

Jacek Górecki

Zapis windykacyjny w praktyce notarialnej

I. Uwagi wprowadzające

Ustawą z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw wprowadzono do Kodeksu cywilnego i innych ustaw przepisy regulujące zapis windykacyjny¹. Weszła ona w życie 23 października 2011 r. Wzbudziła spore zainteresowanie doktryny². Stanowi też wyzwanie dla notariatu. Celem niniejszego opracowania jest wskazanie

¹ Dz.U. nr 85, poz. 458.

² Zob. W. Żukowski, *Projektowane wprowadzenie zapisu windykacyjnego do polskiego prawa spadkowego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2010, z. 4, s. 1029 i nast.; A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego w zakresie prawa spadkowego*, *Monitor Prawniczy* 2011, z. 12, s. 629 i nast.; H. Witczak, *Zapis windykacyjny – nowe rozrządzenie testamentowe w KC*, *Edukacja Prawnicza* 2011, nr 5, s. 3 i nast.; też *Że, Zmiany w prawie spadkowym – zapis windykacyjny*, *Monitor Prawniczy* 2011, z. 20, s. 1077 i nast.; R. Szyk, *Zapis windykacyjny jako element reformy prawa spadkowego*, *Łódzki Biuletyn Notarialny* 2011, nr 1, s. 7 i nast.; M. Paźdzan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 1151 i nast.; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011, s. 184 i nast.; J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011; P. Księżak, *Podstawowe problemy zapisu windykacyjnego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2011, z. 4, s. 1043 i nast.; tenże, *Odpowiedzialność zapisobierców windykacyjnych za zachówek*, *Rejent* 2012, nr 1, s. 35 i nast.; E. Gniewek, *O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków*, *Rejent* 2012, nr 1, s. 16 i nast.; M. Pawełczyk, W. Ulanowski, *Instytucja zapisu windykacyjnego w znolizowanym prawie spadkowym*, *Radca Prawny* 2012, z. 1,

wybranych zagadnień związanych z wejściem w życie ustawy z 18 marca 2011 r., które dla notariuszy mają istotne znaczenie praktyczne. Przed ich przedstawieniem niezbędne jest jednak choćby pobieżne omówienie pojęcia zapisu windykacyjnego i przepisów go regulujących wprowadzonych do naszego prawa wskazaną ustawą.

Zapis windykacyjny polega na tym, że zapisobierca nabywa przedmiot zapisu w chwili śmierci testatora, co odróżnia go od znanego wcześniej w Polsce zapisu, dzięki któremu zapisobierca uzyskiwał jedynie do spadkobierców (ewentualnie zapisobierców) roszczenie o wykonanie zapisu³. Dotychczasowe ujęcie zapisu odbiegało od jego potocznego rozumienia. Zapis windykacyjny lepiej odpowiada oczekiwaniom społecznym i stanowi poszerzenie swobody testowania.

Zapis windykacyjny pojawił się obok znanego już wcześniej zapisu obecnie nazywanego dla odróżnienia zapisem zwykłym. Przepisy regulujące zapis windykacyjny znajdują się przede wszystkim w księdze czwartej Kodeksu cywilnego (nowe art. 981¹ – 981⁶, art. 999¹, 1029¹, 1034¹ – 1034³ oraz zmienione art. 993, 995, 996, 998, 1000, 1007, 1039-1042 k.c.). Konieczna stała się także zmiana przepisów innych ustaw (art. 2-7 ustawy z dnia 18 marca 2011 r.).

