

Edward Gniewek

O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków

I. Przedmioty zapisu windykacyjnego – uwagi ogólne

1. Poznajemy powoli nową dla polskiego prawa spadkowego **instytucję zapisu windykacyjnego**, uruchomioną ustawą z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 85, poz. 458). Sporadycznie opisywano ją w literaturze prawniczej na etapie projektu legislacyjnego¹. Obecnie, po wejściu w życie nowelizacji², spotykamy się już *de lege lata* z postępującą sukcesywnie dalszą refleksją doktryny³, z wybujałą niekiedy tytułaturą⁴. Na porządną monografię, opracowania systemowe⁵ czy rzetelny komentarz trzeba jeszcze

¹ Zob. J. Górecki, *Zapis windykacyjny – uwagi de lege ferenda*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego*, red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan, Kluczbork 2007; P. Sobolewski, *Opinia prawna o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw*, *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych* 2010, nr 4; W. Żukowski, *Projektowane wprowadzenie zapisu windykacyjnego do polskiego prawa spadkowego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2010, nr 4.

² Co nastąpiło 23 października 2011 r.

³ Por. M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011; A. Stempniak, *Nowelizacja kodeksu cywilnego w zakresie prawa spadkowego*, *Monitor Prawniczy* 2011, nr 12; H. Witczak, *Zapis windykacyjny – nowe rozrządzenie testamentowe w KC*, *Edukacja Prawnicza* 2011, nr 5.

⁴ Zob. J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny – Komentarz*, Warszawa 2011.

⁵ Drugie wydanie tomu 10. *Systemu prawa prywatnego* jest dopiero przygotowywane.

poczekać. Praktyka notarialna oczekuje zaś niezwłocznego doradztwa naukowego; wszak niedopracowana regulacja prawna zapisu windykacyjnego budzi sporo wątpliwości, następuje zaś wyraźne parcie spadkodawców na stosowanie tej nowej instytucji prawnej.

2. Zawile problemy sporne rozpoczynają się od określenia **przedmiotu** zapisu windykacyjnego. Według ustawodawcy przedmiotem takiego zapisu może być: 1) rzecz oznaczona co do tożsamości, 2) zbywalne prawo majątkowe, 3) przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne, 4) ustanowienie na rzecz zapisobiorcy użytkowania lub służebności (art. 981¹ §2 k.c.). Panująca na tym tle powszechna zgoda doktryny obejmuje tylko stwierdzenie, że obowiązuje tutaj zamknięty katalog (*numerus clausus*) przedmiotów zapisu windykacyjnego⁶. Spotykane, czasem nieuzasadnione wątpliwości dotyczą natomiast pojmowania poszczególnych, wskazanych w zacytowanym przepisie, przedmiotów zapisu windykacyjnego.

3. Jak dostrzeżliśmy, wśród przedmiotów zapisu windykacyjnego ustawodawca wskazuje w pierwszym rzędzie **rzeczy oznaczone co do tożsamości** (art. 981¹ § 2 pkt 1 k.c.). Znany i uzasadniony jest tutaj motyw **wyłączenia rzeczy oznaczonych co do gatunku**⁷. Bez wątpienia przecież sam charakter zapisu windykacyjnego, z jego skutkiem rzeczowym w postaci nabycia rzeczy (prawa) z chwilą otwarcia spadku (art. 981¹ § 1 k.c.), wyklucza późniejsze zabiegi wokół ścisłego oznaczenia nabywanego przedmiotu. Pamiętamy przecież o tym, że przedmiotem własności są wyłącznie oznaczone co do tożsamości rzeczy istniejące; analogiczna zasada powinna dotyczyć istniejących, zindywidualizowanych praw majątkowych będących przedmiotem zapisu windykacyjnego⁸. Zatem już na etapie zawartego w testamentie⁹ rozrządzenia spad-

⁶ Por. A. Stempniak, *Nowelizacja kodeksu...*, s. 631; J. Turłukowski, *Zapis...*, s. 28; H. Witczak, *Zapis...*, s. 6.

⁷ Por. M. Pazdan, [w:] *Kodeks...*, s. 1154; A. Stempniak, *Nowelizacja kodeksu...*, s. 631; J. Turłukowski, *Zapis...*, s. 29; H. Witczak, *Zapis...*, s. 6-7. Z okresu poprzedzającego nowelizację zob. także J. Górecki, *Zapis...*, s. 135-136; W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1032.

⁸ Inne wątpliwości dotyczą przedsiębiorstwa i gospodarstwa rolnego.

⁹ W wymaganej formie aktu notarialnego (zob. art. 981¹ § 1 *in principio* k.c.).

kodawcy przybierającego postać zapisu windykacyjnego należy ściśle oznaczyć przedmiot zapisu¹⁰.

Oczywiście, ściśle oznaczenie przedmiotu zapisu windykacyjnego należy do spadkodawcy, a w tym zakresie może on zmieniać swój testament według ogólnej zasady swobody testowania; według naturalnej kompetencji odwołania testamentu lub jego poszczególnych postanowień (art. 943 k.c.). Za każdym jednak razem należy wymagać od niego ścisłego oznaczenia przedmiotu dokonywanego zapisu windykacyjnego. Nie ma tu już nazbyt dużo miejsca na późniejszą swobodę interpretacyjną hołdującą słusznej w innych warunkach idei tłumaczenia testamentu tak, ażeby zapewnić możliwie najpełniejsze urzeczywistnienie woli spadkodawcy” (art. 948 § 1 k.c.). Zauważmy, że w przypadku zapisu windykacyjnego ustawodawca wymaga dostatecznej ścisłości w zakresie oznaczenia przedmiotu zapisu, a przy tym notariuszom powierzył sporządzanie testamentów zawierających rozrządzenie w postaci zapisu windykacyjnego¹¹.

