 k.p.c. W związku z tym, z aktem takim ustawodawca wiąże m.in. domniemanie, że osoba, która uzyskała stwierdzenie nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego jest zapisobiercą lub według innej możliwej wykładni – że skutecznie nabyła przedmiot zapisu (art. 1025 § 2 k.c. w zw. z art.1029¹ k.c.). Ponadto od osoby takiej można –

działając w dobrej wierze – nabyć przedmiot zapisu windykacyjnego (art. 1028 k.c. w zw. z art.1029¹ k.c.).

Wskazane okoliczności mogłyby przemawiać za uznaniem konieczności badania w momencie sporządzania testamentu zawierającego rozrządzenie w postaci zapisu windykacyjnego okoliczności przysługiwania testatorowi przedmiotu zapisu. Chodziłoby o zapobieżenie sytuacji, w której na skutek zastosowania powołanych przepisów, przedmiot zapisu zostanie nabyty przez zapisobiercę (lub rozporządzi on nim na rzecz osoby trzeciej) mimo, iż przedmiot ten nie wchodził do majątku spadkodawcy w chwili otwarcia spadku.

Sąd Okręgowy stoi jednak na stanowisku, że bardziej przekonująca jest odmienna interpretacja powołanych przepisów. Stwierdzenie nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego potwierdza wyłącznie fakt ustanowienia określonej osoby zapisobiercą windykacyjnym w testamencie oraz określa przedmiot zapisu. Nie przesądza natomiast, że przedmiot zapisu wchodził w skład spadku. Również stwierdzenie nabycia spadku stanowi wyłącznie dowód tego, że wskazane w nim osoby są spadkobiercami, a nie tego, że pewne prawa wchodzą w skład spadku.

Można też zauważyć, iż nawet zbadanie i przesądzenie w chwili sporządzania testamentu, że przedmiot zapisu przysługuje testatorowi nie uchroni osób trzecich od negatywnych skutków przyjęcia odmiennej wykładni powołanych przed chwilą przepisów. Testator zawsze może bowiem rozporządzić przedmiotem zapisu już po sporządzeniu testamentu.

Sąd Okręgowy przychylił się zatem do poglądu, że dopuszczalny jest zapis windykacyjny prawa podmiotowego (rzeczy, przedsiębiorstwa, gospodarstwa rolnego), które w chwili sporządzania testamentu nie przysługuje testatorowi. Między sporządzeniem testamentu a otwarciem spadku może upłynąć wiele lat, a skład majątku testatora może ulegać w tym okresie zmianom. Może on więc nabyć przedmiot zapisu windykacyjnego, którego nie miał w chwili testowania, lub też mimo posiadania go w tym momencie – utracić go. Skutki tych wszystkich zmian reguluje w ocenie Sądu Okręgowego art. 981² k.c., zgodnie z którym „zapis windykacyjny jest bezskuteczny, jeżeli w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu nie należy do spadkodawcy albo spadkodawca był zobowiązany do jego zbycia”. Sąd Okręgowy

skłania się ku przyjęciu w związku z tym wniosku, iż kwestia przysługiwania spadkobiercy przedmiotu zapisu windykacyjnego może być badana dopiero po otwarciu spadku, przy okazji ustalania skuteczności rozrządzenia testamentowego.

Za przyjętą interpretacją przemawia także ustawowe uregulowanie kognicji sądu w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku (np. art. 670 k.p.c.). Sąd wydając to orzeczenie, a także stwierdzenie nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego nie bada tego, jaki był skład spadku oraz – jak się wydaje – czy w chwili sporządzania testamentu przedmiot zapisu windykacyjnego wchodził w skład spadku. Gdyby jednak przyjąć pogląd odmienny niż prezentowany przez Sąd Okręgowy, w tym postępowaniu sąd zobowiązany byłby z urzędu do prowadzenia postępowania dowodowego co do tej okoliczności, a w szczególności co do tego, czy w chwili sporządzenia testamentu spadkodawca był uprawniony do rozporządzania przedmiotem zapisu windykacyjnego. Musi on bowiem brać pod uwagę nieważność testamentu bez względu na inicjatywę stron.