Pojęcie zapisu windykacyjnego definiuje art. 981¹ § 1 k.c. Stanowi on, iż spadkodawca może postanowić, że oznaczona osoba nabywa przedmiot zapisu z chwilą otwarcia spadku. Przedmiot zapisu windykacyjnego jest zatem wyłączony ze spadku na podstawie art. 922 § 2 k.c. W § 2 art. 981¹ enumeratywnie wyliczone zostały przedmioty zapisu windykacyjnego. Są nimi: rzecz oznaczona co do tożsamości (rzecz ruchoma, nieruchomości), zbywalne prawo majątkowe (np. użytkowanie wieczyste,

Dodatek naukowy, s. 2 i nast.; K. O s a j d a, *Zapis windykacyjny – nowa instytucja polskiego prawa spadkowego*, MoP 2012, z. 2, s. 68 i nast.; tenże, *Przedmiot zapisu windykacyjnego i odpowiedzialność zapisobierców windykacyjnych za długi spadkowe oraz zachowki*, MoP 2012, z. 3, s. 127 i nast.; P. Z a k r z e w s k i, *Zapis windykacyjny*, Przegląd Sądowy 2012, nr 2, s. 7 i nast.; M. M a r g o Ń s k i, *Einführung des Vindikationsslegats am Beispiel Polens*, Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis 2012, z. 4, s. 97 i nast.

³ Szerzej o pojęciu zapisu windykacyjnego i jego rysie prawnoporównawczym zob. J. G ó r e c k i, *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, s. 130 i nast.

spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, wierzytelność), przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne⁴. Ponadto zapis windykacyjny polegać może na ustanowieniu na rzecz zapisobiercy użytkowania lub służebności.

Zapis windykacyjny stanie się skuteczny tylko w odniesieniu do takiego przedmiotu, który będzie należał do spadkodawcy w chwili jego śmierci (otwarcia spadku). W przypadku gdy zapis windykacyjny prowadzić ma do powstania użytkowania lub służebności, przedmiot tych praw też powinien należeć do spadkodawcy w chwili jego śmierci. Nie jest natomiast konieczne, aby przedmiot zapisu windykacyjnego należał do spadkodawcy w chwili sporządzania przez niego testamentu.

Zapis windykacyjny zamieścić można tylko w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego (art. 981¹ § 1 k.c.). Jego skuteczność nie może być uzależniona od warunku lub terminu. Zasadniczo ich zastrzeżenie traktowane jest jako nieistniejące (art. 981³ § 1 zd. 1 k.c.). Jedyne wyjątkowo może ono doprowadzić do nieważności zapisu windykacyjnego, ale wówczas zapis taki może być potraktowany jako ważny zapis zwykły (art. 981³ § 1 zd. 2 i § 2 k.c.).

Zgodnie z art. 981⁴ k.c. osoba, na rzecz której uczyniono zapis windykacyjny, może zostać obciążona zapisem zwykłym (tzw. dalszy zapis). Do zapisu windykacyjnego stosuje się odpowiednio przepisy o powołaniu spadkobiercy, przyjęciu i odrzuceniu spadku, o zdolności dziedziczenia i o niegodności (art. 981⁵ k.c.) oraz przepisy o zapisie zwykłym (art. 981⁶ k.c.). Oznacza to m.in., że zapisobiercą windykacyjnym nie może zostać: osoba, która nie żyje w chwili otwarcia spadku, osoba uznana za niegodną, osoba, która zapis odrzuciła. Zapis windykacyjny podlega przyjęciu lub odrzuceniu na zasadach analogicznych jak w przypadku spadku (art. 1012 i nast. k.c. w zw. z art. 981⁵ k.c.)⁵.

⁴ Sprawą kontrowersyjną jest przesądzenie tego, czy przedmiotem zapisu windykacyjnego może stać się spadek lub udział w spadku. Za dopuszczalnością takiego zapisu windykacyjnego opowiadają się np. R. S z t y k, *Zapis...*, s. 24-25 oraz P. K s i ę ż a k, *Podstawowe...*, s. 1068; K. O s a j d a, *Przedmiot...*, s. 128. Zob. także J. G ó r e c k i, *Zapis...*, s. 136. Przeciwny pogląd prezentują np. W. Ż u k o w s k i, *Projektowane...*, s. 1033; E. S k o w r o Ń s k a - B o c i a n, *Komentarz...*, s. 186; E. G n i e w e k, *O niedopuszczalności...*, s. 21.

