

*Krzysztof Piotr Sokołowski*

## **Forma aktu notarialnego, uzupełnienie zachowku oraz ustalenie schedy spadkowej a *negotium mixtum cum donatione***

### **1. Wstęp**

Przedmiotem niniejszych rozważań będzie kwestia wymogu formy aktu notarialnego dla *negotii mixti cum donatione*, jak również tego, jaki wpływ ma taki typ czynności na uzupełnienie zachowku oraz ustalenie schedy spadkowej. Na wstępie trzeba zauważyć, że kodeks cywilny we wszystkich tych przypadkach zawiera szczególne przepisy dotyczące darowizn. Należy przypomnieć, że według art. 890 k.c. dla oświadczenia darczyńcy wymagana jest forma aktu notarialnego, a według art. 993 *in fine* k.c. darowizny dolicza się do substratu zachowku, natomiast zgodnie z art. 1039 k.c. są one zaliczane na schedę spadkową. Powstaje pytanie, czy i jak przepisy te stosuje się wobec czynności zawierającej w sobie element nieodpłatny, ale niebędącej w całości darowizną. W orzecznictwie Sądu Najwyższego kwestia ta się jeszcze jednak nie pojawiła. Niniejsza tematyka ma immanentne znaczenie dla praktyki notarialnej.

### **2. Definicje czynności odpłatnej i nieodpłatnej**

W polskiej literaturze prawa nielatwo jest znaleźć dobrą definicję czynności obciążliwych i liberalnych. Zazwyczaj piśmiennictwo zadowala

się jednozdaniowym wyjaśnieniem<sup>1</sup>, brak natomiast głębszych studiów nad tym problemem. Zmusza to do sięgnięcia do doktryny obcej, która ma w tej dziedzinie osiągnięcia. Podstawowe znaczenie dla definicji odpłatności w piśmiennictwie niemieckim ma wydana w 1912 r. praca P. Oertmanna *Entgeltliche Geschäfte*. Uznał on, że czynność obciążliwa to taka, w której między przysporzeniem a odpłatą za nie istnieje prawny związek synallagmatyczny (przy umowach wzajemnych), kondycyjalny (gdy przysporzenie jest dokonane pod warunkiem świadczenia odpłaty przez kontrahenta) albo kauzalny (gdy odpłata jest podstawą prawną dokonania przysporzenia)<sup>2</sup>. Patrząc na pojęcie odpłatności i nieodpłatności w doktrynie polskiej i niemieckiej, należy stwierdzić, że można o nich 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 merytorycznej, 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

---

<sup>1</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 6, Warszawa 2003, s. 220 nb. 480; tenże, [w:] *System prawa prywatnego*, t. II, *Część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 202 nb. 98; S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. I, *Część ogólna*, red. W. Czachórski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 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*, Warszawa 1959, s. 411; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*, Kraków 1948, s. 75.

<sup>2</sup> P. Oertmann, *Entgeltliche Geschäfte*, München 1912, s. 16-17.

<sup>3</sup> A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1980, s. 141; A. Policiński, *Darowizna gospodarstwa rolnego*, PiP 1974, nr 8-9, s. 145; Z. Policzkiwicz-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; K.P. Sokołowski, *Negotium mixtum cum donatione a rękopisach wiary publicznej ksiąg wieczystych*, PS 2010, nr 5, s. 46.

<sup>5</sup> A. Klein, *Elementy...*, s. 141; Z. Policzkiwicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 56; K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 46.

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.

### 3. Definicja *negotii mixti cum donatione*

Nauka prawa definiuje *negotium mixtum cum donatione* jako taką umowę mieszaną, w której czynność prawna odpłatna jest połączona z umową darowizny<sup>7</sup> w taki sposób, że wartość świadczenia jednej strony przewyższa wartość świadczenia drugiej, co powoduje wzbogacenie jednej strony, a ubożenie drugiej<sup>8</sup>. Powiązanie musi nastąpić tak, aby powstała z tego jednolita czynność prawna<sup>9</sup>.

Spróbujmy teraz samodzielnie zbudować definicję *negotii mixti cum donatione*, tym razem na podstawie własnej definicji czynności odpłatnej i nieodpłatnej, przedstawionej wcześniej. Ze względu na zawarty w sobie

---

<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. Sokółowski, *E-Mail-Werbung als Spamming*, WRP 2008, s. 893; tenże, *Negotium...*, s. 49; tenże, *Zatajenie w akcie notarialnym części ceny nieruchomości a pozornosc sprzedaży i negotium mixtum cum donatione*, Rejent 2010, nr 4, s. 110.

<sup>7</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.F. Förster, M.E. Eccius, *Preußisches Privatrecht. Band 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 Freundschaftskauf als gemischte Schenkung*, Köln 1935, s. 1; H. Lammfromm, *Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag*, Leipzig 1897, s. 133; A. Liebisch, *Das Wesen...*, s. 66; 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>8</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 14.

<sup>9</sup> *Tamże*, s. 5.

element odpłatności *negotium mixtum cum donatione* musi być przynajmniej formalnie odpłatne, w przeciwnym wypadku czynność byłaby całkowicie nieodpłatna. Odpłatność formalna jest niestopniowalna, tzn. albo istnieje, albo nie, nie ma więc możliwości szukania w niej elementu charakteryzującego się częściowością. Elementu częściowej nieodpłatności należy więc szukać w aspekcie merytorycznym subiektywnym, co odpowiada intuicyjnemu wyobrażeniu o czynnościach częściowo odpłatnych. W *negotio mixto cum donatione* musi zatem istnieć nieekwiwalencja świadczeń stron, tj. muszą one 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 wartość świadczenia nie jest w całości pokryta, dokonuje 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 i obie strony są zgodne, że celem tej niecałkowitej ekwiwalentności jest bezpłatne wygodzenie kontrahentowi (*causa donandi*) oraz jednocześnie następuje w niej połączenie umowy odpłatnej z darowizną w jedną umowę mieszaną<sup>10</sup>. Istotne jest, aby obie strony działały w zgodnym zamiarze i ze świadomością, że remisja odpłaty za przysporzenie, powodująca nieekwiwalentność świadczeń, jest dokonywana z zamiarem częściowo nieodpłatnego wygodzenia kontrahentowi<sup>11</sup>. Sam fakt obiektywnej różnicy wartości świadczeń nie ma znaczenia dla zaistnienia *negotii mixti cum donatione*<sup>12</sup>. Przyczyną jest zasada subiektywnej ekwiwalencji.

---

<sup>10</sup> K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 46; tenże, *Zatajenie...*, s. 111.

<sup>11</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 14; W. Koepfen, *Das negotium...*, s. 17; W. Skalka, *Negotium mixtum cum donatione nach Gemeinem Recht und B.G.B.*, Würzburg 1907, s. 1; L. Steger, *Die gemischte...*, s. 16-17; K. Ternka, *Die gemischte...*, s. 19; M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 769, nb. 7; K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 49; tenże, *Zatajenie...*, s. 111.

<sup>12</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 13; W. Koepfen, *Das negotium...*, s. 17; M. Safjan, [w:] *Kodeks...*, s. 769, nb. 7; K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 49.

## 4. Teorie wyjaśniające istotę i traktowanie *negotii mixti cum donatione*

### 4.1. Uwagi wstępne

Omówiwszy kwestie związane z definicją *negotii mixti cum donatione*, należy zastanowić się, jak taką umowę mieszaną traktować, skoro ustawodawca jej nie uregulował. Doktryna od dawna stara się rozstrzygnąć ten problem, budując rozliczne teorie.

