

*Mgr Krzysztof Piotr Sokołowski, LL.M.*  
*Uniwersytet Ratyżboński*

## **Darowizna z poleceniem a *negotium mixtum cum donatione* w praktyce notarialnej**

### **I. Wstęp**

W niniejszej pracy zajmiemy się niezmiernie ważnym dla praktyki notarialnej problemem zaskarżalności i kwalifikacji prawnej darowizny z poleceniem. Jego znaczenie polega na tym, że nierzadko właśnie w tej formie, obok umowy dożywocia, strony dokonują przekazania majątku za życia następcom w ramach tzw. sukcesji antycypowanej, bardzo w Polsce popularnej. Doktryna i orzecznictwo reprezentują rozbieżne poglądy na to kontrowersyjne zagadnienie, co nie przyczynia się do zapewnienia bezpieczeństwa prawnego. W Polsce wypowiedział się w tej kwestii Sąd Najwyższy w przełomowej uchwale z 2002 r. Ponieważ problem ten jest immanentnie związany z określeniem czynności odpłatnych i nieodpłatnych, należy je w pierw zdefiniować. Z braku wystarczających materiałów w polskiej doktrynie będziemy zmuszeni korzystać również z literatury niemieckiej, austriackiej, francuskiej i szwajcarskiej, które ze względu na przedwojenny brak jednolitości terytorialnej prawa cywilnego miały wielki wpływ na poglądy polskiej nauki prawa na kwestie odpłatności i nieodpłatności. Co więcej, piśmiennictwo niemieckie może się w tej dziedzinie pochwalić szczególnymi osiągnięciami.

## II. Definicje czynności odpłatnej i nieodpłatnej

W polskiej literaturze prawa trudno znaleźć dobrą definicję czynności odpłatnych i nieodpłatnych. Zwykle doktryna zadawała się jednozdaniowym wyjaśnieniem (jak np. określenie czynności odpłatnej jako takiej, „na podstawie której obie strony mają uzyskać korzyść majątkową”<sup>1</sup>), brak natomiast głębszych studiów nad tym problemem. Zmusza to do sięgnięcia do doktryny obcej. Podstawowe znaczenie dla definicji odpłatności w piśmiennictwie niemieckim ma wydana w 1912 r. praca P. Oertmanna pt. „Entgeltliche Geschäfte”. Uznał on, że czynność odpłatna to taka, w której między przysporzeniem a odpłatą za nie istnieje prawny związek synallagmatyczny (przy umowach wzajemnych), kondycjonalny (gdy przysporzenie jest dokonane pod warunkiem świadczenia odpłaty przez kontrahenta) albo kauzalny (gdy odpłata jest podstawą prawną dokonania przysporzenia)<sup>2</sup>. O odpłatności i nieodpłatności można mówić w różnych aspektach, stosując różne kryteria kwalifikacyjne<sup>3</sup>. Posługując się wyłącznie analizą treści czynności prawnej określamy, czy dana czynność jest odpłatna formalnie<sup>4</sup>. Można jednak także mówić o odpłatności meryto-

---

<sup>1</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 6, Warszawa 2003, s. 220, nb. 480; Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. II, *Część ogólna*, Warszawa 2002, s. 202, nb. 98; S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, red. W. Czachórski, t. I, *Część ogólna*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985, s. 496; A. Ohanowicz, *Zobowiązania. Część ogólna*, Poznań 1958, s. 63; A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 82; J. Wiszniewski, *Prawo cywilne*, wyd. 2, Warszawa 1959, s. 411; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*, wyd. 2, Kraków 1948, s. 75.

<sup>2</sup> P. Oertmann, *Entgeltliche Geschäfte*, München 1912, s. 16-17; K.P. Sokółowski, *Rozważania nad czynnościami przysparzającymi, odpłatnymi i nieodpłatnymi*, PS 2009, nr 7-8, s. 77; tenże, *Negotium mixtum cum donatione a rekojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych*, PS 2010, nr 5, s. 45; tenże, *Czynności prawne mieszane*, PS 2010, nr 7-8, s. 138; tenże, *Zatajenie w akcie notarialnym części ceny nieruchomości a pozorność sprzedaży i negotium mixtum cum donatione*, Rejent 2010, nr 4, s. 109.

<sup>3</sup> K.P. Sokółowski, *Rozważania...*, s. 78-79; tenże, *Negotium...*, s. 46; tenże, *Zatajenie...*, s. 109; A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, wyd. 2, Wrocław 1980, s. 141; A. Policiński, *Darowizna gospodarstwa rolnego*, PiP 1974, nr 8-9, s. 145; Z. Policzkievicz-Zawadzka, *Umowa o dożywocie*, Warszawa 1971, s. 56; A. Wolter, *Recenzja pracy A. Kleina pt. Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, PiP 1964, nr 12, s. 962.

<sup>4</sup> A. Klein, *Elementy...*, s. 141.

rycznej, dla określenia której istotne jest, czy wartość odpłaty odpowiada wartości przysporzenia. Może to nastąpić według subiektywnej oceny stron (odpłatność merytoryczna subiektywna) lub rynkowej wartości rzeczy (odpłatność merytoryczna obiektywna)<sup>5</sup>. Aby czynność uznać za odpłatną, niewątpliwie konieczne jest istnienie odpłatności formalnej, tj. prawnego związku między przysporzeniem a odpłatą za nie. Niezbędna jest także odpłatność merytoryczna, inaczej strony mogłyby łatwo wykorzystać czynność odpłatną jedynie formalnie dla nieodpłatnej w sensie ekonomicznym wymiany dóbr. Przysporzenie i odpłata muszą być ekwiwalentne według subiektywnego zapatrywania stron. Autonomia woli stron, jedna z podstawowych zasad prawa cywilnego<sup>6</sup>, pozwala im dowolnie kształtować wysokość odpłaty. Podsumowując, czynnością odpłatną jest taka czynność przysparzająca, w której między przysporzeniem a odpłatą za nie zachodzi związek formalny według definicji P. Oertmanna, i jednocześnie odpłata jest według wyobrażenia stron ekwiwalentem otrzymanego przysporzenia. Czynność nieodpłatna jest zaś jej przeciwieństwem<sup>7</sup>.

Przyjrzyjmy się bliżej użyciu w definicji, a dotąd nieanalizowanemu pojęciu odpłaty. Należy przez nią rozumieć korzyść osiąganą przez przysparzającego, będącą w adekwatnym związku przyczynowym z przysporzeniem, której pojawienie się jest objęte zgodną wolą stron czynności<sup>8</sup>.

### III. Polecenie

Według art. 893 k.c. polecenie (*modus*) to obowiązek oznaczonego działania albo zaniechania, nałożony przez darczyńcę na obdarowanego, który w ten sposób nie czyni nikogo wierzycielem. Jego przedmiotem może być czynność czysto faktyczna (odwiedzenie X-a przebywającego w domu opieki, napisanie w określonym czasie pracy naukowej przy

---

<sup>5</sup> A. Klein, *Elementy...*, s. 141; Z. Policzekiewicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 56.

<sup>6</sup> K. Larenz, M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, München 2004, s. 2, Rn 2; Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 18, nb. 37; K.P. Sokołowski, *E-Mail-Werbung als Spamming*, WRP 2008, s. 893; tenże, *Rozważania...*, s. 79; tenże, *Negotium...*, s. 47; tenże, *Czynności...*, s. 137-138; tenże, *Zatajenie...*, s. 110.

<sup>7</sup> K.P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 81-82; tenże, *Negotium...*, s. 48; tenże, *Czynności...*, s. 138; tenże, *Zatajenie...*, s. 110.

<sup>8</sup> K.P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 82.

wykorzystaniu darowanego księgozbioru, przywrócenie zerwanych więzi rodzinnych, podjęcie przez obdarowanego studiów bądź leczenia) albo prawna (np. przekazanie określonej sumy pieniężnej na cel społeczny)<sup>9</sup>. Kwalifikując polecenia pod względem celu, jaki ma być dzięki nim osiągnięty, można wyróżnić polecenie zwykle (*modum simplicem*), które ma stanowić korzyść wyłącznie dla obdarowanego, i kwalifikowane (*modum qualificatum*), gdy korzyść ma osiągnąć darczyńca lub osoba trzecia<sup>10</sup>.

Dla pełniejszego zrozumienia istoty polecenia przedstawmy historię jego regulacji w prawie polskim i dzieje poglądów doktryny.

Na mocy art. 354 § 2 k.z.<sup>11</sup> polecenie było definiowane jako obowiązek świadczenia na rzecz darczyńcy lub osoby trzeciej. Doktryna nie kwestionowała jego zaskarżalności. Osoba trzecia mogła samodzielnie żądać wykonania polecenia (art. 362 § 4 k.z.)<sup>12</sup>. Termin „polecenie” został jednak wprowadzony do polskiego języka prawniczego dopiero w 1945 r. przez Fr. Zolla Jr. Wcześniej były używane pojęcia takie jak „zlecenie” – przez Tilla, Zolla i Zielonackiego, „nakaz” i „obciążenie” – przez R. Longchamps de Bériera<sup>13</sup>. Sam kodeks zobowiązań posługiwał się natomiast pojęciem „oznaczone świadczenie”.