Przy okazji trzeba stanowczo odrzucić nieprzemysłany pogląd¹², jakoby „testator mógł zapisać zapisem windykacyjnym **rzecz przyszłą oznaczoną co do tożsamości**” (podkr. moje E.G.). Nie bez powodu ustawodawca przeciwstawia, ilekroć jest po temu okazja¹³, **istniejące rzeczy oznaczone do gatunku** oraz **oznaczone co do tożsamości**. Osobną kategorię stanowią rzeczy przyszłe; w żadnym razie nie można sensownie zaklasyfikować ich do kategorii rzeczy oznaczonych co do tożsamości, a w obrocie poddano je raczej regułom właściwym dla rzeczy oznaczonych co do gatunku¹⁴. Mając to na uwadze, trzeba wykluczyć objęcie zapisem windykacyjnym rzeczy przyszłych.

Nie można, co prawda, przeoczyć regulacji art. 981² k.c., według którego, „**zapis windykacyjny jest bezskuteczny, jeżeli w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu nie należy do spadkodawcy** albo spad-

¹⁰ W odniesieniu do rzeczy wymagane jest oznaczenie co do tożsamości.

¹¹ A tu włączają się profesjonalne wymagania zawarte w ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2008 r., nr 189, poz. 1158 ze zm.).

¹² Zob. W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1032.

¹³ Chociażby w art. 155 k.c.

¹⁴ Zob. art. 155 § 2 zd. 2 k.c.

kodawca był zobowiązany do jego zbycia”¹⁵. Bez wątplenia zatem zapis windykacyjny **staje się bezskuteczny**, ilekroć do dnia otwarcia spadku **przedmiot zapisu przestał należeć do spadkodawcy**. Z drugiej strony, pomimo możliwych wątpliwości, trzeba również uznać, że zapis windykacyjny **nie staje się skuteczny**, jeżeli do chwili otwarcia spadku **nie wszedł do majątku spadkodawcy**. Zawsze jednak przedmiotem zapisu może być wyłącznie rzecz oznaczona co do tożsamości, a więc istniejąca i ściśle oznaczona¹⁶. Zadaniem notariusza jest przestrzeganie tych reguł, w powiązaniu z niezbędnym pouczeniem spadkodawcy.

Nawiasem mówiąc, od czasu ustanowienia zapisu windykacyjnego **przedmiot zapisu**¹⁷ może ulegać **substancjonalnym przeobrażeniom**; niekiedy daleko idącym. Wystarczy wspomnieć o dokonanej zabudowie nieruchomości. W żadnym jednak razie nie można tutaj mówić, z perspektywy czasu sporządzenia testamentu i perspektywy otwarcia spadku, o rozrządzeniu testamentowym obejmującym rzecz przyszłą, nawet gdyby spadkodawca ustanawiał zapis, od razu sygnalizując, że zamierza ją zabudować, a zapisobiorca nabędzie nieruchomość zabudowaną. Mamy tu do czynienia z istniejącą, oznaczoną co do tożsamości nieruchomością, a wzniesione później budynki stanowią – według zasady *superficies solo cedit* – jej część składową.

4. Patrząc kolejno dostrzegamy, że **przedmiot zapisu windykacyjnego** mogą również stanowić **zbywalne prawa majątkowe** (art. 981¹ §2 pkt 2 k.c.). Powołany przepis, potrzebnie jasny, potrafi jednak niektórych oślepić. Spotykamy się więc z twierdzeniem¹⁸, że „przede wszystkim może chodzić o **własność**”¹⁹ (np. nieruchomości), udziały

¹⁵ Zwracają na to uwagę M. Paźdzan, [w:] *Kodeks...*, s. 1155; A. Stępnia k, *Nowelizacja kodeksu...*, s. 631-632; J. Turłukowski, *Zapis...*, s. 30; H. Witczak, *Zapis...*, s. 6-7; W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1032-1033.

¹⁶ Nie można zaś z regulacji art. 981² k.c. wywodzić wniosku o dopuszczalności obejmowania zapisem windykacyjnym rzeczy przyszłych (jak W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1032); w połączeniu z wyraźną sugestią, że istnieją oznaczone co do tożsamości rzeczy przyszłe.

¹⁷ A mamy teraz na uwadze rzeczy oznaczone co do tożsamości.

¹⁸ Zob. J. Turłukowski, *Zapis...*, s. 31.

¹⁹ Podkreślenie moje – E.G.

w spółce z o.o. czy prawa z papierów wartościowych, jak i inne **zbywalne prawa rzeczowe, niemające charakteru bezwzględnego**²⁰.

Oczywiście, nikt nie powątpiewa, że prawo własności jest zbywalnym prawem majątkowym, wszakże według utartej formuły legislacyjnej w sferze rozporządzania mówimy raczej o **rozporządzaniu rzeczą** (zob. art. 140 k.c.). Stosownie do tego również w zakresie rozrządzeń testamentowych przyjął ustawodawca, że przedmiotem zapisu windykacyjnego są w pierwszym rzędzie rzeczy (oznaczone co do tożsamości). Po co tu jeszcze czynić przedmiotem zapisu windykacyjnego²¹ prawo własności jako zbywalne prawo majątkowe?

Nadto zupełnym nieporozumieniem ze strony krytykowanego autora jest sugestia o funkcjonowaniu w obrocie prawnym „zbywalnych praw rzeczowych niemających charakteru bezwzględnego”. Od kiedyż to istnieją względne prawa rzeczowe? Można tu co najwyżej założyć brak starannej korekty wydrukowanego tekstu, pachnie to zaś²², w tekście oficjalnym, merytorycznym błędem autora.

Generalnie zaś przedmiotem zapisu windykacyjnego mogą być wszelkie zbywalne prawa majątkowe. Należy tu uwzględnić zarówno **prawa bezwzględne**, jak też **względne**²³, stanowiące składniki **mienia** w rozumieniu art. 44 k.c.²⁴

Spośród **praw rzeczowych** w grę wchodzi zapis prawa **użytkowania wieczystego** nieruchomości gruntowej oraz **udziału we współwłasności** w częściach ułamkowych²⁵. Odrębnie dopuszcza też ustawodawca zapis windykacyjny w postaci **ustanowienia** na rzecz zapisobiorcy **użytkowania** lub **służebności** (art. 981¹ pkt 4 k.c.).