### 4.2. Teorie podziału (niem.: *Trennungstheorien*)

#### 4.2.1. Zasada ogólna

Teorie podziału to generalna nazwa wszystkich koncepcji zakładających, że aby ocenić skutki prawne *negotii mixti cum donatione*, należy je podzielić na dwie części – odpłatną i nieodpłatną, i względem każdej z nich stosować reguły odpowiadające tym ustawowym typom umów, do których da się zaliczyć odpowiednio jego część odpłatną i nieodpłatną. Twórcą tej teorii jest rzymski jurysta Ulpian<sup>13</sup>, a do niemieckiej pandektystyki wprowadził ją F.C. von Savigny<sup>14</sup>, najszerszej zaś uzasadnili ją H. Lammfromm<sup>15</sup> i W. Koepfen<sup>16</sup>. Poniżej przedstawimy niektóre wersje, w których koncepcja ta występuje.

#### 4.2.2. Poglądy H. Lammfromma – teoria obniżki ceny (niem.: *Preisnachlasstheorie*)

H. Lammfromm uważa, że istota darowizny zawartej w *negotio mixto cum donatione*, której dokonuje dłużnik świadczenia niepieniężnego, polega na tym, że strony wpiery ustalają wyższą cenę sprzedawanej rzeczy, którą następnie sprzedający-darczyńca obniża *animo donandi*<sup>17</sup>. Według tej koncepcji zawarta w nim darowizna jest co do swej istoty całkowicie zależna od czynności odpłatnej, która stanowi czynność główną (niem.: *Hauptgeschäft*), podczas gdy darowizna to czynność poboczna (niem.: *Nebengeschäft*). Tak więc nieważność tej pierwszej pociąga za sobą

---

<sup>13</sup> D. 24, 1, 5, 2.

<sup>14</sup> F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts. Band 4*, Berlin 1841, s. 99 i nast.

<sup>15</sup> H. Lammfromm, *Teilung...*, s. 140-149.

<sup>16</sup> W. Koepfen, *Das negotium...*, s. 48-53.

<sup>17</sup> H. Lammfromm, *Teilung...*, s. 135.

nieważność tej ostatniej, ale nieważność darowizny nie ma wpływu na ważność umowy odpłatnej<sup>18</sup>. Teoria H. Lammfromma zakłada więc realny podział umowy na dwa osobne kontrakty, a naturę czynności częściowo odpłatnych określa jako proste złożenie samodzielnych umów, przecząc tym samym jedności dokonanej przez strony czynności mieszanej. Koncepcję tę poza jej autorem reprezentuje w zasadzie jedynie H. Dernburg<sup>19</sup>, a wyłącznie w odniesieniu do Digestów – H. Kalvelage<sup>20</sup>. W 1901 r. poddał ją miazdzącej krytyce W. Koeppen<sup>21</sup>, za którym poszła prawie cała pozostała doktryna<sup>22</sup>.

#### **4.2.3. Poglądy W. Koeppena – teoria świadczenia rzeczowego**

W. Koeppen jest zdania, że strony zawierają jednolitą umowę – *negotium mixtum cum donatione*, która składa się z dwóch części – odpłatnej i nieodpłatnej. Według niego przedmiot darowizny jest ułamkową częścią świadczenia niepieniężnego<sup>23</sup>, co w przypadku nieważności darowizny, a ważności sprzedaży w zasadzie zawsze prowadzi do powstania współwłasności sprzedawanej-darowanej rzeczy<sup>24</sup>, co jest jedną z najbardziej charakterystycznych cech jego teorii. W praktyce jednak jego poglądy prowadzą do rozbicia umowy na dwie czynności – darowiznę i kontrakt odpłatny, których przedmioty świadczenia są całkowicie odrębne. W. Koeppen utrzymuje, że część odpłatną i nieodpłatną należy ściśle od siebie oddzielić i względem każdej z nich stosować reguły odpowiadające tym

<sup>18</sup> Tamże, s. 149-150.

<sup>19</sup> H. Dernburg, *Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Band 2/I. Die Schuldverhältnisse*, Halle 1899, s. 138.

<sup>20</sup> H. Kalvelage, *Die rechtliche...*, s. 20.

<sup>21</sup> W. Koeppen, *Das negotium...*, s. 20-34.

<sup>22</sup> O. Bitsch, *Die gemischte...*, s. 22; K. Braun, *Die gemischte...*, s. 23-26; S. Goldschmidt, *Die gemischte...*, s. 20; H. Jülicher, *Der Freundeskauf...*, s. 8; H. Kalvelage, *Die rechtliche...*, s. 21-23 i 32-33; F. Leonhard, *Besonderes Schuldrecht des BGB*, Band 2, München-Leipzig 1931, s. 130; H. Matthes, *Die gemischte...*, s. 35; W. Müller, *Die gemischte...*, s. 214; A. Roulier, *Die gemischte Schenkung nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Erbrechts*, Bern 1933, s. 27; W. Scheiblich, *Die gemischte...*, s. 20; W. Skalka, *Negotium...*, s. 27-29; L. Steger, *Die gemischte...*, s. 28-29; K. Ternka, *Die gemischte...*, s. 24-27; Weirauch, *Die gemischte Schenkung*, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 48 (1904), s. 242; R. Ziegler, *Die gemischte...*, s. 27-28.

<sup>23</sup> W. Koeppen, *Das negotium...*, s. 27-33.

<sup>24</sup> Tamże, s. 31.

ustawowym typom umów, do których one przynależą. Jednakże gdy podział taki nie jest możliwy, całą czynność częściowo odpłatną należy traktować według reguł właściwych dla jej odpłatnej części<sup>25</sup>. Jego teorię podzielają H. Matthes<sup>26</sup>, L. Steger<sup>27</sup> i H. Kalvelage<sup>28</sup>. W literaturze polskiej koncepcję tę prezentują St. Breyer<sup>29</sup>, A. Wolter<sup>30</sup>, S. Gross<sup>31</sup> i J. Wasilkowski<sup>32</sup>, a także Sąd Najwyższy<sup>33</sup>. Jej wadą jest to, że często prowadzi ona do powstania współwłasności między stronami czynności. W praktyce rodziłoby to skutki bardzo niepożądane przez strony – zwrot ułamkowego udziału we współwłasności rzeczy nie zadowoliliby ani kupującego-obdarowanego, ani sprzedającego-darczyńcy i prawie na pewno byłby zarzewiem nowego konfliktu.

#### 4.2.4. Poglądy Reichsgerichts – teoria przewyżki wartości (niem.: *Mehrwertstheorie*)

Odmianą teorii podziału jest teoria przewyżki wartości (niem.: *Mehrwertstheorie*), według której przedmiotem darowizny nie jest udział we współwłasności rzeczy będącej przedmiotem świadczenia z *negotii mixti cum donatione*, ale przewyżka jego wartości nad wartość świadczenia drugiej strony. Koncepcję tę reprezentował w licznych orzeczeniach Reichsgericht i polski przedwojenny Sąd Najwyższy<sup>34</sup>. Skoro przedmiotem darowizny jest tylko abstrakcyjna wartość rzeczy, to w razie upadku albo nieważności nieodpłatnej części czynności mieszanej po stronie sprzedającego-darczyńcy powstaje jedynie roszczenie o zapłatę sumy

---

<sup>25</sup> Tamże, s. 52.

<sup>26</sup> H. Matthes, *Die gemischte...*, s. 37.

<sup>27</sup> L. Steger, *Die gemischte...*, s. 39.

<sup>28</sup> H. Kalvelage, *Die rechtliche...*, s. 32.

<sup>29</sup> St. Breyer, *Przeniesienie...*, s. 283.

<sup>30</sup> A. Wolter, *Majątek wspólny i majątki odrębne małżonków*, Nowe Prawo 1965, nr 2, s. 113.

<sup>31</sup> S. Gross, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Grudziński, J. Ignatowicz, Warszawa 1966, s. 125.

<sup>32</sup> J. Wasilkowski, *Znaczenie wpisu do księgi wieczystej według prawa rzeczowego*, Państwo i Prawo 1947, nr 4, s. 27-28; tenże, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1957, s. 334.

<sup>33</sup> Zob. orzeczenie SN z 6 lipca 1954 r., I CR 1175/54 (OSN 1955, nr 3, poz. 57).