Ta konstrukcja polecenia spotkała się w 1945 r. z ostrą krytyką Fr. Zolla Jr.<sup>14</sup> Podniósł on, że darczyńca może nałożyć na obdarowanego obowiązki niemieszczące się w definicji świadczenia. Za L. Ennecerussem i H. Lehmannem<sup>15</sup> używał on wąskiego pojęcia świadczenia i dla jego zaistnienia

---

<sup>9</sup> M. S a f j a n, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. II, Warszawa 2005, s. 779, nb. 2; L. S t e c k i, *Darowizna*, Toruń 1998, s. 67.

<sup>10</sup> F. H a y m a n n, *Schenkung unter einer Auflage*, Berlin 1905, s. 24-25; L. S t e c k i, [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. VII, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 284, nb. 17; L. S t e c k i, *Darowizna...*, s. 69.

<sup>11</sup> „Darczyńca może obciążyć obdarowanego obowiązkiem spełnienia oznaczonego świadczenia.”

<sup>12</sup> „Osoba trzecia, która odnosi korzyść ze świadczenia, może się domagać jego spełnienia według przepisów o umowach na rzecz osób trzecich.”

<sup>13</sup> F. Z o l l, *Polecenie obciążające osobę odnoszącą korzyść z czynności pod tytułem darmym*, PN 1948, s. 387 i 389.

<sup>14</sup> F. Z o l l, *Zobowiązania w zarysie*, wyd. 2, Kraków 1948, s. 327-329; t e n ż e, *Polecenie...*, PN 1948, s. 387-393.

<sup>15</sup> L. E n n e c e r u s, H. L e h m a n n, *Das Bürgerliche Recht. Eine Einführung. Bd. 1*, Marburg 1900, s. 537; t e n ż e, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse*, 14. Auflage, Tübingen 1954, s. 6.

wymagał zawsze godnego ochrony interesu prawnego wierzyciela<sup>16</sup>. Opierając się na teoriach F. Haymanna<sup>17</sup> wyłączył on z pojęcia polecenia *modum simplicem*. Zaprzeczył także zaskarżalności polecenia, jak również temu, że obdarowany jest wierzycielem<sup>18</sup>. Teorie Zolla miały wielki wpływ na dalsze ukształtowanie się poglądów piśmiennictwa i judykatury na charakter polecenia.

Obecnie kodeks cywilny definiuje polecenie zupełnie inaczej. Z istoty polecenia w polskim systemie prawa wynika *verba legis*, że nie powstaje wierzytelność co do jego wypełnienia. Darczyńca, a po jego śmierci jego spadkobiercy i ewentualnie właściwy organ państwowy, może żądać jego wypełnienia (art. 894 k.c.). Ze względu na ów brak wierzytelności o wypełnienie polecenia, doktryna uznaje obowiązek z tego tytułu za zobowiązanie naturalne<sup>19</sup>. Stanowisko to prezentuje także orzecznictwo Sądu Najwyższego. U jego podstawy w przełomowej uchwale z 19 kwietnia 2002 r. leżał następujący stan faktyczny: Rodzice darowali synowi gospodarstwo rolne z poleceniem zapłacenia na rzecz ich córki (jego siostry) sumy 20 000 PLN. Darowiznę wykonano, ale syn odmówił wykonania polecenia. Jego matka tymczasem zmarła. Siostra złożyła przeciw niemu powództwo o zapłatę ww. sumy. Jednakże Sąd Najwyższy stwierdził, że polecenie jest niezaskarżalne<sup>20</sup>. W efekcie nieuczciwy syn zatrzymał nie tylko gospodarstwo, ale i swe pieniądze, co z pewnością było sprzeczne z wolą darczyńców.

Teza o niezaskarżalności polecenia we współczesnym prawie polskim może jednak budzić wątpliwości. Oczywiście taki charakter ma stosunek prawny między obdarowanym a beneficjariuszem polecenia, który nie ma możliwości domagania się jego wypełnienia (darowizna z poleceniem nie jest właściwą umową na rzecz osoby trzeciej w myśl art. 392 k.c.), jeżeli chodzi natomiast o stosunek między obdarowanym a podmiotem, który może domagać się jego wypełnienia, pogląd ten nie wydaje się trafny. Przeczą temu wyraźnie użyte w treści przepisu słowa „może żądać wypełnienia”, które ustawodawca stosuje, chcąc wyrazić zaskarżalność

---

<sup>16</sup> F. Z o l l, *Zobowiązania...*, s. 8.

<sup>17</sup> F. H a y m a n n, *Schenkung unter einer Auflage*, Berlin 1905, s. 25 i nast.

<sup>18</sup> F. Z o l l, *Polecenie...*, s. 387 i 391.

<sup>19</sup> M. S a f j a n, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 779, nb. 3; L. S t e c k i, *Darowizna...*, s. 62.

<sup>20</sup> Orzeczenie SN z 19 kwietnia 2002 r., III CZP 19/02 (OSP 2003, nr 10, poz. 123).

roszczenia (por. np. art. 388 § 1, 411, 446 § 2, 560 § 3, 561 § 1, 907 § 2, 913 k.c.). Dla wyrażenia zobowiązań naturalnych posługuje się on zwrotami „nie może żądać”, „nie może dochodzić” (art. 413 i 411 k.c.), czy „może uchylić się od zaspokojenia [roszczenia]” (art. 117 § 2 zd. 1 k.c.). Tymczasem obdarowany jest uprawniony do odmowy wypełnienia polecenia tylko w przypadkach określonych w art. 895 k.c. Przemawia to przeciw przyjęciu tezy o ogólnej niezaskarżalności obowiązku wypełnienia polecenia.

Za zaskarżalnością polecenia przemawia także wykładnia systemowa – wszystkie przepisy o zobowiązaniach naturalnych są w prawie polskim umiejscowione w tytule V trzeciej księgi k.c. o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 411 i 413 k.c.). Art. 893-895 znajdują się natomiast w tytule XXXIII o darowiźnie.

Również wykładnia historyczna przemawia za zaskarżalnością polecenia – modus był w prawie polskim bezsprzecznie zaskarżalny do 1964 r.

Co więcej, gdyby zobowiązanie z tytułu polecenia było *obligatione naturali*, darczyńca byłby wierzycielem, a przecież z treści art. 893 k.c. wynikać ma co innego. Wydaje się, że ustawodawca zrezygnował z koncepcji wierzytelności o wypełnienie polecenia, ponieważ ze względu na różnorodność zachowań mogących być treścią polecenia, konstrukcja ta mogłaby nie zawsze być odpowiednia (szczególnie w razie *modi simplicis*). Nie jest to jednak równoznaczne z niezaskarżalnością, co wynika z powyższych rozważań, a przede wszystkim z ww. przepisów. Należy także zaznaczyć, że racjonalny ustawodawca nie kreuje stosunków prawnych od początku naturalnych; wyjątkami są jedynie gra i zakład, ale wynika to wyraźnie z przepisu (art. 414 k.c.) i jest podparte długą tradycją, uważającą te zobowiązania za honorowe (jedyną sankcją za ich niewypełnienie była utrata honoru).

Również wykładnia teleologiczna, najważniejsza ze wszystkich metod interpretacji, niejako *regina omnium interpretationum*<sup>21</sup>, przemawia za

---

<sup>21</sup> K.P.Sokółowski, *Die Abtretbarkeit der Sicherungsgrundschuld nach der Neuregelung durch das Risikobegrenzungs-gesetz*, JR 2009, s. 311; tenże, *Zatajenie...*, s. 126; tenże, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2009 r., III CZP 21/09*, OSP 2010, nr 6, poz. 60, s. 441; tenże, *Ist die Reallast noch zeitgemäß?*, ZfR 2011, s. 53; tenże, *Zasiedzenie lokalu i budynku warszawskiego*, PS 2011 nr 2, s. 7; tenże, *Posiadanie samoistne a zasiedzenie nieruchomości*, PiP 2010, nr 11, s. 76; tenże, *Parliamentary Sovereignty in the United Kingdom*, PPUW 2009, nr 3-4, s. 88.

przyznaniem zabezpieczonego przymusem państwowym roszczenia o wypełnienie polecenia. Jak widać z wyżej cytowanego orzeczenia SN z 19 kwietnia 2002 r., pogląd o niezaskarżalności polecenia prowadzi do niesprawiedliwych rezultatów, stojących w sprzeczności z wolą darczyńcy. Polecenie pełni też zbyt ważną rolę społeczną, by móc wnioskować, że rodzi jedynie zobowiązanie naturalne względem osoby, która w ustawie *expressis verbis* jest określona jak podmiot mogący domagać się jego wypełnienia, zwłaszcza że wyłączenie drogi sądowej nie jest wprost wyrażone w kodeksie. Wynik wykładni musi być przecież nie tylko poprawny teoretycznie, ale także celowy i sprawiedliwy, wszak już Rzymianie wiedzieli, że *ius est ars boni et aequi* (paremia ta otwiera Digesta!)<sup>22</sup>. W orzeczeniu z 3 lutego 1995 r.<sup>23</sup> SA w Katowicach wyraźnie uznał zaskarżalność polecenia.