Przy okazji trzeba wspomnieć, że w przypadku zabudowanej nieruchomości gruntowej przedmiotem zapisu jest równocześnie oznaczona co do tożsamości **nieruchomość budynkowa**. Wszak z prawem użyt-

²⁰ Znowu moje podkreślenie – E.G.

²¹ Z punktu 2 art. 981 § 2 k.c.

²² A raczej śmierdzi.

²³ Por. W. Ż u k o w s k i, *Projektowane...*, s. 1033.

²⁴ Por. A. S t e m p n i a k, *Nowelizacja kodeksu...*, s. 631.

²⁵ O niedopuszczalności ustanowienia zapisu windykacyjnego udziału we współwłasności (wspólności) łącznej przysługującej małżonkom będzie mowa w toku dalszych rozważań.

kowania wieczystego ustawodawca związał przysługującą użytkownikowi wieczystemu własność budynków i urządzeń na użytkowanym gruncie (art. 235 § 2 k.c.); prawem głównym jest tutaj użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowej.

Mówiąc o zbywalnych **prawach majątkowych** trzeba jeszcze podkreślić, że powinny one zostać **ściśle oznaczone** w rozrządzeniu testamentowym ustanawiającym zapis windykacyjny; analogicznie, jak ściśle indywidualne (co do tożsamości) oznaczenie rzeczy stanowiących przedmiot zapisu windykacyjnego. Jedynie przy spełnieniu tego wymagania możliwe jest osiągnięcie skutku w postaci nabycia przedmiotu zapisu z chwilą otwarcia spadku.

5. Nie zawahał się także ustawodawca, by dopuścić możliwość ustanowienia zapisu windykacyjnego **przedsiębiorstwa** lub **gospodarstwa rolnego** (art. 981¹ § 2 pkt 3 k.c.). Nie mogą natomiast stanowić przedmiotu zapisu windykacyjnego jakiegokolwiek inne **masy majątkowe**²⁶, jak chociażby spadek²⁷ czy majątek małżonków. Nie można tutaj szermować chybionym, fałszywie stawianym argumentem, że przecież wszelkie zbywalne prawa majątkowe mogą być przedmiotem zapisu windykacyjnego²⁸. Nie wolno bowiem przeoczyć, że czynność zapisu windykacyjnego jest instrumentem **singularnej sukcesji prawnej**, nie zastosował zaś ustawodawca wariantu zapisu uniwersalnego²⁹. Nie może przy tym prowokować do uniwersalizacji zapisu windykacyjnego przykład przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego, wskazany wyraźnie przez ustawodawcę wśród przedmiotów zapisu windykacyjnego. Wszak rozporządzenie³⁰ przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym stanowi zdarzenie prawne będące źródłem sukcesji singularnej; singularnego nabycia owego przedsiębiorstwa (czy gospodarstwa rolnego). Nie zmienia takiego spojrzenia ta uzupełniająca norma prawna części ogólnej kodeksu cywilnego, według której czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo

²⁶ Tak słusznie W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1033; odmiennie J. Turłowski, *Zapis...*, s. 32.

²⁷ Spadek nabyty przez obecnego testatora (zapisodawcę).

²⁸ Takim argumentem posługuje się J. Turłowski, *Zapis...*, s. 32.

²⁹ Nie byłoby już tu miejsca na dziedziczenie spadku, przynajmniej w skrajnych przypadkach.

³⁰ Tutaj zaś rozrządzenie testamentowe w postaci zapisu windykacyjnego.

obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych³¹ (art. 55² k.c.).

Generalnie zaś, bez wątplenia, zarówno przedsiębiorstwo, jak też gospodarstwo rolne może stanowić przedmiot zapisu windykacyjnego. Posługując się takim pojęciem przy wskazywaniu przedmiotów zapisu, ustawodawca niewątpliwie odsyła nas do właściwych **definicji** zawartych w **art. 55¹** i w **art. 55³** k.c.³² Wykraczając poza wyraźne wskazania ustawodawcy, trzeba jednak dopowiedzieć jeszcze, że nie ma wyraźnych przeszkód prawnych, by również **zorganizowaną część przedsiębiorstwa**³³ uczynić przedmiotem zapisu windykacyjnego.

Oczywiście przedsiębiorstwo (czy jego zorganizowana część) oraz gospodarstwo rolne, objęte zapisem windykacyjnym, wymaga **ściślego zindywidualizowania**; jak wszelkie przedmioty zapisu. Dalej zaś obowiązuje zasada, że czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa (art. 55² k.c.).

Nie można wszakże zaprzeczyć, że „mogą jednak pojawić się wątpliwości przy określeniu pewnych praw majątkowych i ich zakwalifikowaniu do objętego zapisem windykacyjnym przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego. Istota przedsiębiorstwa i gospodarstwa rolnego tkwi w tym, że są to kompleksy praw majątkowych powiązanych organizacyjnie. Zachodzi więc możliwość zaistnienia wątpliwości, czy dane prawo majątkowe mieści się w owym kompleksie, czy też posiada odrębny, samodzielny byt prawny”³⁴. Zatem również w tym zakresie przydatne byłoby ściślejsze doprecyzowanie składników przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego stanowiącego przedmiot zapisu windykacyjnego.

6. Wielokrotnie wskazywano już w toku wcześniejszych rozważań, że przedmiotem zapisu windykacyjnego może być również **ustanowienie**

³¹ Do zagadnienia wypadnie jeszcze powrócić.

³² Por. A. Stempniak, *Nowelizacja kodeksu...*, s. 631; J. Turłukowski, *Zapis...*, s. 32.

³³ W kwestii tego pojęcia zob. zwłaszcza, z literatury ogólnej, W.J. Katner, [w:] *System prawa prywatnego*, t. I, *Prawo cywilne – Część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 1230-1232.