<sup>34</sup> Orzeczenie z 3 kwietnia 1924 r., I C. 1937/22 (Zb. Orz. SN IC 1924, poz. 164).

pieniężnej odpowiadającej przewyżce wartości jego świadczenia nad wartość świadczenia kontrahenta<sup>35</sup>. Nie powstaje natomiast roszczenie o przeniesienie udziału we współwłasności (dopuszczenie do współwłasności) ani tym bardziej skutek ten nie następuje *ex lege*. Teoria ta jest także reprezentowana w literaturze przedmiotu<sup>36</sup>. Jest ona jednak niesprawiedliwa, gdy część nieodpłatna *negotii mixti cum donatione* zdecydowanie przeważa<sup>37</sup>, poza tym trudno sobie wyobrazić jej zastosowanie w przypadku odpowiedzialności za wady sprzedawanej-darowanej rzeczy. Rzecz może mieć najróżniejsze wady, natomiast abstrakcyjnie ujęta wartość tylko jedną – może być mniejsza w rzeczywistości niż przewidziano w umowie. Byłoby to niesprawiedliwe względem kupującego-obdarowanego. Teoria przewyżki wartości nie może więc być stosowana w każdej sytuacji.

Teoria świadczenia rzeczowego i teoria przewyżki wartości są określane zbiorczym terminem „teoria kwotowa” (niem.: *Quotentheorie*).

#### **4.2.5. Poglądy M. Safjana – teoria rzeczywistego podziału czynności**

M. Safjan *expressis verbis* twierdzi, że gdy przysporzenie jest dokonane częściowo odpłatnie, a częściowo nieodpłatnie, powstają dwie odrębne czynności, a nie jedna umowa mieszana. W sytuacji zaś rażącej dysproporcji świadczeń możliwe jest uznanie całego kontraktu za czynność pozorną. W konkluzji występuje on przeciw przyjęciu istnienia *negotii mixti cum donatione*, skoro zawsze albo rozpada się ono w sposób rzeczywisty na dwie czynności, albo jest nieważne jako czynność symulowana<sup>38</sup>. Stanowisko to podziela całkowicie J. Jezioro<sup>39</sup>. Są oni więc zwolennikami najbardziej skrajnej z teorii podziału, przeczącej wprost istnieniu czynności mieszanej i uznającej rzeczywiste istnienie dwóch umów

---

<sup>35</sup> RGZ 54, 110; RGZ 68, 326; RGZ 148, 237, 239 i nast.; RG WarnR 1933, Nr. 180; RG JW 1935, 275; RG LZ 1931, Sp. 33, Nr. 2.

<sup>36</sup> E.I. Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, Band 2, Weimar 1889, s. 201; F. Förster, M.E. Eccius, *Preußisches...*, s. 29. W Polsce: L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 142; M. Pyziak-Szafraniecka, *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika*, Warszawa 1995, s. 155.

<sup>37</sup> BGHZ 30, 120.

<sup>38</sup> M. Safjan, [w:] *Kodeks...*, s. 768, nb. 5.

<sup>39</sup> J. Jezioro, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, red. E. Gniewek, Warszawa 2004, s. 641, nb. 10.



– darowizny i umowy odpłatnej (zwykle sprzedaży albo dożywocia). Koncepcja ta jest sprzeczna z wolą stron, którym chodzi o dokonanie jednej czynności, a nie dwóch. Poza tym wykazuje ona te same wady, co teoria świadczenia rzeczowego<sup>40</sup>. Z tych powodów słusznie została poddana krytyce przez Z. Radwańskiego<sup>41</sup> i L. Steckiego<sup>42</sup>.

#### 4.2.6. Podsumowanie teorii podziału

Reasumując, teorie podziału mogą być stosowane tylko, gdy świadczenie z *negotii mixti cum donatione* jest podzielne (np. zapłata sumy pieniężnej). Funkcjonują one wtedy dobrze. Sytuacja taka jest stosunkowo prosta – przyrzeczenie zapłaty z tytułu uiszczenia ceny (np. 800 zł) i darowizny (np. 200 zł), w którym darowizna jest nieważna, rodzi ważne roszczenie o 800 zł. Jednak gdy świadczenie jest niepodzielne (co jest najczęstszym przypadkiem, ponieważ takie kontrakty zwykle dotyczą przeniesienia własności nieruchomości), teorie podziału nie zawsze odpowiadają interesom stron. Teoria świadczenia rzeczowego prowadzi do powstania współwłasności w częściach ułamkowych, skomplikowanej i niepreferowanej przez ustawodawcę sytuacji prawnej<sup>43</sup>, co między nierzadko bardzo silnie skonfliktowanymi stronami prawie na pewno stawałoby się źródłem nowych nieporozumień<sup>44</sup>.

Co więcej, teorie podziału wymagają dla swego prawidłowego funkcjonowania nie tylko podzielności świadczenia z *negotii mixti cum donatione*, ale także niejako podzielności instytucji prawnych, mających mieć zastosowanie do danej czynności częściowo odpłatnej. Instytucja jest podzielna, gdy może być zastosowana w sposób sensowny czy do idealnej części przedmiotu świadczenia z *negotii mixti cum donatione*, czy też do abstrakcyjnej wartości. Podzielne według tej definicji będzie więc przeniesienie własności, odwołanie darowizny czy też uwzględnienie jej

---

<sup>40</sup> K.P. Sokółowski, *Negotium...*, s. 52.

<sup>41</sup> Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 240 i Z. Radwański, [w:] *System prawa...*, s. 203, nb. 102.

<sup>42</sup> L. Stecki, *Darowizna*, Toruń 1998, s. 80 i tenże, [w:] *System prawa prywatnego*, t. VII: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. Z. Radwański, Warszawa 2004, s. 285, nb. 22.

<sup>43</sup> J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2003, s. 111; K.P. Sokółowski, *Rękopis...*, s. 79.

<sup>44</sup> K.P. Sokółowski, *Negotium...*, s. 52.

przy obliczaniu zachowku. Nie można natomiast twierdzić, że sensowne jest wykonywanie prawa pierwokupu prowadzące do powstania współwłasności czy też w szczególności wykonywanie uprawnień z rękojmi za wady do ułamka rzeczy, podczas gdy przeniesiono własność całej rzeczy i w całości jest ona wadliwa<sup>45</sup>.

### **4.3. Teorie jedności (niem.: *Einheitstheorien*)**

#### **4.3.1. Zasada ogólna**

Teorie jedności to ogólna nazwa wszystkich tych koncepcji, które proponują jednolite traktowanie *negotii mixti cum donatione* bez wyodrębniania w nim części odpłatnej i nieodpłatnej. Teorie jedności, podobnie jak teorie podziału, występują w wielu wariantach.

#### **4.3.2. Teoria absorpcji**

Teoria ta nakazuje stosowanie do całego *negotii mixti cum donatione* wyłącznie przepisów dotyczących jednej jego części, tj. odpowiednio tylko przepisów o darowiznie albo tylko o umowie odpłatnej. Występuje ona w trzech wariantach:

Teorię darowizny (niem.: *Schenkungslehre*) sformułował w 1574 r. Tritaquellus<sup>46</sup>. Według niego czynność częściowo odpłatna jest zawsze darowizną, ponieważ przeważa w niej zamiar wzbogacenia kontrahenta. Obecnie niemal całkowicie zarzucona w krajach niemieckojęzycznych, ma licznych zwolenników w doktrynie polskiej<sup>47</sup>. Zadaje ona jednak gwałt woli stron, która jest nakierowana na dokonanie przysporzenia częściowo odpłatnego, częściowo nieodpłatnego, a nie wyłącznie tego drugiego. Poza tym jest bardzo krzywdząca, gdy przeważa element odpłatny czynności<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 53.

<sup>46</sup> Tritaquellus, *Commentarius a. l. Si unquam C. de revoc. don.*, Francofurti 1574, cyt. za. A. Roulier, *Die gemischte Schenkung nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Erbrechts*, Bern 1933, s. 22.