⁵ Zob. P. K s i ę ż a k, *Podstawowe...*, s. 1074.

Zapisobierca windykacyjny odpowiada za długi spadkowe wspólnie ze spadkobiercami (art. 1034¹ – art. 1034² k.c.). Jego odpowiedzialność ograniczona jest do wartości przedmiotu zapisu windykacyjnego (art. 1034³ k.c.). Na szczególnych zasadach kształtuje się odpowiedzialność zapisobiercy windykacyjnego za zachówek. Odpowiada on za zachówek po spadkobiercach, a przed osobami obdarowanymi za życia przez spadkodawcę (art. 999¹ k.c.)⁶.

Wartość przedmiotu zapisu windykacyjnego podlega uwzględnieniu przy obliczaniu zachowku (art. 993 k.c.) oraz jest zaliczana na poczet zachowku przysługującego zapisobiercy windykacyjnemu (art. 996 k.c.). Zapis windykacyjny jest też uwzględniany przy ustalaniu sched spadkowych w ramach działu spadku (art. 1039 – 1041 k.c.).

Choć zapis windykacyjny wywołuje skutki z chwilą śmierci testatora, to w wielu przypadkach wskazane okaże się uzyskanie przez zapisobiercę dokumentu potwierdzającego nabycie przedmiotu zapisu windykacyjnego. Dlatego też zarówno w postanowieniu sądu stwierdzającym nabycie spadku (art. 677 § 2 k.p.c. oraz 1029¹ k.c.), jak i w akcie poświadczenia dziedziczenia (art. 95f § 1 pkt 7a ustawy – Prawo o notariacie) powinna znaleźć się informacja o zapisobiercy windykacyjnym oraz przedmiocie zapisu windykacyjnego. W przypadku aktu poświadczenia dziedziczenia istotny jest także udział zapisobierców windykacyjnych przy sporządzaniu protokołu dziedziczenia (art. 95b pr. o not.) oraz aktu poświadczenia dziedziczenia (art. 95f § 1 pkt 9 pr. o not.). Dopuszczalne jest też sporządzenie uzupełniającego aktu poświadczenia dziedziczenia w przypadku pominięcia w akcie poświadczenia dziedziczenia informacji na temat zapisów windykacyjnych (art. 95l pr. o not.).

Oprócz wprowadzenia do kodeksu cywilnego i innych ustaw regulacji dotyczących zapisu windykacyjnego ustawa z dnia 18 marca 2011 r. wprowadza jeszcze kilka dalszych zmian w przepisach z zakresu prawa spadkowego. Zmiany te dotyczą: dziedziczenia ustawowego (art. 932 § 6 k.c.), wykonawcy testamentu (art. 986 – 990¹ k.c., art. 665 § 1 k.p.c.), terminu przedawnienia roszczenia o zachówek (art. 1007 k.c. oraz art. 8 ustawy z dnia 18 marca 2011 r.). Dalsze uwagi poświęcone są wyłącznie instytucji zapisu windykacyjnego.

⁶ Szerzej zob. P. K s i ę z a k, *Podstawowe...*, s. 1076 i nast.; K. O s a j d a, *Przedmiot...*, s. 131 i nast.

II. Wylącznieść formy aktu notarialnego

Zgodnie z art. 981¹ k.c. zapis windykacyjny można uczynić tylko w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego. Dlatego, jeśli testator postanowi posłużyć się tym rozrządzeniem testamentowym, to zachować musi dla swego testamentu formę aktu notarialnego⁷. Nie oznacza to jednak, iż wszystkie jego rozrządzenia znaleźć się muszą wówczas w testamencie notarialnym. Brak przeszkód, aby testator zamieścił pozostałe rozrządzenia w testamencie sporządzonym w innej dopuszczalnej przez kodeks cywilny formie.