³⁴ Zob. A. Stempniak, *Nowelizacja kodeksu...*, s. 631.

na rzecz zapisobiorcy **użytkowania** lub **służebności** (art. 981¹ § 2 pkt 4 k.c.). Tym razem ustawodawca ujął przedmiot zapisu z perspektywy treści czynności rozrządzenia testamentowego, której istota sprowadza się do **ustanowienia** użytkowania lub służebności. Nie ulega wszakże wątpliwości, że skutkiem dokonanego zapisu jest **nabycie** przez zapisobiorcę prawa użytkowania lub służebności. Ostatecznie więc, bez względu na formułę ujęcia legislacyjnego, przedmiotem zapisu jest tutaj prawo użytkowania lub służebności, tyle że wcześniej jeszcze nieistniejące³⁵.

Trzeba wszakże podkreślić, że takie ustanowienie **prawa przyszłego**, skuteczne z chwilą otwarcia spadku, może odnosić się wyłącznie do **istniejących rzeczy, oznaczonych co do tożsamości**; takie oznaczenie niezbędne jest już w momencie sporządzania testamentu. Równocześnie trzeba podkreślić, że jeżeli przedmiotem zapisu jest ustanowienie dla zapisobiorcy użytkowania lub służebności, zapis jest bezskuteczny, gdy w chwili otwarcia spadku przedmiot majątkowy, który miał być obciążony użytkowaniem lub służebnością, nie należy do spadku albo spadkodawca był zobowiązany do jego zbycia (art. 981² zd. 2 k.c.).

Może zatem spadkodawca ustanowić w trybie zapisu windykacyjnego użytkowanie rzeczy³⁶ (lub prawa³⁷) na rzecz oznaczonego zapisobiorcy. Chodzi zaś o rzeczy przynoszące pożytki naturalne, a głównie nieruchomości. Można sądzić, że windykacyjny zapis prawa użytkowania posłuży głównie **alimentacyjnym** celom osobistym zapisobierców, będzie zatem ustanowiony raczej na rzecz osób fizycznych; chociaż formalnie nie ma przeszkód prawnych, by zapisobiercami były osoby prawne.

Z kolei w przypadku służebności w grę wchodzi ustanowienie w trybie zapisu windykacyjnego zarówno **służebności gruntowych**, jak też **służebności osobistych**³⁸, a nawet **służebności przesyłu**³⁹ (na rzecz przedsiębiorcy przesyłowego⁴⁰).

³⁵ Zauważmy przy tym, że istniejące prawo użytkowania jest niezbywalne (art. 254 k.c.); podobnie niezbywalne są służebności osobiste (art. 300 zd. 1 k.c.).

³⁶ Oznaczonej co do tożsamości.

³⁷ Będzie to raczej rzadkością.

³⁸ Por. J. T u r ł u k o w s k i, *Zapis...*, s. 33; W. Ż u k o w s k i, *Projektowane...*, s. 1033.

³⁹ Por. J. T u r ł u k o w s k i, *Zapis...*, s. 33.

⁴⁰ Można sądzić, że ustanowienie w trybie zapisu windykacyjnego służebności przesyłu będzie raczej rzadkością.

Na zakończenie zauważmy, że również tutaj ustawodawca posługuje się pojęciem zapisu **wyndykacyjnego**, ze skutkiem w postaci nabycia przedmiotu w chwili otwarcia spadku. Tym razem nie chodzi jednak wyłącznie o proste **nabycie** (i **wydanie**) przedmiotu zapisu, lecz generalnie o **powstanie i nabycie prawa** w połączeniu z dalszym **wykonaniem**⁴¹ zapisu.

II. Niedopuszczalność zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków

1. Na wstępie należy, stosownie do wcześniejszych spostrzeżeń, **wykluczyć** generalnie objęcie zapisem windykacyjnym **majątku wspólnego** małżonków, w całej jego masie. Przypomnijmy bowiem, że rozrządzenie testamentowe w postaci zapisu windykacyjnego w żadnym razie nie może stanowić zdarzenia prawnego będącego źródłem sukcesji uniwersalnej. Z taką sukcesją mamy do czynienia jedynie w przypadkach wyraźnie wykazanych przez ustawodawcę. Natomiast tutaj, według wyraźnych odmiennych wskazań ustawodawcy, zapisem windykacyjnym można obejmować jedynie zindywidualizowane, poszczególne⁴² rzeczy, prawa czy przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolne; nigdy majątek zapisodawcy w całej jego masie. Już ten argument wystarcza do wykluczenia majątku wspólnego małżonków z kręgu przedmiotów zapisu windykacyjnego.

2. Odrębnej rozważki wymaga kwestia dopuszczalności objęcia zapisem windykacyjnym **poszczególnych przedmiotów** majątku wspólnego małżonków; poszczególnych rzeczy, zbywalnych praw majątkowych, przedsiębiorstwa czy gospodarstwa rolnego⁴³. Bierzemy oczywiście pod uwagę **dokonanie czynności zapisu windykacyjnego przez jednego z małżonków**; bez udziału drugiego. Wiadomo przecież o tym, że obowiązuje **zakaz sporządzania testamentów wspólnych**; testament może zawierać rozrządzenia tylko jednego spadkodawcy (art. 942 k.c.). Dodajmy, że na razie chodzi tutaj o **zapis obejmujący poszczególne przed-**

⁴¹ Nie zawsze chodzi tu o wydanie rzeczy.

⁴² Choć niekoniecznie pojedyncze.

⁴³ Także obciążenie użytkowaniem lub służebnością wspólniej rzeczy.

mioty w **całości**, a nie o udział w tych przedmiotach⁴⁴ i w takim właśnie kontekście zwracamy uwagę na czynność dokonywaną przez jednego z małżonków.