<sup>47</sup> B. Barłowski, E. Janeczko, *Księgi wieczyste – rejestr nieruchomości*, Warszawa 1988, s. 39; J. St. Piątkowski, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. St. Piątkowski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź, 1985, s. 372; K. Piasecki, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Bydgoszcz 1996, s. 29-30; Z. Policzkievicz-Zawadzka, *Umowa...*, s. 61-62; A. Szpunar, *Nowa ustawa o księgach wieczystych i hipotece*, Państwo i Prawo 1983, nr 5, s. 9; tenże, *Uwagi o rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych*, Państwo i Prawo 1963, nr 8-9, s. 277.

<sup>48</sup> K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 53.

Zupełnie inna jest teoria odpłatności (niem.: *Entgeltlichkeitstheorie*), której autorem jest D.F.A. Schilling<sup>49</sup>. Względem całej czynności mieszanej należy według niego stosować prawo właściwe dla jej odpłatnej części, ponieważ wola stron manifestuje się przede wszystkim w nazwie czynności, jeżeli nie jest to rażąco sprzeczne z jej treścią. Koncepcja ta znalazła oddźwięk w niemieckim orzecznictwie<sup>50</sup> i w polskiej literaturze<sup>51</sup>. Jednakże obecnie w krajach niemieckojęzycznych została ona prawie całkowicie zarzucona. Imputuje się jej, że nie uwzględnia specyficznych przepisów o darowiznie zawartej w *negotio mixto cum donatione* i nie wyraża woli stron, co widać szczególnie wtedy, gdy w umowie zdecydowanie przeważa element nieodpłatności<sup>52</sup>.

Mimo przedstawionych wyżej wątpliwości, zalety teorii absorpcji są niepodważalne. Jest ona bardzo prosta w stosowaniu i zapewnia jednolite rozwiązanie, co jest szczególnie ważne, gdy przedmiot świadczenia z darowizny zawartej w *negotio mixto cum donatione* i instytucja prawna, która jest *in concreto* względem niego stosowana, są niepodzielne (np. rękojmia za wady). Teoria absorpcji sprawdza się szczególnie dobrze tam, gdzie zdecydowanie przeważa z elementów umowy mieszanej. Dostrzegając wady i zalety obu wersji teorii absorpcji, F. Endemann<sup>53</sup>, F. Leske<sup>54</sup> i St. von Blociszewski<sup>55</sup> proponują stosować je alternatywnie w zależności od tego, który element w czynności przeważa. W doktrynie polskiej zwolennikami tej koncepcji są M. Allerhand<sup>56</sup>, E. Gniewek<sup>57</sup> i Z. Ra-

---

<sup>49</sup> D.F.A. Schilling, *Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts. Band 3*, Leipzig 1846, s. 788-789.

<sup>50</sup> Sf.A. 28, 223.

<sup>51</sup> S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 51.

<sup>52</sup> K.P. Sokółowski, *Negotium...*, s. 54.

<sup>53</sup> F. Endemann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts. Band 1*, 9. Auflage, Berlin 1903, s. 1029.

<sup>54</sup> F. Leske, *Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Allgemeinen Preußischen Landrechts. Erste Hälfte*, Berlin 1900, s. 224.

<sup>55</sup> St. von Blociszewski, *Die Vermengung von Vertragstypen*, Borna-Leipzig 1905, s. 41.

<sup>56</sup> M. Allerhand, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 1991, s. 149.

<sup>57</sup> E. Gniewek, [w:] *System prawa prywatnego*, t. IV: *Prawo rzeczowe*, red. Z. Radwański, Warszawa 2005, s. 128, nb. 208.

dwański<sup>58</sup>. Alternatywne stosowanie obu wersji teorii absorpcji pozwala zredukować ich wady i jest rozwiązaniem prawidłowym, gdy niepodzielny jest przedmiot świadczenia z darowizny lub instytucja mająca mieć zastosowanie<sup>59</sup>.

#### 4.3.3. Właściwa teoria jedności

Teoria ta została po raz pierwszy wzmiankowana przez H. Burckharda w 1899 r.<sup>60</sup>, a najszerszej w 1904 r. uzasadnił ją W. Müller<sup>61</sup>. Wychodzi on nie z absorpcji, ale z jedności stosunku zobowiązaniowego, której nie stoi na przeszkodzie podzielność przedmiotu świadczenia z *negotii mixti cum donatione*. Jedność ta nie może być naruszona, w każdym wypadku więc konieczne jest jednolite traktowanie czynności częściowo odpłatnych. Względem nich należy stosować jednocześnie normy dotyczące darowizny i danej umowy odpłatnej. Trzeba więc sprawdzić, w jakich aspektach przeważa określona cecha i tam stosować wyłącznie przepisy o darowiznie albo o kontrakcie odpłatnym<sup>62</sup>. Właściwa teoria podziału jest reprezentowana w literaturze niemieckiej przez O. von Gierkego<sup>63</sup>, S. Goldschmidta<sup>64</sup>, F. Regelsbergera<sup>65</sup>, W. Skalkę<sup>66</sup> i K. Ternkę<sup>67</sup>, w polskiej zaś przez J. Huberta<sup>68</sup>. Przychylił się do niej także Reichsgericht w orzeczeniu RGZ 101, 99<sup>69</sup>. Wywołuje ona jednak liczne wątpliwości. Po pierwsze, nie każda teoria podziału narusza jednolitość stosunku prawnego. Po drugie,

---

<sup>58</sup> Z. Radwański, [w:] *System prawa...*, s. 203, nb. 102.

<sup>59</sup> K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 55.

<sup>60</sup> H. Burckhard, *Zum Begriff der Schenkung*, Erlangen 1899, s. 35.

<sup>61</sup> W. Müller, *Die gemischte Schenkung*, JherJhb. Band 48 (1904), s. 223 i nast.

<sup>62</sup> *Tamże*, s. 228. Tak też K. Ternka, *Die gemischte...*, s. 47.

<sup>63</sup> O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht. Band 3. Schuldrecht*, München-Leipzig 1917s. 434.

<sup>64</sup> S. Goldschmidt, *Die gemischte Schenkung nach Reichsrecht*, Berlin 1907, s. 46.

<sup>65</sup> F. Regelsberger, *Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen?*, JherJhb. Band 48 (1904), s. 462.

<sup>66</sup> W. Skalka, *Negotium...*, s. 41-45.

<sup>67</sup> K. Ternka, *Die gemischte...*, s. 43-47.

<sup>68</sup> J. Hubert, *Darowizna powiązana z dożywociem*, Nowe Prawo 1948, nr 5, s. 451.

<sup>69</sup> W innych orzeczeniach RG przychylił się generalnie do teorii podziału, por. orz. RGZ 54, 110; RGZ 68, 326; RGZ 148, 237, 239 i nast.; RG WarnR 1933, Nr. 180; RG JW 1935, 275; RG LZ 1931, Sp. 33, Nr. 2.

z jedności czynności nie zawsze wynika w sposób konieczny jednolitość rozstrzygnięcia<sup>70</sup>. Mimo że właściwa teoria podziału nakazuje jednocześnie aplikować względem danej czynności mieszanej przepisy dotyczące darowizny i umowy odpłatnej, to jednak w danym aspekcie, w którym przeważa dana cecha (odpłatność albo nieodpłatność), zakłada ona stosowanie wyłącznie przepisów dotyczących jednego typu umowy, co prowadzi do niesłusznych rozwiązań, gdy przedmiot świadczenia i instytucja mająca być zastosowana są podzielne<sup>71</sup>.