Darowizna obciążliwa w prawie polskim<sup>24</sup> to taka, w której darczyńca nakłada na obdarowanego obowiązek spełnienia oznaczonego świadczenia. Była ona uregulowana w art. 354 § 2 k.z., a od chwili jego uchylecia jest dopuszczalna w ramach swobody umów<sup>25</sup>. Podstawowa różnica względem darowizny z poleceniem wyraża się, według dominującego w nauce prawa poglądu, w pozycji osoby, na rzecz której owo świadczenie ma być spełnione, która w przypadku darowizny obciążliwej jest wierzycielem, a w przypadku darowizny z poleceniem jedynie beneficjariuszem bez prawa do wniesienia powództwa o wypełnienie polecenia<sup>26</sup>. Darowizna obciążliwa jest więc umową na rzecz osoby trzeciej w rozumieniu art. 393 k.c. W polskiej doktrynie *donationem onerosam* odróżnia się od darowizny z poleceniem dopiero od czasu uchylecia rzeczzonego przepisu. W literaturze do kodeksu zobowiązań często oba terminy

---

<sup>22</sup> D. 1.1.1 pr.: „Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.“

<sup>23</sup> I ACr 656/94, OSAp 1997, nr 3, poz. 20.

<sup>24</sup> We Francji tym pojęciem – *donation onéreuse* – określa się darowiznę z poleceniem, czynność częściowo odpłatną oraz darowiznę pod warunkiem – zob. Ch.B.M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code. T. 3e*, Paris 1833, s. 72.

<sup>25</sup> Orzeczenie SN z 21 marca 1973 r., III CRN 40/73 (OSN 1974, nr 2, poz. 26); K.P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 89.

<sup>26</sup> K.P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 89.

były używane zamiennie<sup>27</sup>. W orzeczeniu z 21 marca 1973 r.<sup>28</sup> SN wyraził wręcz pogląd, że oba typy darowizny są określane tym samym terminem techniczno-prawnym: *donatio sub modo*. Również literatura niemiecka nigdy nie rozróżniała obu tych rodzajów czynności. Sąd Najwyższy różnie traktuje darowizny obciążliwe – niekiedy jak czyste darowizny<sup>29</sup>, a niekiedy jako umowy odpłatne<sup>30</sup> czy częściowo odpłatne<sup>31</sup>. W literaturze pojawił się także pogląd, że wobec uchylecia art. 354 § 2 k.z. takie kontrakty w ogóle nie mogą być nazwane darowiznami, lecz mają charakter częściowo odpłatny<sup>32</sup>. Nie przecząc możliwości określania ich mianem darowizn (oczywiście z atrybutami określającymi), najnowsza doktryna potwierdza, że *donationes onerosae* to najczęściej *negotia mixta cum donatione*<sup>33</sup>. Związek między przysporzeniem a odpłatą za nie (obciążeniem darowizny) należy zakwalifikować jako kauzalny<sup>34</sup>.

#### IV. *Negotium mixtum cum donatione*

Blisko spokrewniony z kwestią darowizny z poleceniem oraz z pytaniem o odpłatność i nieodpłatność jest problem *negotii mixti cum donatione*, pora je więc zdefiniować. Będzie to miało istotne znaczenie dla naszych dalszych rozważań.

Nauka prawa określa *negotium mixtum cum donatione* jako taką umowę mieszaną<sup>35</sup>, w której czynność prawna odpłatna jest połączona z umową

---

<sup>27</sup> S. Br., *Notka*, PN 1948, s. 452; A. O h a n o w i c z, *Glosa do orz. SN z 1.09.1958 r.*, I CR 649/58, PiP 1959, nr 7, s. 182; Z. P o l i c z k i e w i c z - Z a w a d z k a, *Umowa...*, s. 58. W obecnym stanie prawnym: L. S t e c k i, *Darowizna...*, s. 61.

<sup>28</sup> III CRN 40/73 (OSN 1974, nr 2, poz. 26).

<sup>29</sup> Orzeczenie SN z 11 kwietnia 1946 r., C III 894/45 (PiP 1946, nr 7, s. 117); orzeczenie SN z 25 listopada 1950 r., Ł.C. II 51/50 (OSN 1951, nr 3, poz. 77).

<sup>30</sup> Orzeczenie SN z 13 czerwca 1957 r., 2 CR 443/57 (OSN 1959, nr 2, poz. 35); orzeczenie SN z 9 sierpnia 1962 r., 2 CR 450/62 (OSNC 1963, nr 7-8, poz. 167).

<sup>31</sup> Orzeczenie SN z 6 maja 1959 r., 2 CR 164/59 (OSP i K A 1960, poz. 152).

<sup>32</sup> A. P o l i c i Ń s k i, *Darowizna...*, s. 146.

<sup>33</sup> M. S a f j a n, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 769, nb. 5. Dziwi tylko, czemu w takim razie autor uważa darowiznę z poleceniem za czynność zawsze całkowicie nieodpłatną.

<sup>34</sup> K. P. S o k o ł o w s k i, *Rozważania...*, s. 90; t e n Ź e, *Die Schenkung unter Auflage nach polnischem Recht*, JOR 2010, nr 2, s. 299.

<sup>35</sup> O umowach mieszanych w ogólności zob. K. P. S o k o ł o w s k i, *Czynności prawne mieszane*, PS 2010, nr 7-8, s. 132-150.



darowizny<sup>36</sup> w taki sposób, że wartość świadczenia jednej strony przewyższa wartość świadczenia drugiej<sup>37</sup>. Powiązanie musi nastąpić tak, by powstała z tego jednolita czynność prawna<sup>38</sup>.

Uwzględniając przedstawioną powyżej definicję czynności odpłatnej i nieodpłatnej, należy uznać, że *negotium mixtum cum donatione* musi być przynajmniej formalnie odpłatne, w przeciwnym wypadku czynność byłaby całkowicie nieodpłatna. Elementu częściowej nieodpłatności należy więc szukać w aspekcie merytorycznym subiektywnym. W *negotio mixto cum donatione* strony muszą zatem zgodnie i świadomie uznać, że subiektywna wartość świadczenia jednej z nich jest jedynie w części pokryta przez subiektywną wartość świadczenia drugiej strony, a kontrahent, którego świadczenie jest więcej warte, dokonywa częściowo przysporzenia *donandi causa*. Podsumowując, *negotium mixtum cum donatione* to taka czynność prawna przysparzająca odpłatna formalnie, w której zgodnie z wolą stron zachodzi jedynie częściowa odpłatność merytoryczna subiektywna<sup>39</sup>.

## V. Darowizna z poleceniem jako czynność częściowo odpłatna

### 1. Wprowadzenie

Powstaje pytanie o charakter prawny polecenia w kontekście nieodpłatności darowizny. Czy polecenie może być odpłatą? *Prima facie*

---

<sup>36</sup> O. Bitsch, *Die gemischte Schenkung*, Marburg 1935, s. 18; K. Braun, *Die gemischte Schenkung*, Göttingen 1950, s. 2 i 12; M. Erlanger, *Kaufvertrag unter Ehegatten mit Festsetzung des Kaufpreises unter dem Werte der Sache in Schenkungsabsicht*, Erlangen 1892, s. 8-9; F. Förster, M. E. Eccius, *Preußisches Privatrecht. Bd. 2*, 6. Auflage, Berlin 1892, s. 29; W. Koepfen, *Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*, Berlin 1901, s. 1; H. Jülicher, *Der Freundschaft als gemischte Schenkung*, Köln 1935, s. 1; H. Lamfronn, *Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag*, Leipzig 1897, s. 133; H. Matthes, *Die gemischte Schenkung nach neuem Recht*, Beuthen 1904, s. 17; P. Oertmann, *Entgeltliche...*, s. 85; W. Scheiblich, *Die gemischte Schenkung*, Breslau 1926, s. 6; L. Steger, *Die gemischte Schenkung (negotium mixtum cum donatione)*, Köln 1935, s. 16; K. Ternka, *Die gemischte Schenkung*, Gießen 1933, s. 9-10; R. Ziegler, *Die gemischte Schenkung*, Leipzig 1937, s. 13.

<sup>37</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 14.

<sup>38</sup> *Tamże*, s. 5.

<sup>39</sup> K. P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 88; tenże, *Negotium...*, s. 49; tenże, *Czynności...*, s. 138; tenże, *Zatajenie...*, s. 111.

wydawałoby się, że tak. Jest ono bowiem korzyścią osiąganą przez przysparzającego (lub osobę trzecią, ale z woli darczyńcy, który w tym świadczeniu ma swój interes), będącą w adekwatnym związku przyczynowym z przysporzeniem, której pojawienie się jest objęte zgodną wolą stron czynności. Odpowiada to powyżej przytoczonej definicji odpłaty. Skoro tak, to darowizna z poleceniem musi być subkategorią *negotii mixti cum donatione*. Spróbujmy przedstawić argumenty za tą tezą i ustosunkować się do twierdzeń jej przeciwników.