Należy więc pytać, czy dopuszczalny i skuteczny jest zapis przedmiotów należących do majątku wspólnego małżonków dokonany przez jednego z nich. Powiedzmy od razu, że nie rozwiązują tej kwestii spadkowe przepisy kodeksu cywilnego. Wypadnie więc sięgać, nie mówmy jeszcze z jakim skutkiem, do innych przepisów prawa cywilnego, z uwzględnieniem kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, biorąc za przedmiot rozważań **legitymację⁴⁵ do rozporządzania** rzeczą wspólną⁴⁶.

3. W kodeksie rodzinnym i opiekuńczym zawarto szereg obszernie już skomentowanych przepisów dotyczących **zarządu** majątkiem wspólnym małżonków⁴⁷. Właśnie pomiędzy nimi można rozpocząć poszukiwania w celu rozwiązania podjętego problemu. Pamiętamy bowiem o tym, że wykonywanie zarządu obejmuje **czynności**, które dotyczą przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego (art. 36 § 2 zd. 2 k.r.o.), wiadomo zaś, że chodzi tutaj o podejmowanie **czynności prawnych⁴⁸**, czynności procesowych, a także czynności faktycznych⁴⁹.

Na początek trzeba zwrócić uwagę, że według wstępnej zasady obowiązującej w zarządzie majątkiem wspólnym **każdy z małżonków** może **samodzielnie zarządzać** tym majątkiem, chyba że dalsze przepisy stanowią inaczej (art. 36 § 2 zd. 1 k.r.o.). Zasadniczo więc może, w ramach owej samodzielności, dokonywać także, bez zgody drugiego małżonka, rozporządzających czynności prawnych.

⁴⁴ O czym później.

⁴⁵ Kompetencję materialnoprawną.

⁴⁶ Co ewentualnie można by przenosić na płaszczyznę rozrządzeń testamentowych.

⁴⁷ Por. zwłaszcza M. N a z a r, [w:] *System prawa prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 322 i nast. oraz powołaną tam literaturę.

⁴⁸ Przede wszystkim rozporządzające czynności prawne.

⁴⁹ Por. M. N a z a r, [w:] *System...*, s. 324; także T. S o k o ł o w s k i, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2010, s. 164; J. S t r z e b i ń c z y k, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 127.

Należy wszakże mieć na uwadze zawarte w dalszych przepisach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁵⁰ wyjątki wyłączające zadeklarowaną wstępnie samodzielność małżonków. Przede wszystkim zaś⁵¹ trzeba pamiętać, że mimo wszystko **zgoda drugiego małżonka jest potrzebna** do dokonania: 1) czynności prawnej prowadzącej do zbycia, obciążenia, odpłatnego nabycia⁵² nieruchomości lub użytkowania wieczystego, jak również prowadzącej do oddania nieruchomości do używania lub pobierania z niej pożytków, 2) czynności prawnej prowadzącej do zbycia, obciążenia, odpłatnego nabycia⁵³ prawa rzeczowego, którego przedmiotem jest budynek lub lokal, 3) czynności prawnej prowadzącej do zbycia, obciążenia, odpłatnego nabycia⁵⁴ i wydzierżawienia gospodarstwa rolnego lub przedsiębiorstwa, 4) darowizny z majątku wspólnego, z wyjątkiem drobnych darowizn zwyczajowo przyjętych (art. 37 § 1 k.r.o.).

4. Gdyby wskazane reguły miały obowiązywać w odniesieniu do zapisu windykacyjnego, łatwiej byłoby udzielić pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy dopuszczalny i skuteczny jest zapis przedmiotu majątku wspólnego dokonany przez jednego z małżonków. Otóż w takiej sytuacji należałoby stwierdzić, że zapis nieruchomości lub prawa użytkowania wieczystego, przedsiębiorstwa czy gospodarstwa rolnego dokonany za uprzednią zgodą drugiego małżonka byłby ważny. Nie wchodzi tu w grę zgoda wyrażona w czasie dokonania zapisu, stanowiłoby to bowiem w istocie niedopuszczalne sporządzenie testamentu wspólnego. Odpada również zgoda póź-

⁵⁰ Oraz poza kodeksem.

⁵¹ Pomijając dalsze, nieistotne dla niniejszych rozważań wyjątki.

⁵² Bezwzględnie wypada się zgodzić z dociekliwymi wypowiedziami doktryny zwracającymi uwagę, że nabycie do majątku wspólnego nieruchomości lub użytkowania wieczystego nie stanowi (jeszcze) czynności zarządu majątkiem wspólnym małżonków; por. J. S t r e b i ņ c z y k, *Prawo...*, s. 129. Odrębną kwestią, mieszczącą się (już) w kategoriach zarządu majątkiem wspólnym jest rozporządzanie zasobami finansowymi dla odpłatnego nabycia nieruchomości; por. J. I g n a t o w i c z, M. N a z a r, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 158; M. N a z a r, [w:] *System...*, s. 335; T. S o k o ł o w s k i, [w:] *Kodeks...*, s. 195.

⁵³ Por. przypis poprzedni.

⁵⁴ *Tamże*.

niejsza⁵⁵, albowiem **jednostronna czynność prawna**⁵⁶ dokonana bez wymaganej zgody drugiego małżonka jest nieważna (art. 37 § 4 k.r.o.).

Z kolei, gdyby zapisem windykacyjnym objąć inne przedmioty, w ogóle zbędna byłaby zgoda drugiego małżonka⁵⁷, zważywszy na wyjściową zasadę samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym przez każdego z małżonków – oczywiście przy nieustannym założeniu, że do zapisu windykacyjnego stosuje się reguły zarządu majątkiem wspólnym małżonków.

5. Należy wszakże poddać pod osąd doktryny i praktyki, czy istotnie rozrządzenie testamentowe w postaci zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków stanowi czynność zarządu takim majątkiem, a zatem czy stosuje się do niego reguły kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczące zarządu majątkiem wspólnym. Zachęcając do dyskusji, oceniam ze swej strony, że **zapis** taki w ogóle **nie stanowi czynności zarządu** majątkiem wspólnym, a w konsekwencji jest **niedopuszczalny** z braku możliwości zastosowania kodeksowych reguł zarządu, przy równoczesnym zakazie sporządzania testamentów wspólnych.