#### 4.4. Teoria darowizny zawarcia umowy (niem.: *Theorie der Abschluss-schenkung*)

Teoria darowizny zawarcia umowy, sformułowana w 1920 r. przez H. Sibera<sup>72</sup>, zakłada, że przedmiotem darowizny jest samo zawarcie korzystnej umowy odpłatnej. Wychodząc z gospodarczego, a z nie prawnego pojęcia darowizny, zaprzecza istnieniu umów mieszanych częściowo odpłatnych, jako że połączyć można wyłącznie cechy należące do tej samej szerszej kategorii. Można więc mówić, że na chuście zmieszane są kolory brązowy i żółty, ale nie, że kolor brązowy i wełna<sup>73</sup>. Ponieważ umowa odpłatna i darowizna nie należą według tej teorii do żadnej wspólnej kategorii (darowizna nie jest tu umową, ale jakkolwiek korzyścią w sensie gospodarczym), nie jest możliwe ich połączenie w jeden kontrakt mieszany. Darowizna zawarcia umowy ma zdaniem F. Leonharda charakter odrębny, zatem stosują się do niej jedynie przepisy o tym typie darowizny: o odwołaniu i obowiązku dostarczania darczyńcy środków utrzymania (art. 897 k.c.). Jako czynność całkowicie nieodpłatna *negotium mixtum cum donatione* będzie traktowane w upadłości i w procesie pauliańskim, nie będzie natomiast się wobec niego stosował wymóg formy aktu notarialnego, a obowiązki stron regulować będą wyłącznie przepisy dotyczące kontraktu odpłatnego. Gdy jest nim sprzedaż, całą odpowiedzialność sprzedającego-darczyńcy regulować będzie rękojmia za wady rzeczy sprzedanej, w przypadku innych umów art. 471, 472 i 474 k.c.

---

<sup>70</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 35.

<sup>71</sup> K.P. Sokółowski, *Negotium...*, s. 55.

<sup>72</sup> H. Siber, *Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, JherJhb. Band 70 (1920), s. 264.

<sup>73</sup> F. Leonhard, *Besonderes...*, s. 131.

Koncepcję tę, poza H. Siberem i F. Leonhardem, reprezentują H. Jülicher<sup>74</sup> i O. Bitsch<sup>75</sup>.

Teoria ta, mimo swej pozornej atrakcyjności, ma jednak liczne wady. Abstrahując od nieprawidłowego określenia przedmiotu świadczenia z darowizny, z którego wynikają wszystkie jej szczegółowe propozycje, prowadzi ona do rozwiązań głęboko niesłusznych, gdy zarówno wzmiankowane świadczenie, jak i instytucja mająca mieć zastosowanie są podzielne (tak więc w ww. przykładzie suma pieniężna, będąca przedmiotem świadczenia z *negotii mixti cum donatione*, której tylko 1/3 jest płacona *ex causa lucrativa*, byłaby w całości uwzględniana przy obliczaniu zachowku – także w części, w jakiej jest płacona pod tytułem obciążliwym!). Teoria darowizny zawarcia umowy nie uwzględnia także wzajemnego stosunku wartości części odpłatnej i nieodpłatnej czynności częściowo odpłatnej. Czym innym jest bowiem sprzedaż tej samej rzeczy *animo donandi* za 1% wartości niż za 99%! Trudno sobie wyobrazić, by w obu przypadkach odpowiedzialność zbywcy kształtowała się tak samo.

#### 4.5. Teoria oceny celu (niem.: *Zweckwürdigungstheorie*)

Według teorii oceny celu, reprezentowanej przez niemiecki Bundesgerichtshof od 1952 r.<sup>76</sup>, decydującym kryterium dla oceny prawnej danego *negotii mixti cum donatione in concreto* jest zbiektywizowana wola stron zawarta w celu umowy<sup>77</sup>. Oceniając go przy uwzględnieniu interesów obu kontrahentów, należy rozstrzygnąć *in casu*, czy przeważa element odpłatny, czy nieodpłatny, a także czy względem całej umowy trzeba stosować teorię absorpcji, czy jedną z teorii podziału i którą z nich<sup>78</sup>. Na cel wskazuje zwykle wynik porównania wartości świadczeń stron. Koncepcję tę BGH reprezentuje w licznych orzeczeniach<sup>79</sup>. Znajduje ona

---

<sup>74</sup> H. Jülicher, *Der Freundeskauf...*, s. 17.

<sup>75</sup> O. Bitsch, *Die gemischte...*, s. 33.

<sup>76</sup> BGH NJW 1953, 501.

<sup>77</sup> S. Wimmer-Leonhardt, [w:] *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. §§ 516-534...*, red. J. von Staudinger, s. 71 Rn 207.

<sup>78</sup> *Tamže*, s. 72 Rn 207; H. Brox, W.D. Walker, *Besonderes...*, s. 137 Rn 28.

<sup>79</sup> BGHZ 30, 120; BGH FamRZ 1967, 214; BGH NJW 1981, 2687; BGH DNotZ 1988, 364 i BGH NJW-RR 2001, 6.

także uznanie w literaturze przedmiotu, zarówno niemieckiej<sup>80</sup>, jak i polskiej<sup>81</sup>.

#### 4.6. Własna teoria *negotii mixti cum donatione*

Teoria oceny celu pokazuje, że dla oceny prawnej *negotii mixti cum donatione* nie można konsekwentnie we wszystkich przypadkach stosować żadnej z wymienionych teorii. Skoro ze swej istoty *negotium mixtum cum donatione* składa się z części odpłatnej i nieodpłatnej, wydaje się, że najbardziej naturalna jest jedna z teorii podziału. Ponieważ strony w rzeczywistości dokonały jednej czynności, a nie dwóch, należy odrzucić koncepcję rzeczywistego podziału czynności prezentowaną przez M. Saffjana, w grę może wchodzić tylko przyjęcie fikcji dokonania przez strony dwóch czynności – odpłatnej i nieodpłatnej – i stosowanie względem nich norm odpowiadających ich ustawowym typom kontraktów<sup>82</sup>.

Wadą tej koncepcji jest jednak wymóg, aby świadczenia obu stron były podzielne (art. 379 § 2 k.c.), nie do przyjęcia bowiem jest założenie, że strony dokonały jednocześnie dwóch czynności, odpłatnej i nieodpłatnej, będących częściami jednego *negotii mixti cum donatione* i mających za przedmiot świadczenia tę samą rzecz oznaczoną co do tożsamości w ten sposób, że częściowo jej własność jest przenoszona odpłatnie, a częściowo pod tytułem darmym<sup>83</sup>. Byłoby to nielogiczne i sprzeczne z wolą stron. Mimo niepodzielności świadczenia można stosować jedną z teorii podziału, gdy norma mająca mieć zastosowanie dotyczy nie samego przedmiotu świadczenia, ale jego wartości (np. uwzględnianie darowizny przy obliczaniu wysokości zachowku). Nie tylko jednak świadczenia stron muszą

---

<sup>80</sup> M. Gehrlein, [w:] *Kommentar...*, red. H.G. Bamberger, H. Roth, s. 1892 Rn 13; H. Brox, W.D. Walker, *Besonderes...*, s. 137 Rn 28; E. Herrmann, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. Band 1*, red. W. Erman, 11. Auflage, Münster-Köln 2004, s. 1813-1814 Rn 16-16a; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band 2*, 10. Auflage, München 1972, s. 334-335; W. Weidenkaff, [w:] *Bürgerliches...*, red. O. Palandt, s. 717 Rn 14-17; S. Wimmer-Leonhardt, [w:] *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. §§ 516-534...*, red. J. von Staudinger, s. 71-76 Rn 207-220.

<sup>81</sup> S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. IV: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. W. Czachórski Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź, 1976, s. 227.

<sup>82</sup> K.P. Sokółowski, *Negotium...*, s. 57.

<sup>83</sup> *Tamże*, s. 85.

nosić cechę podzielności, ale także normy mające znaleźć zastosowanie (*vide supra*). Gdy niepodzielne jest świadczenie lub norma dotycząca jego przedmiotu, należy zastosować alternatywnie obie wersje teorii absorpcji w zależności od tego, która część *negotii mixti cum donatione* przeważa, na co wskazuje porównanie wartości świadczeń stron, zaś gdy są one warte tyle samo, o tym, co przeważa, decyduje, zgodnie z teorią oceny celu, cel czynności<sup>84</sup>.