Należy nadto wskazać, iż zgodnie z art. 95e § 1 prawo o notariacie „po spisaniu protokołu dziedziczenia notariusz sporządza akt poświadczenia dziedziczenia, jeżeli nie ma wątpliwości co do osoby spadkobiercy i wysokości udziałów w spadku, a w przypadku gdy spadkodawca uczynił zapis windykacyjny, co do osoby, na której rzecz spadkodawca uczynił zapis windykacyjny i przedmiotu zapisu”. Notariusz nie bada zatem w ogóle, czy przedmiot zapisu windykacyjnego wchodzi w skład spadku, a jedynie, jaka była w tym zakresie wola spadkodawcy oraz czy została ona dostatecznie sprecyzowana w zakresie określenia przedmiotu zapisu oraz osoby zapisobiercy. Można zatem przyjąć, że skoro nawet na etapie wydawania aktu prawnego, który ma znaczenie materialnoprawne (m.in. powstanie określonych domniemań) notariusz nie musi badać, czy przedmiot zapisu windykacyjnego wchodził w skład spadku (a zatem nie bada skuteczności zapisu windykacyjnego stosownie do przesłanek z art. 981² k.c.) to tym bardziej nie ma podstaw i potrzeby badania tej okoliczności na etapie sporządzania testamentu.

W literaturze nie poświęcono dotąd wiele uwagi omawianemu zagadnieniu. W jednej z publikacji autor zajął jednak stanowisko, zgodnie z którym „w chwili sporządzenia testamentu spadkodawca nie musi być właścicielem przedmiotu zapisu windykacyjnego, decydująca jest bowiem chwila otwarcia spadku, ponieważ dla

skutecznej realizacji zapisu windykacyjnego ma znaczenie tylko fakt, czy jego przedmiot należał w chwili śmierci do spadkodawcy” (J. Turuńkowski, Zapis windykacyjny. Komentarz, Warszawa 2011, s. 30).

Należy jednak dostrzegać inną możliwość interpretacji art. 981² k.c. Można go rozumieć w ten sposób, że dotyczy on wyłącznie sytuacji, w której przedmiot zapisu windykacyjnego wchodził w skład majątku spadkodawcy w chwili testowania (co ma być warunkiem ważności zapisu), jednak następnie z majątku tego wyszedł. Wykładnia gramatyczna nie przesądza tej kwestii, dlatego występują w tym zakresie istotne wątpliwości, uzasadniające zwrócenie się z pytaniem do Sądu Najwyższego.

Jeśli przyjmie się interpretację, zgodnie z którą testatorowi w chwili dokonywania zapisu windykacyjnego musi przysługiwać przedmiot tego zapisu, niezbędne jest rozważenie, czy przepisy o zarządzie majątkiem wspólnym nie dają podstaw do skutecznego dokonania tej czynności prawnej przez jednego z małżonków (pkt 3).

Natomiast nawet przy przyjęciu, że możliwe jest dokonanie zapisu windykacyjnego prawa niewchodzącego w chwili testowania do majątku spadkodawcy (a więc również zapis składnika majątku wspólnego powinien być ważny) należy rozważyć wpływ na ocenę tej sytuacji regulacji art. 35 k.r.o. (pkt 4).

3.W razie przyjęcia interpretacji, zgodnie z którą dla ważności testamentu zawierającego rozrządzenie w postaci zapisu windykacyjnego niezbędne jest przysługiwanie testatorowi przedmiotu zapisu w chwili testowania, pojawia się zagadnienie – niedostrzeżone przez strony – możliwości uznania sporządzenia testamentu za czynność zarządu majątkiem wspólnym. Skoro bowiem ważność zapisu ma być zależna od możliwości rozporządzania (inter vivos) przez testatora prawem będącym przedmiotem zapisu, to nie sposób pominąć faktu, że instytucja zarządu majątkiem wspólnym reguluje m.in. zasady dokonywania rozporządzeń wspólnymi małżonkom prawami.

Zgodnie z art. 36 § 2 zd. 1 k.r.o. każde z małżonków może zarządzać majątkiem wspólnym samodzielnie. Wyjątki od tej zasady zawiera art. 37 k.r.o., wymieniający czynności wymagające dla swej ważności zgody drugiego małżonka (wśród nich

m.in. rozporządzenie własnością nieruchomości, przedsiębiorstwem – a więc potencjalnymi przedmiotami zapisu windykacyjnego). W razie uznania dokonania zapisu windykacyjnego za czynność zarządu majątkiem wspólnym małżonków należałoby przyjąć, że drugi małżonek mógłby na podstawie art. 36¹ k.r.o. sprzeciwić się sporządzeniu testamentu. Ponadto, gdyby zapis windykacyjny miał dotyczyć przedmiotów wymienionych w art. 37 § 1 k.r.o. (np. nieruchomość, przedsiębiorstwo, gospodarstwo rolne) to dla jego ważności wymagana byłaby zgoda drugiego małżonka.