## 2. Argumenty teleologiczne

Teoretyczna kwalifikacja darowizny z poleceniem jako rodzaju *negotii mixti cum donatione* ma wielkie praktyczne konsekwencje: co do zasady powinny być one tak samo traktowane, z zastrzeżeniem priorytetu szczególnych przepisów o darowiznie z poleceniem. Jednak ustawodawca nie uregulował wielu spraw z nią związanych. Dlatego w tych kwestiach przydatny byłby rekurs na ogólne reguły traktowania czynności częściowo odpłatnych. Umożliwiłoby to zamknięcie wielu luk prawnych. Dla przykładu, jeśli polecenie byłoby odpłatą, musiałyby być uwzględnione przy odwołaniu darowizny, tj. odwołując darowiznę, darczyńca mógłby się domagać zwrotu przedmiotu darowizny jedynie za zapłatą wartości wykonanego przez obdarowanego polecenia. Jeśli wartość polecenia przekracza 50% wartość darowanej rzeczy, żądanie jej zwrotu byłoby niemożliwe, darczyńca mógłby żądać zwrotu wzbogacenia jedynie w pieniądzu. Gdyby jednak nie uznać polecenia za rodzaj odpłaty, nie mogłoby być ono uwzględnione przy odwołaniu darowizny, co nierzadko prowadziło do niesprawiedliwych rezultatów. Unaochni to prosty przykład: A daruje B nieruchomość wartą 1 mln PLN z poleceniem zapłaty 600 tys. PLN na rzecz C. Po pewnym czasie A odwołuje darowiznę z powodu rażącej niewdzięczności. Jeśli polecenie jest odpłatą, to fakt, że B z własnego majątku zapłacił na rzecz C, musi być uwzględniony w tej sytuacji (A mógłby się domagać jedynie zwrotu 400 tys. PLN). Jeśli polecenie nie jest odpłatą, a darowizna na rzecz B jest całkowicie nieodpłatna, to B musi zwrócić A nieruchomość, a ani A, ani C nie muszą mu zwracać żadnych pieniędzy. B pozostaje w niniejszej sytuacji pokrzywdzony, co jest ewidentnie niesłuszne. W tej kwestii przepisy o darowiznie z poleceniem milczą, istnieje więc luka prawną, którą da się wypełnić w sposób logiczny i sprawie-

dliwy przez odwołanie się do ogólnych reguł traktowania *negotii mixti cum donatione*<sup>40</sup>.

Podobnie jeśli darowana nieruchomość ma wady, nie byłoby słusznie w powyższym przypadku przybranie standardu odpowiedzialności takiego jak w przypadku darczyńcy, skoro B musiał zainwestować w nabycie nieruchomości aż 600 tys. PLN zapłacone na rzecz C. Jednak jeśli polecenie nie byłoby rodzajem odpłaty, to A odpowiada jedynie za umyślność i rażące niedbalstwo (art. 891 k.c.), co nie byłoby wystarczające, skoro B uiszczył znaczną sumę pieniędzy (ponad połowę wartości rzeczy) na żądanie darczyńcy i w związku z otrzymaną darowizną. Jeśli zaś polecenie jest odpłatą, a darowizna z poleceniem *negotio mixto cum donatione*, to A odpowiada za każdy rodzaj winy, ponieważ w całej czynności przeważa element odpłatny. Argumenty teleologiczne przemawiają więc za uznaniem polecenia za rodzaj odpłaty.

### 3. Argumenty europejsko-komparatystyczne

Co więcej, za uznaniem polecenia za rodzaj odpłaty, a więc również i darowizny z poleceniem za czynność częściowo odpłatą, przemawiają argumenty europejsko-komparatystyczne: Draft Common Frame of Reference (DCFR), który być może będzie stanowił punkt wyjścia dla przygotowania kodeksu cywilnego dla Unii Europejskiej i który podsumowuje dotychczasowe osiągnięcia europejskiej cywilistyki porównawczej, reguluje darowiznę z poleceniem (*donation with charge*) w art. IV H – 1:202 pod ogólnym pojęciem „czynności niecałkowicie odpłatnych”. Znaczy to, że DCFR kwalifikuje ją jako subkategorię *negotii mixti cum donatione*<sup>41</sup>. Uzasadnia to tym, że darowizna z poleceniem nie jest całkowicie nieodpłatna (*not entirely gratuitous*) i pozwala się bardzo łatwo analizować jako rodzaj *negotii mixti cum donatione*. Ojcowie DCFR chcieli również uniknąć nadmiernej drobiazgowości oraz kazuistyki regulacji i nie mieli zamiaru tworzyć niewielkiej liczby przypadków, które byłyby traktowane inaczej niż zwykłe *negotium mixtum cum donatione*. Polecenie jest zawsze traktowane jak odpłata (*reward*). Jego niewypełnienie to zwykły

---

<sup>40</sup> O regułach tych zob. w K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 50-57.

<sup>41</sup> Ch. von Bar, E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Vol. 3*, red. E. Clive, Ch. von Bar, München 2009, s. 2823.

brak świadczenia<sup>42</sup>. Owo unormowanie służy uproszczeniu systemu prawnego i zasługuje na aprobatę. Wychodzi ono z założenia, że to nie prawna kwalifikacja umowy, która może być różna w różnych krajach europejskich (np. we Francji w ogóle nie rozróżnia się darowizn z poleceniem i *negotii mixti cum donatione*, a mówi się ogólnie o darowiznach obciążliwych – *donations onéreuses* – *vide supra*), ale praktyczny rezultat czynności stoi dla stron na pierwszym miejscu, co ma szczególne znaczenie z uwagi na międzynarodowy i harmonizujący charakter DCFR, który musi uwzględnić różne tradycje prawne. Uznanie polecenia jako rodzaju odpłaty jest więc w zgodzie z najnowszymi trendami w europejskiej cywilistyce, przyczynia się zatem do ujednoczenia prawa prywatnego w Europie, co jest szczególnie ważne w obliczu członkostwa w Unii Europejskiej, jak również wzrastającej internacjonalizacji i globalizacji kontaktów prawnych i gospodarczych.

#### **4. Argumenty doktryny przeciw kwalifikacji polecenia jako odpłaty**

W obliczu powyższych argumentów należałoby stwierdzić, że jeśliby uznać, iż polecenie nie jest odpłatą, a darowizna z poleceniem nie jest rodzajem *negotii mixti cum donatione*, to należy znaleźć kryterium dyferencjacji między nimi. By tego dokonać, przyjrzyjmy się argumentom doktryny, zarówno polskiej, jak i niemieckiej, przeciw zaliczeniu darowizny z poleceniem do zbioru czynności częściowo odpłatnych.

Powszechnie uznaje się, że polecenie nie jest odpłatą, a stanowi jedynie zmniejszenie darowizny, ograniczając ją, ale nie wykluczając<sup>43</sup>. Wydaje się

---

<sup>42</sup> Tamże, s. 2817; K.P.Sokołowski, *Die Schenkung...*, s. 301.

<sup>43</sup> W Polsce: S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, red. W. Czachórski, t. III, cz. 2: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1976, s. 226; R. Longchamps de Brier, *Zobowiązania*, wyd. 2, Lwów 1939, s. 472; M. Niedośpiał, *Glosa do wyroku SA w Katowicach z 3.02.1995 r.*, *IACR 656/94*, *OSAp* 1997, nr 10, s. 77; A. Oleszko, *Szczególne konstrukcje umowy darowizny*, *Palestra* 1976, nr 10, s. 24; M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 778, nb. 1; L. Stecki, [w:] *System prawa...*, s. 284, nb. 18; W Niemczech: H. Brox, W.D. Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 30. Auflage, München 2004, s. 135, Rn 22; F. Haymann, *Schenkung...*, s. 75; A. Liebisch, *Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht*, Leipzig 1927, s. 32; Mot. II, 229; P. Oertmann, *Entgeltliche...*, s. 51; L. Steger, *Die gemischte...*, s. 20.

to jednak sprzeczne logicznie. Polecenie ogranicza nieodpłatność co do majątku, który musi być użyty dla wypełnienia polecenia, jednak uważa się, że mimo tego częściowego wyłączenia nieodpłatności, czynność dalej jest całkowicie nieodpłatną darowizną. Najwyraźniej sprzeczność tego rozumowania widać na przykładzie polecenia pochłaniającego (prawie) całą wartość darowizny. Nie ma tu (prawie) wcale wzbogacenia obdarowanego, ponieważ jest ono (prawie) całkowicie pochłonięte przez wartość polecenia, jednakże czynność miałaby być w dalszym ciągu całkowicie nieodpłatna. Wynika stąd, że obdarowany się wzbogacił, choć nie uzyskał żadnego wzbogacenia. Klóci się to z powszechnym, intuicyjnym poglądem na czynności odpłatne oraz nieodpłatne i zakrawa wręcz na ich nowe, projektujące zdefiniowanie, zwłaszcza że darowizna obciążona takim poleceniem realizuje cele zbliżone do sprzedaży.