## **5. *Negotium mixtum cum donatione* a forma aktu notarialnego**

### **5.1. Uwagi wstępne**

Tematem poniższych rozważań będzie rozstrzygnięcie, czy ze względu na zawartą w sobie darowiznę *negotium mixtum cum donatione* wymaga dla swej ważności formy aktu notarialnego dla oświadczenia woli sprzedającego-darczyńcy (art. 890 § 1 zd. 1 k.c.). Problematyka ta ma doniosłe znaczenie praktyczne – w przypadku bowiem udzielenia odpowiedzi twierdzącej, duża część czynności częściowo odpłatnych byłaby nieważna. Z tego powodu kwestia ta jest przedmiotem licznych orzeczeń, a także kontrowersji w nauce.

### **5.2. Sens wymogu formy aktu notarialnego**

Celem wprowadzenia wymogu formy aktu notarialnego dla oświadczenia woli darczyńcy jest zamysł ustawodawcy chronienia go przed nieprzemyślanym, pochopnym umniejszaniem jego majątku *titulo lucrativo*<sup>85</sup>. Stanięcie do aktu wymaga wszak zainwestowania czasu i znacznej sumy pieniędzy, skłania więc do zastanowienia się nad dokonaniem czynności. Nie bez znaczenia jest też obowiązek notariusza udzielenia niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej oraz czuwania nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne (art. 80 § 2 i 3 pr. o not.).

---

<sup>84</sup> K.P. Sokołowski, *Negotium...*, s. 57.

<sup>85</sup> Mot. II, 293; K. Braun, *Die gemischte...*, s. 45; H. Brox, W.D. Walker, *Besonderes...*, s. 129 Rn 4; W. Zachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, wyd. 9, Warszawa 2004, s. 558.



Odpowiednikiem wymogu formy notarialnej w prawie współczesnym była w prawie rzymskim insynuacja (*insinuatio*) – obowiązek sądowej rejestracji darowizny o wartości przekraczającej 500 solidów, co XIX-wieczna pandektystyka przeliczała na 4 666.67 RM<sup>86</sup>.

### 5.3. Poglądy doktryny

#### 5.3.1. Teorie podziału

Zwolennicy teorii podziału na gruncie prawa rzymskiego byli zdania, że insynuacja dotyczy tylko nieodpłatnej części *negotii mixti cum donatione*, o ile przekracza ona wartość 4 666.67 RM<sup>87</sup>, z tym że brak sądowej rejestracji nie prowadzi do nieważności całej czynności mieszanej, ale jedynie jej nieodpłatnej części przekraczającej wartość 4 666.67 RM, co według W. Koepfena skutkuje powstaniem współwłasności między kontrahentami<sup>88</sup>. Gdy zaś część odpłatna i nieodpłatna czynności mieszanej nie dają się oddzielić, cała umowa nie podlega obowiązkowi insynuacji<sup>89</sup>.

Co do zasady, zwolennicy tej koncepcji lansują ją także na gruncie § 518 I 1 BGB<sup>90</sup>, odpowiednika polskiego art. 890 § 1 zd. 1 k.c.: oświadczenie woli sprzedającego-darczyńcy musi być objęte formą aktu notarialnego w takim zakresie, w jakim zawiera w sobie darowiznę, co w praktyce sprowadza się do wymogu objęcia aktem całego oświadczenia woli<sup>91</sup>. W razie uchybienia formie nieważna jest nieodpłatna część czynności, co jednak według § 139 BGB i art. 58 § 3 k.c. pociąga za sobą nieważność całego *negotii mixti cum donatione*, chyba że czynność byłaby dokonana nawet bez części nieodpłatnej, czyli jako w pełni odpłatna<sup>92</sup>. Teorię tę popierają także K. Braun<sup>93</sup>, H. Kalvelage<sup>94</sup>, H. Matthes<sup>95</sup>,

---

<sup>86</sup> W. Koepfen, *Das negotium...*, 53-54.

<sup>87</sup> Tamże; H. Pernice, *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen*, Greifswald 1882, s. 44.

<sup>88</sup> W. Koepfen, *Das negotium...*, s. 55.

<sup>89</sup> Tamże, s. 54.

<sup>90</sup> „Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich“.

<sup>91</sup> W. Koepfen, *Das negotium...*, s. 72.

<sup>92</sup> Tamże, s. 73.

<sup>93</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 52.

<sup>94</sup> H. Kalvelage, *Die rechtliche...*, s. 38.

<sup>95</sup> H. Matthes, *Die gemischte...*, s. 44.

L. Steger<sup>96</sup>, Weirauch<sup>97</sup> i R. Ziegler<sup>98</sup>. Znajduje ona również wyraz w judykaturze<sup>99</sup>.

### 5.3.2. Teorie absorpcji

Teoria odpłatności D.F.A. Schillinga, traktującego *negotium mixtum cum donatione* zawsze jako czynność odpłatną, wyklucza wymóg stosowania wobec niego insynuacji, a więc także i formy aktu notarialnego<sup>100</sup>. Do dokładnie odwrotnych wniosków dochodzi teoria darowizny Trita-quellusa.

### 5.3.3. Właściwa teoria jedności

Właściwa teoria jedności stoi na stanowisku, że względem *negotii mixti cum donatione* musi być zawsze stosowany wymóg formy aktu notarialnego dla oświadczenia woli sprzedającego-darczyńcy, ponieważ należy mu się ochrona przed nieprzemyślanym umniejszeniem jego majątku *ex causa lucrativa*, niezależnie od tego, czy następuje ono w formie darowizny czystej, czy czynności częściowo odpłatnej. W. Müller<sup>101</sup> wymaga rzeczonyj formy także dla oświadczenia woli kupującego-zbywcy, nie podając zresztą żadnego uzasadnienia. Jako pogląd *contra legem* jest on krytykowany przez K. Brauna<sup>102</sup>. Inni przedstawiciele właściwej teorii jedności ograniczają wymóg formy aktu notarialnego – *secundum legem* – do oświadczenia woli zbywcy<sup>103</sup>.

### 5.3.4. Teoria darowizny zawarcia umowy

Część zwolenników tej koncepcji, wychodząc z założenia, że zawarcie korzystnej umowy jest darowizną odrębną, nie wymaga dla oświadczenia woli sprzedającego-darczyńcy formy aktu notarialnego<sup>104</sup>. H. Jülicher

<sup>96</sup> L. Steger, *Die gemischte...*, s. 43.

<sup>97</sup> Weirauch, *Die gemischte...*, s. 246-247.

<sup>98</sup> R. Ziegler, *Die gemischte...*, s. 36.

<sup>99</sup> Sf.A. 6, 38; Sf.A. 18, 37; Sf.A. 18, 136; Sf.A. 25, 238; Sf.A. 31, 138; RGZ 148, 238.

<sup>100</sup> D.F.A. Schilling, *Lehrbuch...*, s. 788.

<sup>101</sup> W. Müller, *Die gemischte...*, s. 230.

<sup>102</sup> K. Braun, *Die gemischte...*, s. 51.

<sup>103</sup> S. Goldschmidt, *Die gemischte...*, s. 48; W. Scheiblich, *Die gemischte...*, s. 47; K. Ternka, *Die gemischte...*, s. 50.

<sup>104</sup> O. Bitsch, *Die gemischte...*, s. 36; F. Leonhard, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 132; H. Siber, *Die Schuldrechtliche...*, s. 265.

natomiast postrzega *negotium mixtum cum donatione* jako przyrzeczenie darowizny (*Schenkungsversprechen*) i uważa, że stosuje się do oświadczenia woli zbywcy obowiązek zachowania formy aktu notarialnego<sup>105</sup>.