Nie wystarczy tutaj, że komentowana czynność dotyczy przedmiotów majątku wspólnego małżonków. Istotne zaś, że nie jest podejmowana dla zarządzania majątkiem wspólnym; w toku zarządzania, przy ciągłym istnieniu majątku wspólnego. Dla ścisłości dodajmy, że nie stanowi tutaj przyczyny wyłączenia reguł zarządu jedynie ta okoliczność, iż mamy do czynienia z wyzbyciem się⁵⁸ określonych przedmiotów wchodzących w skład majątku wspólnego. Nie ulega przecież wątpliwości, że rozporządzające czynności małżonków powinny być traktowane jako przejaw wykonywania zarządu majątkiem wspólnym⁵⁹. Należy jednak odrzucić pokusę analogicznego potraktowania **rozrządzenia** testamentowego w postaci ustanowienia zapisu windykacyjnego. Należy bowiem z dużą stanowczością podkreślić tę różnicę, że zapis windykacyjny stanowi rozrządzenie dokonywane *mortis causa*, ze skutkiem z chwilą otwarcia spadku, gdy

⁵⁵ Potwierdzenie.

⁵⁶ A taką jest testament wraz z zawartym w nim zapisem windykacyjnym.

⁵⁷ Możliwy byłby natomiast **sprzeciw** według zasad art. 36¹ k.r.o.

⁵⁸ I nabycia przez zapisobiercę; z chwilą otwarcia spadku.

⁵⁹ Por. w szczególności M. N a z a r, [w:] *System...*, s. 325.

ustaje wspólność majątkowa małżeńska. Daleko mu zatem z charakteru i funkcji do czynności zarządu majątkiem wspólnym małżonków.

Odpada tu więc bezpośrednio czy analogiczne stosowanie przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczących zarządu majątkiem wspólnym małżonków. Z kolei przesadą byłoby, według mej oceny, posługiwanie się instrumentami wykładni logicznej i wykładni systemowej. Trzeba przecież pamiętać, jak odmienna jest funkcja rozporządzeń dokonywanych *inter vivos*, w ramach zarządu majątkiem wspólnym, oraz rozrządzeń dokonywanych *mortis causa* w testamencie spadkodawcy⁶⁰, a ponadto wpadamy ciągle w pułapkę zakazu sporządzania testamentów wspólnych⁶¹.

6. Dochodzimy więc ostatecznie do wniosku, że **niedopuszczalne** jest *de lege lata* w istniejącym, niedoskonałym stanie prawnym, **objęcie zapisem windykacyjnym przedmiotów majątku wspólnego** małżonków przez spadkodawcę sporządzającego testament, a obejmuje to również **brak możliwości dokonywania uzgodnionego między małżonkami** zapisu zawartego w testamencie jednego z nich. Dodajmy, że **niedopuszczalne** jest nawet **objęcie zapisem windykacyjnym** tych przedmiotów, **które** pod rządem kodeksu rodzinnego i opiekuńczego **byłyby objęte zasadą samodzielnego wykonywania zarządu**; gdy nieustannie wyznawać pogląd, że ustanowienie zapisu windykacyjnego nie stanowi czynności zarządu majątkiem wspólnym małżonków.

Akcentowano tutaj nieustannie **niedopuszczalność** objęcia zapisem windykacyjnym przedmiotów majątku wspólnego małżonków. Chodzi zaś o wskazanie **braku legitymacji** którejkolwiek z małżonków do ustanowienia zapisu windykacyjnego jakiegokolwiek przedmiotu majątku wspólnego. Powtórzmy, że niczego nie ratują reguły zarządu majątkiem wspólnym małżonków, nieodpowiednie dla rozrządzeń testamentowych. Nieustannie więc potykamy się o niemożliwość rozporządzenia rzeczą wspólną⁶².

⁶⁰ Poniekąd w tym samym szeregu można pomieścić zapis zwykły i polecenie.

⁶¹ Nawet wcześniejsza zgoda jednego z małżonków wygląda na jego rozrządzenie *mortis causa* dokonane wspólnie z małżonkiem sporządzającym testament zawierający ostateczny, **uzgodniony** zapis windykacyjny.

⁶² Brak tu wyłącznej kompetencji własnej testatora – zapisodawcy.

Odrębną kwestią jest pytanie o możliwość, przesłanki i zakres **ochrony nabywców** (zapisobierców) **działających w dobrej wierze** na podstawie dokonanego zapisu windykacyjnego. Tutaj znowu trzeba odrzucić zastosowanie przepisu art. 38 k.r.o. dotyczącego przecież czynności zarządu majątkiem wspólnym małżonków. Obok tego trzeba jednak zbadać możliwość ochrony zapisobiercy według uniwersalnych⁶³ zasad prawa cywilnego⁶⁴. W grę wchodzi zaś rozważenie przesłanek **rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych**⁶⁵ oraz **nabycia rzeczy ruchomej od osoby nieuprawnionej do rozporządzenia**⁶⁶.

Niewzłocznie zaś wypada stwierdzić, że bez wątpienia zastosowanie **instytucji** rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych byłoby tutaj zupełnie wykluczone, chociażby z tego zasadniczego powodu, że nie mamy tu do czynienia z **odpłatnym nabyciem** prawa poprzez czynność z osobą testatora (zapisodawcy).

Także w przypadku rzeczy ruchomych trudno tutaj mówić o **rozporządzeniu**⁶⁷ rzeczą **w połączeniu** z jej **wydaniem nabywcy**; przecież zupełnie inny jest mechanizm zapisu windykacyjnego.

7. Konkludując, niedopuszczalne jest w istocie, przynajmniej *de lege lata*, ustanowienie przez jednego z małżonków zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków. Ewentualna krytyka musiałaby zaś zawierać sformułowanie stosownych wniosków *de lege ferenda*.