W ocenie Sądu Okręgowego testament jako czynność prawna *mortis causa* nie stanowi przejawu zarządzania majątkiem wspólnym, nawet jeśli wskazuje wprost na składnik majątku wspólnego. Przede wszystkim należy wskazać, że prawo spadkowe nie przewiduje możliwości udzielenia zgody lub wyrażenia sprzeciwu na sporządzenie testamentu, który jest ściśle osobista czynnością prawną. Zagadnienie to może zostać uznane za sporne, wymagać więc może wypowiedzi Sądu Najwyższego.

4. Notariusz uzasadnił odmowę sporządzenia aktu notarialnego w zasadzie wyłącznie treścią art. 35 zd. 2 k.r.o., który stanowi, że małżonek nie może „rozporządzać ani zobowiązywać się do rozporządzania udziałem, który w razie ustania wspólności przypadnie mu w majątku wspólnym lub w poszczególnych przedmiotach należących do tego majątku”. Przepis ten zdaniem notariusza ma formułować zakaz rozrządzeń testamentowych dotyczących nie tylko udziału w całym majątku wspólnym lub jednym z przedmiotów wchodzących w jego skład, ale także dotyczących składnika majątku wspólnego. Natomiast w ocenie skarżącej, skoro przepis posługuje się pojęciem „rozporządzenia”, nie dotyczy on czynności prawnych *mortis causa*, gdyż dla nich zarezerwowane jest określenie „rozrządzenia”.

Zatem nawet w razie przyjęcia stanowiska, że dla ważności zapisu windykacyjnego nie jest niezbędne przysługiwanie tego prawa testatorowi, w wypadku akceptacji stanowiska notariusza o tym, że art. 35 k.r.o. dotyczy też rozrządzeń testamentowych, zapis windykacyjny składnika majątku wspólnego lub udziału w nim nie byłby dopuszczalny. Sąd Okręgowy podkreśla przy tym, że w takim wypadku małżonek mógłby uczynić przedmiotem zapisu windykacyjnego prawo

cudze, jednak nie mógłby tego uczynić co do prawa, którego jest podmiotem wspólnie ze swoim małżonkiem.

W doktrynie od dawna wyrażano różne poglądy na temat zakresu zastosowania zakazu z art. 35 zd. 2 k.r.o. Występują zarówno wypowiedzi stwierdzające, że nie dotyczy on czynności na wypadek śmierci (np. J. S. Piątowski, w: System prawa rodzinnego i opiekuńczego, Warszawa 1985, s. 333-334, a ostatnio M. Nazar, w: System Prawa Prywatnego, Tom 11 – Prawo rodzinne i opiekuńcze, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 246) a także poglądy o odnoszeniu się tego zakazu także do czynności mortis causa (np. S. Breyer, S. Gross, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1975 s. 177, a ostatnio T. Sokołowski Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, LEX 2010, kom. do art. 35, teza 3). Wypowiedzi te odnosiły się do niedopuszczalności dokonania zapisu zwykłego. Niewątpliwie przedstawiciele drugiej grupy poglądów opowiedzieliby się również przeciwko możliwości dokonania rozrządzenia w postaci zapisu windykacyjnego udziału w majątku wspólnym oraz w przedmiocie wchodzącym w skład tego majątku.

Dominujące wydaje się stanowisko pierwsze, jednak wobec istotnych różnic między wypowiedziami poszczególnych autorów oraz w braku wypowiedzi orzecznictwa, potrzebne jest w ocenie Sądu Okręgowego przesądzenie nakreślonych wątpliwości przez Sąd Najwyższy.

Sąd Okręgowy skłania się ku uznaniu prawidłowości stanowiska skarżącego. Ustawodawca posługuje się w przepisach prawa cywilnego pojęciem „rozporządzenia” (np. art. 92 § 1, 169 § 1 k.c.) i rozrządzenia (np. art. 923 § 1 zd. 2, 941 k.c.) w sposób konsekwentny i każdorazowo oznaczają one inny rodzaj czynności prawnych. Pojęcie „rozporządzenia” nie dotyczy nigdy czynności mortis causa. Zasadą polskiego prawa spadkowego jest swoboda testowania, a jej ograniczenia mogą wynikać tylko z wyraźnego brzmienia przepisów. Interes rodziny czy drugiego małżonka (chroniony przez art. 35 k.r.o.) nie jest w żaden sposób narażony przez dokonanie zapisu windykacyjnego składnika majątku wspólnego (czego chciał skarżący). W szczególności, zapis taki byłby bezskuteczny przynajmniej w części dotyczącej udziału drugiego małżonka (art. 981² k.c.).

Mając na uwadze opisane wątpliwości, Sąd Okręgowy postanowił jak na wstępie na podstawie art. 390 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 zd. 1 k.p.c.