### 5.3.5. Teoria oceny celu

W kwestii wymogu formy aktu notarialnego dla oświadczenia woli sprzedającego-darczyńcy część adherentów teorii oceny celu jest zwolennikami stosowania w każdym przypadku poglądów teorii podziału<sup>106</sup>, inni ograniczają ich zastosowanie do sytuacji, gdy świadczenia stron są podzielne<sup>107</sup>. Kiedy jednak świadczenia są niepodzielne, niektórzy z tych ostatnich zawężają stosowanie rzeczzonego wymogu tylko do sytuacji, gdy część nieodpłatna *negotii mixti cum donatione* przeważa<sup>108</sup>. Według innych czynności takie zawsze wymagają formy aktu notarialnego, ponieważ nawet w takich przypadkach darczyńca musi być chroniony przed nieroztropnym umniejszaniem swego majątku. Skoro ustawodawca nie uzależnia wymogu formy od wysokości darowizny, to przyrzeczenie nawet najmniejszego przysporzenia *titulo lucrativo* jest co do swej ważności zależne od zachowania formy aktu notarialnego dla oświadczenia woli darczyńcy, nawet jeśli ta *donatio* jest elementem umowy częściowo odpłatnej<sup>109</sup>. Inni dopuszczają dokonanie *negotii mixti cum donatione* w każdej formie, o ile jego część nieodpłatna jest zanedbywalnie mała<sup>110</sup>.

### 5.4. Pogląd własny

Normy nakazujące stosowanie względem danej czynności formy szczególnej są niepodzielne, nie mogą być aplikowane tylko do części czynności. Dowodem na to jest art. 77 § 1 k.c., według którego uzu-

---

<sup>105</sup> H. Jülicher, *Der Freundeskauf...*, s. 20.

<sup>106</sup> M. Gehrlein, [w:] *Kommentar...*, s. 1893 Rn 14; H. Brox, W.D. Walker, *Besonderes...*, s. 137 Rn 29; E. Hermann, [w:] *Bürgerliches...*, 1814 Rn 16a; W. Weidenkaff, [w:] *Bürgerliches...*, s. 717 Rn 15.

<sup>107</sup> S. Wimmer-Leonhardt, [w:] *Kommentar...*, s. 72-73 Rn 211.

<sup>108</sup> K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band 2...*, s. 335; M. Cremer, [w:] *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse*, red. J. von Staudinger, Berlin 1995, s. 803 Rn 46.

<sup>109</sup> Chr. Berger, [w:] *Bürgerliches Besetzbuch. Kommentar*, red. O. Jauernig, München 2003, s. 608 Rn 18; S. Wimmer-Leonhardt, [w:] *Kommentar...*, s. 73 Rn 212.

<sup>110</sup> J. Oechsler, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, München 2003, s. 308 Rn 521.

pełnienie i zmiana umowy wymagają takiej samej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały do jej zawarcia. Wynika z tego, że jedna czynność nie może być co do zasady jednocześnie dokonana w kilku różnych formach tak, że różne jej części są objęte różnymi formami, zastrzeżonymi *ad solemnitatem*. Nie uchybia to wymogowi zachowania formy tylko dla oświadczenia woli jednej ze stron (art. 245 § 2 zd. 2 i art. 890 § 1 zd. 1 k.c.). Trudno byłoby sobie również teoretycznie i praktycznie wyobrazić skutki możliwości zastosowania obowiązku zachowania formy czynności zastrzeżonej *ad solemnitatem* do części oświadczenia woli. Jakież byłyby skutki takiej nieważności jedynie nieodpłatnej części *negotii mixti cum donatione*, jeśli cała czynność zostałaby dokonana według woli stron nawet bez części dotkniętej nieważnością (art. 58 § 3 k.c.)? Ponieważ odrzuciliśmy możliwość, by przedmiotem darowizny zawartej w takim typie czynności mogła być idealna część rzeczy (teoria świadczenia rzeczowego), skutkiem nieważności części *negotii mixti cum donatione* z powodu niezachowania formy aktu notarialnego dla oświadczenia woli zbywcy nie może być powstanie zobowiązania do przeniesienia jedynie idealnej części przedmiotu świadczenia. Wydaje się więc, że zgodnie z teorią przewyżki wartości, nieważność nieodpłatnej części czynności mieszanej musiałaby skutkować powstaniem po stronie sprzedającego-darczyńcy roszczenia o zapłatę wartości darowizny. Jest to w praktyce o tyle absurdalne, że ponieważ jego celem jest dokonanie przysporzenia częściowo nieodpłatnego, mało prawdopodobne jest, by z tego roszczenia skorzystał, a jeśliby to nawet uczynił, mogłoby to zostać uznane *in casu za venire contra factum proprium*. Tak więc całe *negotium mixtum cum donatione* (ale tylko co do oświadczenia woli zbywcy) musi podlegać jednej formie czynności prawnej, jest bowiem ugruntowane tylko jednym oświadczeniem woli każdej ze stron. Skoro tak, wymóg formy z art. 890 § 1 zd. 1 k.c. nie dotyczy nieodpłatnej części tego typu czynności, ale całego *negotium* co do oświadczenia woli zbywcy. To zaś jest traktowane jak czynność nieodpłatna, gdy przeważa jego element nieodpłatny i tylko wtedy względem całej czynności mieszanej istnieje obowiązek zachowania formy aktu notarialnego dla oświadczenia sprzedającego-darczyńcy. Gdy wartość części nieodpłatnej wynosi mniej niż 50% wartości całego przedmiotu świadczenia, całe *negotium mixtum cum donatione* może być dokonane bez zachowania formy aktu notarialnego dla oświadczenia woli

zbywcy. Niepodzielność normy z art. 890 § 1 zd. 1 k.c. uniemożliwia stosowanie jej do części oświadczenia woli, nawet gdy świadczenie z *negotii mixti cum donatione* jest podzielne.

Tytułem przykładu: przyrzeczenie zapłaty sumy pieniężnej, z której 1/3 ma być zapłacona tytułem uiszczenia ceny sprzedaży, a 2/3 tytułem darowizny, dla swej ważności wymaga objęcia oświadczenia woli przyrzekającego aktem notarialnym. W razie niedochowania tej formy przyrzeczenie będzie nieważne w całości, a nie jedynie co do 2/3 wysokości przyrzeczonej sumy.

Nie można uznać za przekonujący argument, że nieobjęcie oświadczenia woli sprzedającego-darczyńcy we wszystkich przypadkach formą aktu notarialnego pozbawi go ochrony. Wymóg formy z art. 890 § 1 zd. 1 k.c. służy wszak chronieniu darczyńcy przed jego własną nieroztropnością, tj. przed samym sobą. Nie wydaje się, by było to konieczne, zwłaszcza że mamy do czynienia z osobami mającymi pełną zdolność do czynności prawnych i niebędącymi w sytuacji przymusowej, co więcej, chronionymi szczególnymi przepisami art. 896-898 k.c. Ochrona przez wymóg rzeczonyj formy jest iluzoryczna, ponieważ nieważną z powodu niedochowania formy darowiznę konwaliduje jej wykonanie (art. 890 § 1 zd. 2 k.c.). Wydaje się, że *de lege ferenda* wymóg formy aktu notarialnego dla oświadczenia woli darczyńcy powinien zostać zniesiony. Naszym zdaniem próba chronienia podmiotu prawa cywilnego przed sobą samym jest całkowicie nieuzasadnionym ograniczeniem autonomii woli. Jeśli ktoś chce nieroztropnie umniejszać swój majątek, czemuż prawo miałoby mu to utrudniać? Wszak *volenti non fit iniuria*, a *ius civile vigilantibus scriptum est*<sup>111</sup>! Likwidacja tego wymogu rozwiązałaby także wątpliwości związane ze stosowaniem go do *negotii mixti cum donatione*, jak również z trudną do zaakceptowania konstrukcją teoretyczną konwalidacji nieważnej czynności prawnej. Co więcej, większość darowizn dokonywanych obecnie w formie aktu notarialnego musiałaby i tak być zawierana z zachowaniem tej formy, ponieważ zazwyczaj przedmiotem takich darowizn

---

<sup>111</sup> D. 42, 8, 24 (*Scaevola libro singulari quaestionum publice tractatarum*). W doktrynie zamiast wielu: K.P. S o k o ł o w s k i, *Negotium...*, s. 63; t e n ż e, *Die Abtretbarkeit der Sicherungsgrundschuld nach der Neuregelung durch das Risikobegrenzungs-gesetz*, JR 2009, s. 312; t e n ż e, *Rękopisma...*, s. 90.

są w obecnych warunkach społeczno-gospodarczych nieruchomości lub spółdzielcze własnościowe prawa do lokalu, proponowana zmiana nie spowodowałaby więc rewolucji w praktyce notarialnej i nie odbiłaby się na wynagrodzeniach notariuszy.