III. Niedopuszczalność ustanowienia zapisu windykacyjnego udziału w przedmiotach majątku wspólnego małżonków

1. Nie ulega wątpliwości, że wolno ustanowić zapis windykacyjny udziału we współwłasności funkcjonującej jako współwłasność w czę-

⁶³ A nie prawnorodziny.

⁶⁴ Zresztą, jeśli chodzi o ścisłość, wskazany przepis art. 38 k.r.o., dotyczący czynności dokonywanych przez małżonków bez wymaganej zgody, również odsyła do odrębnych przepisów prawa cywilnego; por. M. N a z a r, [w:] *System...*, s. 356 i nast. oraz powołaną tam literaturę.

⁶⁵ Według zasad art. 5-6 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2001 r., nr 124, poz. 1361 ze zm.).

⁶⁶ Według zasad art. 169 k.c.

⁶⁷ Czy **rozrządzeniu** testamentowym.

ściach ułamkowych; analogicznie ułamkowego udziału we współużytkowaniu wieczystym nieruchomości gruntowej. Tutaj według kwalifikacji art. 981¹ § 2 k.c. określony udział jest przedmiotem zapisu jako zbywalne prawo majątkowe, wszak każdy ze współwłaścicieli może rozporządzać swoim udziałem bez zgody pozostałych współwłaścicieli (art. 198 k.c.); analogicznie zbywalny jest udział we współużytkowaniu wieczystym.

2. Odrębnego rozważenia wymaga zaś problem dopuszczalności lub niedopuszczalności ustanowienia zapisu **udziału w przedmiotach majątku wspólnego małżonków**, dopóki trwa ustawowa lub umowna wspólność majątkowa małżeńska. Mówimy o zapisie udziału, odpada więc rozważony już problem zarządu majątkiem wspólnym. Pojawia się zaś problem charakteru udziału w majątku wspólnym i udziału w poszczególnych przedmiotach majątku wspólnego, a z tej perspektywy dopuszczalności lub niedopuszczalności zapisu windykacyjnego.

Ścisłej biorąc, nie musimy zajmować się problematyką udziału w majątku wspólnym z perspektywy całej masy majątku wspólnego. Wyrażono już bowiem wcześniej pogląd, że niedopuszczalne jest stosowanie zapisu windykacyjnego jako instrumentu sukcesji uniwersalnej. Nie można zatem stosować zapisu windykacyjnego majątku małżonków w całej jego masie. Analogicznie należy wykluczyć zapis windykacyjny udziału w majątku wspólnym obejmującym całą jego masę.

Do rozważenia pozostaje zaś problem zapisu udziału w poszczególnych przedmiotach należących do majątku wspólnego małżonków. Zasadniczo dotyczy to zapisu wyraźnie obejmującego, *ex litera*, udział w określonych przedmiotach majątku wspólnego. Pojawia się wszakże ponadto tendencja interpretacyjna⁶⁸ traktowania zapisu przedmiotów wchodzących w skład majątku wspólnego małżonków jako zapisu udziału w takich przedmiotach. Problem wymaga zaś generalnego rozważenia.

3. Przy okazji pojawia się tutaj sporo trudności natury konstrukcyjnej dotyczących pojmowania **istoty wspólności majątkowej małżeńskiej** jako **wspólności łącznej**. Zauważmy zaś niezwłocznie, że w literaturze prawa rzeczowego, a jeszcze bardziej w literaturze prawa rodzinnego,

⁶⁸ Ujawniająca się podczas dyskusji w środowisku notarialnym.

a zwłaszcza dawniejszej, przeważa pogląd o **bezdziałowym** charakterze współwłasności (wspólności) łącznej⁶⁹. Nie można jednak sensownie objaśniać istoty współwłasności, także współwłasności łącznej, zaprzeczając istnieniu udziałów przysługujących poszczególnym współwłaścicielom. Zawsze bowiem współwłasność, w każdej odmianie, stanowi **wspólne prawo** własności **zespólone z udziałów** poszczególnych współwłaścicieli⁷⁰. Wypada więc uznać⁷¹, że współwłasność (a właściwie wspólność) łączna⁷² przedstawia nam się jako trwające **zespole** nieoznaczonych ułamkiem, jednakże **równoważnych mocą**⁷³ **udziałów** we współwłasności⁷⁴.

Równocześnie jednak trzeba zauważyć, że udział we wspólności majątkowej małżeńskiej oraz w jej poszczególnych przedmiotach jest niezbywalny. Ustawodawca wyraził to, formułując normę, że w czasie trwania wspólności ustawowej⁷⁵ **żaden z małżonków nie może rozporządzać udziałem**, który w razie ustania wspólności przypadnie mu w majątku wspólnym lub **w poszczególnych przedmiotach** należących do tego majątku (art. 35 k.r.o.).

4. Propagując tezę, że już w czasie trwania wspólności majątkowej małżeńskiej przysługuje małżonkom **udział** we wspólności ich majątku, należy jednak **wykluczyć** możliwość ustanowienia **zapisu windykacyjnego** udziału w poszczególnych przedmiotach swego majątku. Jedynie z pozoru sprzyjającą okolicznością jest tutaj wyodrębnienie udziału w ma-

⁶⁹ Zob. literaturę powołaną przez E. Gniewk a, [w:] *System prawa prywatnego*, t. III, *Prawo rzeczowe*, red. T. Dybowski, Warszawa 2007, s. 437-438.

⁷⁰ Por. E. Gniewk a, *Problem udziału we współwłasności (wspólności) łącznej*, [w:] *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Alfreda Kleina*, red. E. Gniewek, Kraków 2000, s. 106-107; t e n ż e, [w:] *System prawa...*, s. 438; t e n ż e, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2010, s. 133; także M. N a z a r, [w:] *System...*, s. 249-251.

⁷¹ Bo są po temu racjonalne przesłanki logiczne i prawne.

⁷² Tutaj wspólności majątku małżonków.