Wielu autorów argumentuje, że polecenie jest jedynie ograniczeniem darowizny, której nie wyłącza, tak że wypełnienie go następuje na podstawie darowizny i z jej wartości, w ten sposób, że wartość polecenia musi być mniejsza niż wartość darowizny<sup>44</sup>. Znaczyłoby to, że obdarowanemu po wykonaniu polecenia pozostałoby jeszcze wzbogacenie. Argument ten nie przekonywa, bowiem nie można zapominać, że nieekwiwalentne świadczenie wzajemne przy *negotio mixto cum donatione* również jest mniejsze niż wartość częściowo darowanej rzeczy, w przeciwnym bowiem razie mielibyśmy do czynienia z kontraktem w pełni odpłatnym.

---

<sup>44</sup> M. Gehrlein, [w:] *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1*, red. H.G. Bamberger, H. Roth, München 2003, § 525, Rn 3; E. Herrmann, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. Bd. 1*, 11. Auflage, red. W. Erman, Münster-Köln 2004, § 525, Rn 6; P. Knoke, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse*, red. G. Planck, 3. Auflage, Berlin 1914, § 525 Anm. 1c; M. Probst, Anmerkung zum Urte. des BGH v. 7.4.1989 – V ZR 252/87, JR 1990, 194; S. Wimmer-Leonhardt, [w:] *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. §§ 516 – 534. Schenkungsrecht*, red. J. von Staudinger, Berlin 2005, § 525 Rn 8; A. v. Tuh r, *Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2/II, Berlin 1918, s. 168; w orzecznictwie: BGH 107, 156, 160; BGH NJW 1982, 818 f.; BGH FamRZ 1967, 214; BGH FamRZ 1970, 185; BFH DB 1974, 1606; OLG Bamberg NJW 1949, 788 f. W Austrii: NZ 1932, 172; M. Binder, [w:] *Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen. Band 4/I. (§§ 859-1089)*, red. M. Schwimann, Wien 1988, § 938 Rn 34; R. Schubert, [w:] *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1*, red. P. Rummel, Wien 2000, § 938 Rn 8.

Co więcej, przy sprzedaży z rabatem cena jest także mniejsza niż wartość sprzedawanej rzeczy, co jednak nie czyni jej zapłaty przedmiotem polecenia. Przedstawiony na początku argument nie jest więc odpowiednim kryterium rozróżnienia darowizny z poleceniem i *negotii mixti cum donatione*.

Pojawiają się także twierdzenia, że zapewnienie wypełnienia polecenia jest tylko celem pobocznym (niem.: *Nebenzweck*) darczyńcy, podczas gdy głównym celem (niem.: *Hauptzweck*) jest wzbogacenie obdarowanego<sup>45</sup>. Zazwyczaj tak jest, jednak można sobie wyobrazić sytuację, w której to spowodowanie wypełnienia polecenia jest celem głównym darczyńcy (np. bogaty, ale nienależący do „towarzystwa” starszy człowiek czyni wysoką darowiznę na rzecz snobistycznego domu starców z poleceniem przyjęcia go jako pensjonariusza i świadczenia mu opieki, ponieważ wie, że w żaden inny sposób nie zostałby do tego zakładu przyjęty)<sup>46</sup>. Podobnie było w przypadku rozpatrywanym w niemieckim orzeczeniu RGZ 60, 238: *Fräulein von H.*, właścicielka domu w Szczecinie nabytego za 54 000 RM, a według niej wartego 52 000 RM, przekazała go w umowie darowizny swej siostrze z poleceniem przejęcia długów ciężących na nieruchomości w wysokości 49 000 RM. Głównym celem darowizny była prawdopodobnie chęć pozbycia się ciężących na nieruchomości długów, a nie bezpłatne wygodzenie siostrze. Formę darowizny wybrano zapewne dla podkreślenia, że chodzi o transakcję z członkiem najbliższej rodziny, z którym nie wypada „uprawiać handlu”, i ewentualnie z powodów podatkowych. Pojmowanie polecenia jako jedynie celu pobocznego darowizny nie sprawdza się więc w każdej sytuacji, zatem nie może decydować o odebraniu mu charakteru odpłaty.

Z takich samych powodów nie można również argumentować, że skoro przysparzający wybrał dla przysporzenia formę prawną darowizny z poleceniem, to chce przez to zmanifestować swą wolę dokonania całkowicie bezpłatnego przysporzenia, ponieważ w przeciwnym razie

---

<sup>45</sup> A. O l e s z k o, *Szczególne konstrukcje...*, s. 26; L. S t e c k i, [w:] *System prawa...*, s. 284, nb. 18; L. S t e c k i, *Darowizna...*, s. 64; F. H a y m a n n, *Schenkung...*, s. 31 i nast.; W. K o e p p e n, *Das negotium...*, s. 40; RGZ 60, 238.

<sup>46</sup> Przykład zaczerpnięty z W. E. B e c k, *Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht*, München 1973, s. 85.

w ogóle nie uczyniłby przedmiotem darowizny tego, co i tak ma wrócić do jego majątku przez wykonanie polecenia<sup>47</sup>. Byłoby to prawdziwe tylko w bardzo szczególnych i rzadkich przypadkach darowizny, gdzie beneficjariuszem polecenia jest sam darczyńca, a wykonanie go narusza substancję darowanej rzeczy (np. darowizna 100 PLN z poleceniem zapłaty na rzecz darczyńcy 10 PLN). Celem nałożenia na obdarowanego polecenia jest zwykle chęć skłonienia go do zachowania prowadzącego do powstania stanu rzeczy, którego sam darczyńca nie jest w stanie wywołać. Jest to więc poniekąd zbliżone do zwykłej ekonomicznej wymiany<sup>48</sup> (*vide supra* przykład z domem starców z poprzedniego ustępu). Ubranie przysporzenia w formę darowizny z poleceniem ma często na celu podkreślenie, że chodzi o transakcję rodzinną lub jest korzystniejsze z przyczyn fiskalnych (brak podatku od dochodu ze sprzedaży nieruchomości przy zwolnieniu od podatku od darowizn I grupy podatkowej). Nie można więc uznać, że wybranie dla czynności formy darowizny z poleceniem w każdym przypadku świadczy o woli dokonania przysporzenia wyłącznie nieodpłatnego.

Część doktryny niemieckiej argumentuje, że w przypadku *negotii mixti cum donatione* i darowizny z poleceniem inny jest rozkład interesów stron. Interes darczyńcy w wypełnieniu polecenia przez obdarowanego ma być jedynie idealny i dlatego nie może być ono ekwiwalentem realnego świadczenia darowizny. Inne mają być motywy darczyńcy przy darowiznie z poleceniem, inne przy czynności częściowo odpłatnej. Odpłatą może być jedynie to, co otrzymuje sam darczyńca, nie zaś osoba trzecia<sup>49</sup>. Trudno się z tym zgodzić. Pomijając już fakt, że polecenie może polegać na obowiązku zapłaty sumy pieniężnej na rzecz darczyńcy, to jak najbardziej odpłata może być uiszczona osobie trzeciej w interesie darczyńcy. Unaochni to następujący przykład: A daruje B swoją nieruchomość wartą 1 mln PLN i nakłada nań polecenie zapłaty swoich długów u C w wysokości 200 tys. PLN. Niewątpliwie A ma żywotny, realny, nie tylko idealny interes

---

<sup>47</sup> W. K o e p p e n, *Das negotium...*, s. 41.

<sup>48</sup> Inne zdanie: *tamże*, s. 38.

<sup>49</sup> K. C o s a c k, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht*, Berlin 1884, s. 138. Podobnie też S. W i m m e r - L e o n h a r d t, [w:] *Kommentar...*, § 525, Rn 15.

w tym, by B zapłacił jego długi u C, bo w ten sposób się ich pozbywa. Świadczenie to odpowiada powyżej przedstawionej definicji odpłaty. Przemawia to przeciw owemu pogładowi doktryny. Część literatury szwajcarskiej argumentuje, że w przypadku świadczenia wzajemnego świadczący w głównej mierze pragnie zaspokojenia własnych interesów, zaś w przypadku polecenia – interesów osoby trzeciej<sup>50</sup>. Jednak zarówno powyższy przykład z poleceniem zapłaty długów darczyńcy, jak i przykład z poleceniem przyjęcia do domu starców pokazują, że darczyńca może również i przy poleceniu dążyć do zaspokojenia własnych interesów. Zanim niniejsza teza nie może być właściwym kryterium dyferencjacji między czynnością częściowo odpłatną a darowizną modalną.