## **6. *Negotium mixtum cum donatione* a obliczanie wysokości zachowku i ustalenie wysokości schedy spadkowej**

### **6.1. Uwagi wstępne**

Tematem poniższych rozważań będzie kwestia traktowania *negotii mixti cum donatione* w kontekście przepisów o uwzględnianiu darowizn przy obliczaniu wysokości zachowku i ustalaniu wysokości schedy spadkowej. Teoretycznie spadkodawca mógłby przy pomocy rozporządzeń nieodpłatnych *inter vivos* obejść przepisy o zachowku, dokonując za życia darowizny prawie całego mienia, tak że spadek przedstawiałby nikłą wartość w porównaniu do uprzedniego majątku spadkodawcy, co doprowadziłoby do pokrzywdzenia uprawnionych do zachowku, dlatego też ustawodawca przyjął generalną zasadę doliczania wartości darowizn do podstawy obliczenia *portionis debitae* (art. 993 *in fine* k.c.). Uznając, że darowizny uczynione na rzecz spadkobiercy ustawowego mają co do zasady charakter *successionis anticipatae*, ustawodawca wprowadził nakaz ich uwzględniania przy podziale spadku przez zaliczenie na schedę spadkową. Według niego nie byłoby bowiem sprawiedliwe, gdyby jeden ze spadkobierców uzyskał podwójną korzyść – raz jako obdarowany, drugi raz jako spadkobierca, o ile spadkodawca nie wyraził odmiennej woli, zwalniając darowiznę od obowiązku zaliczenia (art. 1039 § 1 *in fine* k.c.).

Ponieważ ustawodawca w odniesieniu do obu instytucji prawnych przewidział podobne zasady, zostaną one omówione łącznie.

### **6.2. Ocena skutków prawnych *negotii mixti cum donatione***

Zarówno w art. 995 k.c., traktującym o zaliczeniu darowizn do masy będącej podstawą obliczenia zachowku, jak i w art. 1042 k.c., którego przedmiotem jest szczególnie sposób zaliczenia darowizn na schedę spadkową, ustawodawca mówi o doliczeniu do przedmiotowej masy majątkowej ich wartości. Normy te nie dotyczą więc samego przedmiotu świadczenia z darowizny, ale jego wartości. Nie ma więc znaczenia, czy w konkretnym *negotio mixto cum donatione* świadczenie jest podzielne

czy nie, ponieważ niezależnie od tego ustawodawca niejako „zamienia” je dla potrzeb omawianych tu instytucji prawnych na jego czystą wartość, która jest zawsze podzielna. Cechę tę wykazują także rzeczony normy – nie ma żadnych trudności logicznych w stosowaniu ich do części świadczenia. Wynika z tego, że w obu przypadkach dla oceny skutków prawnych wpływu tych norm na *negotium mixtum cum donatione* należy stosować teorię przewyżki wartości. Nakazuje ona w obu sytuacjach do masy będącej podstawą podziału spadku (w przypadku zaliczenia darowizn na schedę spadkową) czy też podstawą obliczenia zachowku (w przypadku przepisów o uwzględnianiu darowizn przy obliczaniu wysokości zachowku) doliczyć wyłącznie wartość części nieodpłatnej *negotii mixti cum donatione*. Jest to rozwiązanie sprawiedliwe, najbardziej odpowiadające dwuelementowej naturze czynności częściowo odpłatnych. Zastosowanie teorii przewyżki wartości w sytuacjach tu omawianych znajduje oparcie w zgodnym stanowisku doktryny, zarówno polskiej<sup>112</sup>, jak i niemieckiej<sup>113</sup>. Omawiane tu normy są przykładem tak rzadkiej w kwestii *negotii mixti cum donatione* jednomyślności nauki prawa.

Mimo iż ustawodawca nakazuje podlegającą doliczeniu wartość darowizny obliczyć według stanu z chwili jej dokonania, a cen z momentu działu spadku (art. 1042 § 2 k.c. – w przypadku ustalenia schedy spadkowej) czy ustalenia zachowku (art. 995 k.c. – w przypadku obliczenia wartości zachowku), co sugerowałoby stosowanie w obliczaniu rynkowej wartości rzeczy, to jednak, szczególnie w przypadku *negotii mixti cum donatione*, podstawowe znaczenie ma jej subiektywna wycena dokonana przez strony<sup>114</sup>, zaś w przypadku czynności częściowo odpłatnej wycena jej lukratywnego elementu, co jest zgodne z zasadą subiektywnej ekwiwalencji. Dopiero gdy strony same nie zawarły w treści umowy przesłanek do określenia owej subiektywnej wyceny, można stosować ceny rynkowe według prawideł określonych w art. 1042 § 2 i 995 k.c.

---

<sup>112</sup> M. P a z d a n, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 1027 nb. 3 co do zachowku i s. 1098 nb. 9 co do schedy. Zob. też L. S t e c k i, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. II, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, s. 871 co do zachowku.

<sup>113</sup> W. E d e n h o f e r, [w:] *Bürgerliches...*, s. 2450 Rn 5 co do zachowku.

<sup>114</sup> *Tamże*, s. 2452 Rn 20.

### **6.3. De lege ferenda**

*De lege ferenda* można by rozważyć nie tylko likwidację uwzględnienia darowizny przy uzupełnianiu zachowku, ale wręcz całkowite zniesienie *portionis debitaе*. Pochodzi ona bowiem z całkiem innej epoki – z czasów, gdy podstawą majątku jednostki było to, co odziedziczyła ona po przodkach, szczególnie ziemia. Obecnie zaś podstawą majątku jest to, co człowiek sam zarobi, w wielu przypadkach znacznie więcej niż to, co mógłby odziedziczyć. Poza tym ze względu na znacznie większą obecnie długość życia, oczekiwanie na spadek czy jego substytut w postaci zachowku byłoby bardzo długie, znacznie dłuższe niż w przeszłości. Co więcej, w razie problemów finansowych potencjalny spadkobierca może się zwrócić do pomocy społecznej, instytucji nieznanej w czasach, gdy kształtowała się instytucja zachowku, a nie czekać na spadek czy zachówek.

Zachówek znacznie ogranicza wolność testowania, jeden z podstawowych elementów autonomii woli stron, kamień węgielny prawa cywilnego. Poza tym jest sprzeczny z zasadą, że za życia spadkobiercy nikt nie może rościć sobie praw ani nawet nadziei na spadek. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*<sup>115</sup>! Instytucja zachowku wcale nie występuje we wszystkich systemach prawnych, nie ma jej np. w *common law* i nikt tam tego nie uważa za rzecz niesprawiedliwą, jest więc niezrozumiałe, czemu miałyby to w systemie kontynentalnym za taką uchodzić. Co więcej, likwidacja zachowku ułatwi akumulację kapitału, rzecz niezwykle ważną w systemie kapitalistycznym, oraz zmniejszy liczbę sporów prawnych, przyczyniając się do odciążenia sądów. Dlatego też zniesienie zachowku, do czego dobra okazja będzie przy pracach nad nowym kodeksem cywilnym, byłoby istotnym krokiem w kierunku dostosowania polskiego prawa spadkowego do zmienionej sytuacji społeczno-ekonomicznej.

*Mgr Krzysztof Piotr Sokółowski, LL.M. – doktorant na Uniwersytecie Ratybońskim, stypendysta fundacji DAAD.*

---

<sup>115</sup> D. 34, 4, 4.