⁷³ Zauważmy, że art. 43 § 1 k.r.o., po jego nowelizacji, traktuje o **równych udziałach** małżonków już w trakcie trwania wspólności majątkowej małżeńskiej o charakterze łącznym – zwraca na to uwagę M. N a z a r, [w:] *System...*, s. 249-250.

⁷⁴ Por. E. Gniewk a, *Prawo rzeczowe...*, s. 133; także M. N a z a r, [w:] *System...*, s. 250-51.

⁷⁵ I odpowiednio wspólności umownej.

jątku wspólnym małżonków, potykamy się bowiem o przytoczony powyżej ustawowy zakaz rozporządzania udziałem w majątku wspólnym i przedmiotach tego majątku. Nie da się bowiem pominąć zasady, że przedmiotem zapisu windykacyjnego mogą być jedynie **zbywalne** prawa majątkowe (zob. ponownie art. 981¹ § 2 pkt 2 k.c.).

5. Z drugiej strony również zwoleńczy tezy o bezudziałowym charakterze wspólności majątkowej małżeńskiej nie znajdują racjonalnej argumentacji prawnej dla stosowania przez spadkodawcę *mortis causa* zapisu windykacyjnego obejmującego udział w przedmiotach majątkowych majątku wspólnego małżonków, które miałyby im przyspaść po ustaniu wspólności majątkowej małżeńskiej⁷⁶. Należy bowiem przypomnieć wyrażony już stanowczo w toku niniejszych rozważań pogląd, według którego przedmiotem zapisu windykacyjnego mogą być jedynie istniejące rzeczy oznaczone co do tożsamości, **zindywidualizowane istniejące prawa majątkowe** o charakterze zbywalnym oraz zindywidualizowane przedsiębiorstwa i gospodarstwa rolne⁷⁷.

Generalnie bowiem odpada, nie tylko w tym przypadku, ustanowienie zapisu rzeczy przyszłej lub **prawa przyszłego**; chociażby **przyszłego udziału** w przedmiotach majątku wspólnego małżonków. Powtórzmy, że już na etapie dokonywanego zapisu windykacyjnego niezbędne jest istnienie przedmiotu takiego rozrządzenia testamentowego, a w dodatku nie może on być objęty zakazem rozporządzenia. Nie można zaś fałszywie rozumieć tej koniecznej, jednakże obejmującej inny problem normy prawnej, według której „zapis windykacyjny jest bezskuteczny, jeżeli w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu nie należy do spadkodawcy” (art. 981² zd. 1 k.c.); *a contrario*, zapis jest skuteczny, jeżeli jego przedmiot należy w chwili otwarcia spadku do spadkodawcy. Zauważmy mianowicie, że **dyspozycją** normy zacytowanego przepisu objęto **przyszłe skutki** rozrządzenia w postaci zapisu windykacyjnego, nie wolno zaś zakładać, że również w sferze **hipotezy** objął tu ustawodawca swą regulacją **przedmioty przyszłe**.

⁷⁶ Tutaj przyspaść spadkobiercom po ustaniu wspólności majątkowej małżeńskiej z powodu śmierci małżonka – testatora.

⁷⁷ Można tu pominąć tę wersję zapisu windykacyjnego, jaką jest ustanowienie na rzecz zapisobiorcy użytkowania lub służebności.

Powiedzmy precyzyjnie, że zapis windykacyjny obejmujący istniejące już w czasie sporządzenia testamentu przedmioty zapisu jest skuteczny pod tym warunkiem prawnym, że w chwili otwarcia spadku należą do spadkodawcy; skutek zapisu jest przyszły, warunkowy, nie może zaś dotyczyć przedmiotu przeszłego, powstającego dopiero w chwili otwarcia spadku. Nie można więc, dokonując przewrotnej interpretacji, przyjmować, że zapis windykacyjny może obejmować przedmioty przyszłe, powstające do czasu otwarcia spadku.

IV. Garść wniosków końcowych

1. Z pozoru regulacja prawna zapisu windykacyjnego, z jego perspektywy przedmiotowej, wydaje się jasna. Określono ściśle w art. 981¹ § 2 k.c. przedmioty zapisu windykacyjnego. Nieco zamętu wprowadza jednak doktryna. Praktyka notarialna już dotyka problemów związanych z określeniem przedmiotu zapisu windykacyjnego, judykatura zaś dopiero zetknie się z nimi.

2. Najistotniejsze trudności interpretacyjne płyną jednak z braku odniesienia w istniejącej regulacji prawnej do specyficznej sytuacji przedmiotów majątku wspólnego małżonków. Nie sposób ocenić, czy jest to wynikiem przeoczenia, czy zamierzonego posunięcia legislacyjnego, pozostaje wszakże faktem, że ustawodawca nie potwierdził możliwości objęcia zapisem windykacyjnym przedmiotów majątku wspólnego małżonków.

3. W efekcie *de lege lata* niedopuszczalne jest ustanowienie zapisu windykacyjnego przedmiotów wspólności majątkowej małżeńskiej i zapisu udziału w przedmiotach majątku wspólnego małżonków. Zatem wygląda na to, że zapis windykacyjny jest instytucją prawną ludzi wolnego stanu cywilnego oraz małżonków, którzy wyłączyli ustrój wspólności majątkowej małżeńskiej.

4. Nie mam przekonania, czy warto zabiegać o interwencję ustawodawcy zmierzającą do zalegalizowania zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków. Przyjęcie takiej ewentualności musiałoby się wiązać z warunkiem uzyskania zgody drugiego małżonka, co zbliża nas do odrzuconej przecież wersji testamentu wspólnego.

5. Nie oponowałbym natomiast przeciwko dopuszczalności zapisu windykacyjnego udziału w przedmiotach majątku wspólnego małżonków. Niezbędna byłaby tu jednak odpowiednia, uzupełniająca nowelizacja obowiązujących przepisów.

Prof. dr hab. Edward Gniewek – Uniwersytet Wrocławski.