Równie nieprzekonywający jest argument, że w przypadku *donationis sub modo* występuje jedność środków służących dokonaniu darowizny i polecenia, podczas gdy w przypadku *negotii mixti cum donatione*, w którym element obciążliwy ma niewątpliwie charakter odpłaty, darowizna i umowa odpłatna posługują się innymi środkami – co innego jest przedmiotem świadczenia z darowizny, co innego jest przedmiotem świadczenia z umowy odpłatnej<sup>51</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że wielu wybitnych przedstawicieli doktryny widzi wręcz jedność przedmiotu świadczenia z darowizny i umowy odpłatnej, będących elementami *negotii mixti cum donatione* (zwolennicy teorii jedności<sup>52</sup>). Nie ma więc najmniejszych powodów, aby ten argument miał odbierać poleceniu cechy odpłaty, zwłaszcza że zwolennicy tej koncepcji nie wyjaśniają, czemu w przypadku *donationis sub modo* miałyby występować tożsamość, a w przypadku czynności częściowo odpłatnej różność środków służących celom obu części czynności. Trudno bowiem za uzasadnienie uznać argument, jakoby

---

<sup>50</sup> P. Cavin, [w:] *Schweizerisches Privatrecht. Bd. 7/I. Obligationenrecht – Besondere Schuldverhältnisse*, red. F. Vischer, Basel-Stuttgart 1977, s. 190; B. v. Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Zürich 1972, s. 279; M. Winistörfer, *Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht*, Zürich 2000, s. 89.

<sup>51</sup> H. Lammfromm, *Teilung...*, s. 134-135 i 138-139.

<sup>52</sup> H. Burckhard, *Zum Begriff der Schenkung*, Erlangen 1899, s. 35; W. Müller, *Die gemischte Schenkung*, JherJhb. Bd. 48 (1905), s. 223 i nast.; K. Ternka, *Die gemischte...*, s. 43-47; O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht. Bd. 3. Schuldrecht*, Leipzig 1917, s. 434.



różność wynikała z tego, że *negotium mixtum cum donatione* jest częściowo odpłatne, a darowizna z poleceniem całkowicie nieodpłatna<sup>53</sup>. Byłby to bowiem *circulus vitiosus in probando*.

Niektórzy autorzy niemieccy i część judykatury próbują odróżnić darowiznę z poleceniem od *negotii mixti cum donatione* na podstawie stosunku wartości obu świadczeń, który ma być miarodajny dla określenia woli stron. Przy wielkiej dyskrepancji wartości mielibyśmy mieć do czynienia z *negotio mixto cum donatione*, przy niewielkiej – z darowizną z poleceniem<sup>54</sup>. To zdanie jest jedynie o tyle słuszne, że stosunek wartości świadczeń indukuje wolę stron zawarcia konkretnej czynności, jednakże w żadnym razie nie może samodzielnie rozstrzygać, ponieważ obowiązuje zasada subiektywnej ekwiwalencji (*vide supra*). Strony mają pełną wolność określenia stosunku wartości świadczeń przy darowiznie z poleceniem na 99%, a przy klasycznej czynności częściowo odpłatnej na 1%. Najlepszym przykładem jest wyrok *Reichsgerichts* RGZ 60, 238, gdzie polecenie pokrywało więcej niż 94% wartości darowanej nieruchomości. W stanach faktycznych orzeczeń, w których sądy w Polsce, Niemczech, Szwajcarii i Austrii uznały umowę za *negotium mixtum cum donatione*, wynosił stosunek świadczeń stron zwykle ca. 1 : 0.1 – 1 : 0.75<sup>55</sup>. Kwalifikacja czynności wyłącznie na podstawie wartości świad-

---

<sup>53</sup> Myśl taka wynika z dokładniejszej analizy ww. fragmentów dzieła H. Lammfromma.

<sup>54</sup> H. Lehmann, L. Enneccerus, [w:] L. Enneccerus, Th. Kipp, M. Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse*, 14. Auflage, Tübingen 1954, s. 485; M. Hülsheger, *Zuwendungen zwischen Ehegatten zum gemeinsamen Hausbau*, Münster 1982, s. 37; H. Kraher, *Gegenseitige Verträge*, Halle 1904, s. 71; L. Lilienthal, *Anmerkung zum Urteil des KG vom 24.4.1925*, JW 1926, 191; RGZ 60, 238, 242; RGZ 68, 326, 328; RG JW 1915, 513; RG JW 1916, 1117 i nast.; RGZ 112, 210, 212; OGHBrZ NJW 1949, 260 i nast.; OGHBrZ NJW 1949, 581 i nast.; BGHZ 3, 206, 212.

<sup>55</sup> W Polsce: wyrok SN z 5 października 2001 r., III CKN 461/00 (OSNC 2002, nr 6, poz. 80); orzeczenie SN z 6 maja 1959 r., 2 CR 164/59 (OSPik 1960, poz. 152); orzeczenie SN z 22 października 1956 r., II CR 557/55 (NP 1957, nr 9, poz. 118); postanowienie SN z 6 lipca 1954 r., I CR 1175/54 (OSN 1955, nr 3, poz. 57); orzeczenie SN z 3 kwietnia 1924 r., I C. 1937/22 (Zb. Orz. SNIC 1924, poz. 164). W Niemczech: OLG Köln NJW-RR 2002, 1595; BayObLGZ 1995, 186; BGHZ 59, 132; BGHZ 82, 274, 281; RGZ 163, 257; RGZ 148, 237; RGZ 101, 99; RGZ 29, 265. W Austrii: SZ 5/42. W Szwajcarii: BGE 82 II 430.

czeń stron przeczyłaby zasadzie subiektywnej ekwiwalencji i prowadziłaby do niepewności prawnej, bo przy czynnościach częściowo odpłatnych świadczenia z definicji nie mogą być sobie równe. Zachowanie pewności prawa należy zaś zawsze uwzględniać przy wykładni<sup>56</sup>. Jednakowoż mogą i przy całkowicie odpłatnych czynnościach wartości świadczeń dywergować (sprzedaż z rabatem, sprzedaż przymusowa *etc.*), co jednak nieodpłatności czynności nie szkodzi. Stosunek wartości świadczeń nie jest zatem właściwym kryterium dyferencjacji między czynnością częściowo odpłatną i darowizną modalną.

Część doktryny niemieckiej<sup>57</sup>, na czele z P. Oertmannem<sup>58</sup>, stara się poglądem o tym, jakoby polecenie nie miało cech nawet częściowej odpłaty, uzasadnić tym, iż wypełnić je można tylko przy pomocy samego przysporzenia, a nie innego majątku obdarowanego. Nie jest więc według nich możliwa darowizna nieruchomości *sub modo* pielęgnowania darczyńcy w chorobie, jednak byłaby możliwa darowizna nieruchomości zabudowanej z poleceniem, by obdarowany ustanowił na rzecz darczyńcy odrębną własność lokalu w tym budynku<sup>59</sup>. Jednakże P. Oertmann nie jest konsekwentny w swych poglądach, dopuszcza bowiem polecenie wyrażające się zapłatą sumy pieniężnej w przypadku, gdy przedmiot darowizny jest niepieniężny<sup>60</sup>, jednakże nie, gdy przedmiotem darowizny są pieniądze. Różne traktowanie tych przypadków uzasadnia tym, jakoby świadczenie niepieniężne zawsze można było sprowadzić do abstrakcyjnej wartości, nie miałyby to jednak być możliwe przy świadczeniu pieniężnym, ponieważ jest ono od początku tylko abstrakcyjną wartością<sup>61</sup>. Niemożliwa byłaby więc darowizna sumy pieniężnej z poleceniem płacenia od niej odsetek darczyńcy<sup>62</sup>. Argumentacja zwolenników tego poglądu nie jest

---

<sup>56</sup> K.P. Sokółowski, *E-Mail-Werbung...*, s. 901; tenże, *Die Abtretbarkeit...*, s. 311; tenże, *Zasiedzenie lokalu...*, s. 21.

<sup>57</sup> J. Esser, *Schuldrecht. Bd. 2*, 4. Auflage, Karlsruhe 1970, s. 87; F. Haymann, *Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft*, JherJhb. Bd. 56 (1910), s. 119; L. Steger, *Die gemischte...*, s. 19-20.

<sup>58</sup> P. Oertmann, *Entgeltliche...*, s. 52 i nast.

<sup>59</sup> L. Steger, *Die gemischte...*, s. 20.

<sup>60</sup> P. Oertmann, *Entgeltliche...*, s. 55.

<sup>61</sup> *Tamże*, s. 55.

<sup>62</sup> Taki rodzaj darowizny z poleceniem dopuszcza wyraźnie L. Stecki, *Darowizna...*, s. 68.

jednak przekonująca, bazuje bowiem na arbitralnej, niemającej oparcia w ustawie (ani w BGB<sup>63</sup>, ani tym bardziej w kodeksie cywilnym), a stworzonej przez autorów definicji polecenia, i jest także obarczona niekonsekwencją, różnie traktując polecenie w zależności od tego, czy przedmiotem darowizny jest świadczenie pieniężne, czy niepieniężne. Każde zachowanie może być przedmiotem polecenia<sup>64</sup> i nie można go ograniczać tylko do świadczeń z samego przysporzenia. Koncepcja P. Oertmanna została poddana słusznej krytyce przez znaczną część doktryny niemieckiej<sup>65</sup>.