Obowiązek dochowania formy aktu notarialnego przy ustanawianiu zapisu windykacyjnego został wprowadzony z kilku powodów⁸. Przede wszystkim dlatego, aby udział notariusza przy sporządzaniu testamentu z wykorzystaniem zapisu windykacyjnego pozwalał na jednoznaczne rozstrzygnięcie, że w danym przypadku mamy do czynienia właśnie z tym rozrządzeniem⁹. W szczególności aby nie wystąpiły wątpliwości, czy testatorowi chodzi o zapis zwykły, zapis wywołujący skutki rozporządzające albo o powołanie danej osoby do dziedziczenia. Jeśli wątpliwości takie wystąpią, to zamierzony przez testatora zapis windykacyjny może okazać się nieskuteczny i zostanie potraktowany jako zapis zwykły¹⁰. Najlepszym sposobem ich uniknięcia jest wyraźne wskazanie w treści testamentu, iż testator czyni zapis windykacyjny¹¹. Brak w treści testa-

⁷ Zamieszczenie zapisu windykacyjnego w testamencie sporządzonym w innej formie należy oceniać zgodnie z regułami określonymi w art. 948 k.c. Zwykle doprowadzi to do uznania takiego zapisu za zapis zwykły. Tak też E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 185.

⁸ Rozwiązanie to jest jednak krytykowane i poddawane w wątpliwość. Zob. np. E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 185; P. Księżak, *Podstawowe...*, s. 1057 i nast.

⁹ Zob. też M. Paźdzan, *Opinia o ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw* (druk senacki nr 1107), *Opinie i ekspertyzy OE-167*, Kancelaria Senatu. Biuro analiz i dokumentacji, Warszawa 2011, s. 5 oraz R. Sztzyk, *Zapis...*, s. 20 i nast.

¹⁰ Tak też E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 184-185.

¹¹ Najwygodniej posłużyć się formułą z art. 981¹ § 1 k.c. – np. (testator) postanawia, że (zapisobierca) z chwilą otwarcia spadku po nim (lub w chwili jego śmierci) ma nabyć w drodze zapisu windykacyjnego (przedmiot).

mentu terminu „zapis windykacyjny” nie przesądza jednak o tym, że dane rozrządzenie nie jest zapisem windykacyjnym¹².

Forma aktu notarialnego powinna także uchronić sądy prowadzące postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku od pokusy traktowania zapisów windykacyjnych jako powołania spadkobiercy (-ów) na tle art. 961 k.c.¹³ Udział notariusza przy sporządzaniu testamentu obejmującego swą treścią zapisy windykacyjne stanowi wystarczającą gwarancję dla przyjęcia tezy, iż spadkodawca (testator) świadomie wybrał ten sposób rozrządzenia składnikami swego majątku. W związku z tym nie powinny zachodzić wątpliwości, o których mowa w art. 961 k.c. Występowanie tych wątpliwości jest zaś przesłanką dla zastosowania tego przepisu i ewentualnego uznania zapisobierców za spadkobierców¹⁴. Wątpliwości takie nie powinny pojawić się np. wówczas, gdy testator rozdysponował w drodze zapisów windykacyjnych aktywami spadku i jednocześnie powołał do dziedziczenia zapisobierców windykacyjnych lub inne osoby¹⁵.

Poza tym notariusz ma czuwać nad dopełnieniem innych niż forma testamentu przesłanek ważności zapisu windykacyjnego. Chodzi m.in. o prawidłową kwalifikację przedmiotu zapisu windykacyjnego, odpowiedni jego opis, precyzyjne wskazanie zapisobiercy¹⁶. Będzie jeszcze o tym mowa poniżej.