Spotyka się także uzasadnienie innej natury odpłaty i polecenia odnoszące się do związku formalnego. *Reichsgericht* w wielokrotnie już wyżej cytowanym orzeczeniu RGZ 60, 238 stwierdził, że polecenie jest jednostronnie zależne od przysporzenia, w przeciwieństwie do odpłaty przy sprzedaży, która znajduje się w związku synallagmatycznym z przysporzeniem sprzedającego. Wtóruje mu także Sąd Najwyższy<sup>66</sup>. Podobne zdanie prezentuje również doktryna polska i niemiecka<sup>67</sup>, podkreślając brak wymiany świadczeń przy darowiznie z poleceniem<sup>68</sup>. Zwolennicy tego stanowiska zdają się jednak zapominać, że związek synallagmatyczny nie jest jedynym możliwym w przypadku czynności odpłatnej (*vide supra*). Gdy odpłatę i przysporzenie łączy powiązanie kondycyjne czy kauzalne, odpłata jest także jednostronnie zależna do przysporzenia, jednak literatura po 1912 r.<sup>69</sup> nie neguje obciążliwego charakteru takich czynności.

---

<sup>63</sup> Nie wynika to z § 525 I, definiującego polecenie („Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat“), ani z § 527 I („Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen“).

<sup>64</sup> W.E. Beck, *Der Begriff...*, s. 94; A. Oleszko, *Szczególne konstrukcje...*, s. 26.  
<sup>65</sup> Np. W.E. Beck, *Der Begriff...*, s. 86; A. Liebisch, *Das Wesen...*, s. 30; A. von Tuhr, *Der Allgemeine...*, s. 166 i nast.

<sup>66</sup> Orzeczenie SN z 11 kwietnia 1946 r., C III 894/45 (PiP 1946, nr 7, s. 117).

<sup>67</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 16; W. Koepfen, *Das negotium...*, s. 40; R. Longchamps de Brier, *Zobowiązania...*, s. 473; A. Oleszko, *Szczególne konstrukcje...*, s. 26.

<sup>68</sup> L. Steger, *Die gemischte...*, s. 19.

<sup>69</sup> Wydano wtedy pracę P. Oertmanna, *Entgeltliche Geschäfte*.

Wydaje się, że polecenie jako odpłata pozostaje w związku modalnym z przysporzeniem, który, choć jest bardzo zbliżony do związku kondycyjnego<sup>70</sup>, według swej natury jest jednak podkategorią związku kauzalnego, ponieważ niewypełnienie polecenia nie może powodować upadku darowizny ani nawet jej odwołania<sup>71</sup>.

Nie można się zgodzić z poglądem, że darowizna z poleceniem nie mogłaby być uznawana za subkategorię *negotii mixti cum donatione* i musi być traktowana jak zwykła darowizna, ponieważ przepisy o niej znajdują się w tytule poświęconym darowiznie. Jak już było powiedziane, ustawodawca przesądził jedynie o możliwości umówienia polecenia przy darowiznie oraz określił warunki dopuszczalności odmowy jego wykonania, natomiast wcale nie uregulował darowizny z poleceniem w sposób kompleksowy. Poza tym gdzieś ją musiał uregulować, miejsce w ustawie, które na to wybrał, jest najlepsze, bo tematycznie łączy się z darowizną. Darowizna modalna jest wyjątkiem od ogólnej regulacji darowizny, dlatego właśnie nie można na nią przekładać ogólnych reguł wynikających z umieszczenia jej regulacji w ramach umowy darowizny. Interpretacja systemowa nie może więc przemawiać przeciw uznaniu polecenia za rodzaj odpłaty.

Trudno się również zgodzić z poglądem, że na przeszkodzie uznaniu wypełnienia polecenia za rodzaj odpłaty stoją problemy związane z *causa* darowizny i polecenia. Darowizna dokonywana jest *donandi causa*, natomiast polecenie *obligandi causa*, jednakże ze względu na jednostronną zależność polecenia od darowizny i fakt, że darczyńca może domagać się wypełnienia go dopiero po wykonaniu darowizny, podstawy prawne darowizny i polecenia w różnym czasie wywierają wpływ na przypisane im świadczenia. *Causa donandi* to *causa praesens*, podczas gdy *causa obligandi* to *causa futura*<sup>72</sup>, wskutek czego przy *donatione sub modo* obie *causae* występują w formie zmieszanej, a nie jak przy *negotio mixto cum donatione* w postaci połączonej, ale niez mieszanej w odrębny typ *causae*

---

<sup>70</sup> W.E. Beck, *Der Begriff...*, s. 88-89.

<sup>71</sup> K.P. Sokółowski, *Rozważania...*, s. 89; K.P. Sokółowski, *Die Schenkung...*, s. 299. Wyjątkiem jest prawo szwajcarskie, gdzie według art. 249 punkt 3 OR w razie niewypełnienia polecenia darczyńca może odwołać darowiznę.

<sup>72</sup> W. Koepfen, *Das negotium...*, s. 39.

(*duplicitas causarum*)<sup>73</sup>. Gdy przysporzenie i odpłatę za nie łączy związek kondycyjalny czy kauzalny, zobowiązania do świadczenia jednego i drugiego również nie powstają równocześnie, a jednak nie kwestionuje się odpłatności takich czynności. Nie wiadomo również, czemu fakt, że jedna *causa* jest *praesens*, a druga *futura*, miałby odbierać czynności przymiot choćby częściowej odpłatności.

Nie przekonywa także argument, że gdyby polecenie mogło być rodzajem odpłaty, musiałyby być możliwe przy każdej czynności, tymczasem jest ono dopuszczalne tylko przy testamencie i darowiznie<sup>74</sup>. Przyjrzyjmy się temu bliżej.

Na początku należy stwierdzić, że unormowanie polecenia jedynie przy dwóch czynnościach nie znaczy, jakoby nie było ono dopuszczalne – mocą porozumienia stron – przy innych kontraktach, przynajmniej teoretycznie. Przez uregulowanie polecenia przy tych dwu typach czynności ustawodawca nie wydaje się zakazywać go przy innych, a jego wolą było raczej wyjaśnienie sytuacji prawnej – że jakiś rodzaj świadczenia obdarowanego jest możliwy przy darowiznie. Intuicyjne jej pojęcie jako czynności nieodpłatnej zakazywałoby bowiem dołączania do niej jakichkolwiek poleceń, warunków potestatywnych, świadczeń wzajemnych *etc.* Przy testamencie natomiast istotne było uregulowanie, że i inne rozrządzenia, poza przysporzeniem (legatem), mające za przedmiot każde działanie albo zaniechanie, mogą być nałożone na spadkobiercę. Panuje bowiem *numerus clausus* czynności spadkowych. Jeśli strony mogą w ogólności umówić powiązanie kauzalne czy kondycyjalne, to byłoby niekonsekwentne zakazanie im umawiania polecenia przy innych czynnościach. Niezależnie od tego zwykle nie miałyby dla stron sensu umawiać polecenia. Jeśliby chciały nałożyć jednemu z kontrahentów dodatkowy obowiązek, jak np. dostawę przy sprzedaży, umówiłyby go jako zobowiązanie wzajemne w ramach umowy mieszanej, ponieważ odpowiada to lepiej interesom kupującego oraz całemu wymiennemu charakterowi umowy sprzedaży niż „polecenie dostawy”. To prawdopodobnie wyłączenie z braku celowo-

---

<sup>73</sup> *Tamże*, s. 39. O *duplicitate causarum* zob. K.P. Sokołowski, *Zatajenie...*, s. 111-112.

<sup>74</sup> W. Koepen, *Das negotium...*, s. 91.

ści i ponieważ takie umowy nie występują raczej w praktyce, ustawodawca uznał za zbędne ogólne regulowanie polecenia.

Nawet jeżeliby przyjąć, że wolą ustawodawcy było ograniczenie możliwości zastosowania tego rodzaju odpłaty jedynie do dwóch konkretnych rodzajów czynności przysparzających, darowizny i testamentu, co do swego ustawowego typu z natury nieodpłatnych, to nie przemawiałoby to przeciw temu, by uznać polecenie za rodzaj odpłaty. Z przesłanek, że odpłatę stosuje się przy czynnościach odpłatnych, a polecenie może być rodzajem odpłaty, nie wynika jeszcze, że może być ono stosowane przy każdej czynności, ponieważ nie przy każdej czynności może być stosowany każdy rodzaj odpłaty, co nie stoi w sprzeczności z pierwszą przesłanką tego wniosku, bowiem nie mówi ona, jakoby wszystkie rodzaje odpłaty mogły być stosowane przy wszystkich rodzajach czynności odpłatnych, ale jedynie niektóre przy niektórych. Po prostu *non sequitur*.

Część doktryny twierdzi, że polecenie nie jest odpłatą, ponieważ nie narusza substancji przysporzenia, ale ogranicza jedynie płynące z niego korzyści<sup>75</sup>. Jednakże i ten argument oparty jest na błędnym założeniu, że nie każde zachowanie może być treścią polecenia<sup>76</sup>, co nie ma żadnego oparcia w ustawie. Poza tym należy zauważyć, że również zapłata ceny sprzedaży nie narusza substancji przysporzenia sprzedającego, a jedynie pozostały majątek kupującego, jednak nie ma wątpliwości, że umowa jest odpłatna. Jeśliby zaś chodzić miało jedynie o wartość przysporzenia, to pamiętajmy, że zapłata ceny także ją narusza.

Nie można również argumentować, że polecenie nie może być odpłatą dlatego, że jego wypełnienie miałoby być zobowiązaniem naturalnym<sup>77</sup>. Pomijając fakt, iż udowodniliśmy, że tak nie jest, to nawet w przypadku przyjęcia takiej tezy nie można byłoby zaprzeczyć, że wierzycelność niezupelna jest w dalszym ciągu wierzycelnością, a więc prawem pod-

---

<sup>75</sup> *Tamże*, s. 91.

<sup>76</sup> Występuje tu sprzeczność w poglądach W.E. Becka, por. wypowiedź na s. 94 jego dzieła.

<sup>77</sup> Wydaje się, że taki pogląd wyraża konkludentnie M. S a f j a n, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 769, nb. 5, ponieważ uważa, że odpłatą nie może być polecenie, ale może nią być świadczenie przy darowiznie obciążliwej, które cechuje się przede wszystkim tym, że rodzi wierzycelność o jego spełnienie.

miotowym względnym przysporzonym do majątku wierzyciela, nie byłoby więc powodu, by odmówić jej natury odpłaty<sup>78</sup>. Nawet fakt, że polecenie nie rodzi wierzytelności o wypełnienie, jednak jest zabezpieczone możliwością żądania jego wypełnienia, nie stoi na przeszkodzie uznaniu go za prawo podmiotowe. Tym prawem podmiotowym jest możliwość domagania się wypełnienia polecenia.

## 5. Konkluzja

Wydaje się, że nie ma przekonujących argumentów na poparcie tezy, jakoby polecenie nie mogło być odpłatą. Zauważył to już historyczny ustawodawca pruski: na mocy § 1053 I 11 ALR<sup>79</sup> darowizna z poleceniem była w razie wątpliwości uważana za umowę odpłatną („*lästiger Vertrag*”). Gdy wartość polecenia nie odpowiada wartości rzeczy, a z analizy woli stron można wywieść zamiar przysporzenia częściowo odpłatnego, należy uznać, że cała *donatio sub modo to negotium mixtum cum donatione*<sup>80</sup>. Odpowiada to woli stron i znalazło uznanie orzecznictwa<sup>81</sup>. W orzeczeniu całej Izby Cywilnej z 3 kwietnia 1924 r.<sup>82</sup> SN wyraźnie stwierdził, że darowizna z poleceniem to rodzaj *negotii mixti cum donatione*. W orzeczeniu z 3 lutego 1995 r.<sup>83</sup> SA w Katowicach stwierdził,

---

<sup>78</sup> *A fortiori* z K.P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 82; tenże, *Die Schenkung...*, s. 299.

<sup>79</sup> „Schenkungen, welche unter einer von dem Geschenkenehmer zu leistenden Bedingung, oder zu einem gewissen von ihm zu erfüllenden Endzwecke versprochen, oder gegeben worden, sind, im zweifelhaften Falle, den lästigen Verträgen gleich zu achten.“

<sup>80</sup> J. Baron, *Pandekten*, 8. Auflage, Leipzig 1893, s. 129; I. Bremer, *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkung*, JherJhb. Bd. 13 (1874), s. 119; K. Cosack, *Das Anfechtungsrecht...*, s. 140; H. Dernburg, *Pandekten*, Bd. 1, Berlin 1903, s. 267; H. Lehmann, L. Enneccerus, [w:] L. Enneccerus, Th. Kipp, M. Wolff, *Lehrbuch...*, s. 499; F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 4, Berlin 1841, s. 103. W Polsce: K.P. Sokołowski, *Rozważania...*, s. 89; tenże, *Die Schenkung...*, s. 299; S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, red. W. Czachórski, t. IV..., s. 226; S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga I: *Część ogólna*, Warszawa 2002, s. 142; A. Kubas, *Recenzja pracy Leopolda Steckiego „Umowa darowizny”*, NP 1974, nr 10, s. 1373 i nast.

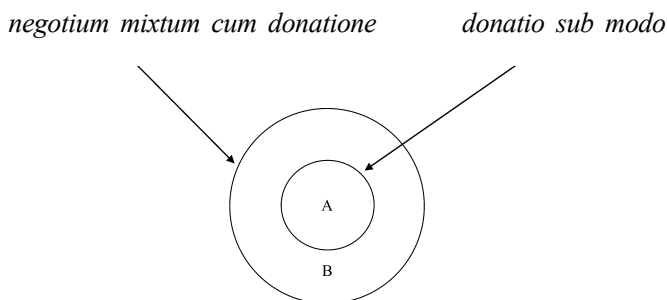
<sup>81</sup> Sf.A. 6, 38; Sf.A. 18, 136; Sf.A. 26, 131, Sf.A. 36, 275; Sf.A. 50, 162; BGH NJW 1952, 20, 21.

<sup>82</sup> I C. 1937/22 (Zb. Orz. SN IC 1924, poz. 164).

<sup>83</sup> I ACr 656/94 (OSAp 1997, nr 3, poz. 20).

że polecenie w każdym wypadku pozbawia darowiznę nieodpłatności, chyba że nie przekreśla istoty darowizny wyrażającej się przysporzeniem kosztem majątku darczyńcy. Część doktryny niemieckiej jest zdania, że praktyczne skutki darowizny z poleceniem i *negotii mixti cum donatione* są często ze sobą zbieżne<sup>84</sup>. Odróżnianie czynności częściowo odpłatnych od tych przypadków *donationum sub modo*, gdzie występuje nieekwiwalencja wartości polecenia oraz przedmiotu darowizny, i traktowanie obu przypadków tak samo co do oceny ich skutków prawnych niepotrzebnie komplikuje cały problem, a praktyczny rezultat i tak jest taki sam<sup>85</sup>.

Z powyższych rozważań wynika, że stosunek zakresowy nazw *negotium mixtum cum donatione* i *donatio sub modo* to nadrzędność<sup>86</sup>. Na kołach Eulera można przedstawić to w następujący sposób:



Przykłady czynności należących do odpowiednich pól:

A – umowa o treści: „X daruje Y-kowi swój samochód wart 100 000 PLN, przy czym nakłada na niego polecenie zapłacenia Z-owi 50 000 PLN”. (Związek kauzalny między przysporzeniem a odpłatą).

B – umowa o treści: „X sprzedaje Y-kowi swój samochód wart 100 000 PLN za 50 000 PLN, przy czym przewyżka wartości ma być przedmiotem przysporzenia nieodpłatnego na rzecz Y-ka”. (Związek synallagmatyczny między przysporzeniem a odpłatą).

---

<sup>84</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 17-18; W. Müller, *Die gemischte...*, s. 239.

<sup>85</sup> K.P. Sokółowski, *Rozważania...*, s. 89.

<sup>86</sup> *Tamże*, s. 89.



## VI. Podsumowanie

W niniejszej pracy wykazano, że wbrew pogładowi dominującemu zarówno w polskim, jak i niemieckim orzecznictwie i piśmiennictwie polecenie jest rodzajem odpłaty, a darowizna z poleceniem jest subkategorią *negotii mixti cum donatione*. Dlatego powinny mieć do niej zastosowanie jako normy ogólne wypracowane przez doktrynę reguły traktowania czynności częściowo odpłatnych, zaś przepisy kodeksowe o darowiznie z poleceniem winny mieć zastosowanie jedynie jako *leges speciales*. Wydaje się, że aplikowanie ogólnych reguł traktowania *negotii mixti cum donatione* do darowizn modalnych może przyczynić się do zamknięcia wielu luk prawnych, np. w przypadku odwołania darowizny z poleceniem lub sytuacji, gdy jej przedmiot ma wady.

*De lege ferenda* należałoby wyrazić *explicite* zaskarżalność polecenia w kodeksie cywilnym, a nawet powrócić do brzmienia art. 362 § 4 k.z., czyniąc *donationem sub modo pacto in favorem tertii*.

Dla praktyki notarialnej istotną kwestią jest to, że notariusz powinien w zrozumiały sposób pouczyć strony o wszystkich niebezpieczeństwach związanych z darowizną z poleceniem, a w szczególności o istnieniu – naszym zdaniem niesłusznego – poglądu o jej niezaskarżalności i w miarę możliwości doradzić zawarcie darowizny obciążliwej – wyraźnie stwierdzającej, iż osoba trzecia ma zaskarżalne roszczenie o spełnienie świadczenia. Jednak póki stanowisko o podrzędności darowizny z poleceniem do *negotii mixti cum donatione* nie upowszechni się, stanowi ona dla stron czynność potencjalnie niebezpieczną. Poza tym należy uzmysłwić sobie istnienie czynności częściowo odpłatnych i ich specyfikę oraz to, że strony nierzadko ich dokonują w stosunkach rodzinnych. Gdy notariusz powéźmie podejrzenia, że strony chcą zawrzeć *negotium mixtum cum donatione*, powinien je poinformować o skutkach tego typu czynności, jej traktowaniu i niebezpieczeństwach z tym związanych.