Obowiązek dochowania formy aktu notarialnego nie rozciąga się na oświadczenie testatora o odwołaniu zapisu windykacyjnego. Zapis windykacyjny odwołać można w testamencie sporządzonym w dowolnej formie przewidzianej dla testamentów przez kodeks cywilny. Należy także nadmienić, że testator, chcąc ubezskutecznić zapis windykacyjny, nie musi posuwać się do odwołania testamentu lub jego części. Dla ubezskutecznienia zapisu windykacyjnego wystarczające okaże się zbycie przez testatora przedmiotu zapisu lub jedynie zobowiązanie się przez niego do zbycia tego przedmiotu. Nie będzie wówczas konieczne dokonywanie

¹² Zob. P. Księżak, *Podstawowe...*, s. 1057.

¹³ Tak też P. Księżak, *Podstawowe...*, s. 1070 i nast.

¹⁴ Zob. szerzej J. Górecki, *Stosowanie reguł interpretacyjnych z art. 961 kodeksu cywilnego*, [w:] *Prawnicze dylematy interpretacyjne*, red. J. Glumińska-Pawlic, Z. Tobor, Toruń 2011, s. 81 i nast.

¹⁵ Zob. także E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 189.

¹⁶ Zob. A. Stempniak, *Nowelizacja...*, s. 631.

zmian we wcześniej sporządzonym testamencie notarialnym poprzez odwołanie zapisu windykacyjnego. Taki zapis windykacyjny stanie się nieskuteczny z mocy prawa (art. 981² zd. 1 k.c.).

III. Oznaczenie zapisobiercy w testamencie notarialnym

W jednym testamencie notarialnym zamieścić można jeden lub kilka zapisów windykacyjnych. Zapisy te mogą być uczynione na rzecz jednej lub kilku osób. Oznaczenie zapisobierców powinno być jasne i niebudzące wątpliwości. Oczywiście nie zawsze jest konieczne wskazanie tych osób z imienia i nazwiska. Wystarczające jest także oznaczenie stosowane dotychczas dla wskazywania spadkobierców testamentowych. Dopuszczalne jest zatem uczynienie zapisu windykacyjnego na rzecz np. „żony”, „najstarszego syna”, „mojego ostatniego opiekuna”, jeśli tylko można później ustalić, jaka konkretna osoba kryje się pod tak sformułowanym opisem. Nieprecyzyjne oznaczenie zapisobiercy spowodować może nieskuteczność zapisu. Wówczas przedmiot zapisu trafi do spadku.

Dopuszczalny jest też zapis windykacyjny polegający na obciążeniu służebnością gruntową nieruchomości należącej do testatora. Pojawić się może wówczas trudność związana z oznaczeniem zapisobiercy, dla którego ustanawia się tę służebność. Przyjąć należy, iż w tym przypadku oznaczenie zapisobiercy może nastąpić poprzez wskazanie, że jest nim właściciel oznaczonej nieruchomości władnącej¹⁷. Wówczas zapisobiercą zostanie właściciel tej nieruchomości w chwili śmierci testatora.

Zapisobiercą zostać może także osoba, którą w tym samym lub w innym testamencie powołano do dziedziczenia. Brak także przeszkód do uczynienia zapisobiercą windykacyjnym osoby należącej do kręgu spadkobierców ustawowych. Warto też podkreślić, że rozdysponowanie aktywami spadku w drodze zapisów windykacyjnych nie pozbawia znaczenia kwestii ustalenia spadkobierców testatora, który te zapisy uczynił. Jeżeli nie zostaną oni wskazani w testamencie, to zostaną wyznaczeni na podstawie przepisów kodeksu cywilnego.

¹⁷ Tak też E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 186. Odmienne W. Żukowski (*Projektowane...*, s. 1033), który opowiada się za tym, aby zapisobiercą oznaczony w testamencie był właścicielem nieruchomości władnącej w chwili śmierci testatora.

W roli zapisobiercy windykacyjnego wystąpić też może cudzoziemiec. W przypadkach objętych zakresem zastosowania ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców nabycie przez niego przedmiotu zapisu windykacyjnego wiązać się może z koniecznością uzyskania zezwolenia. Nie jest ono jednak wymagane na etapie ustanawiania zapisu windykacyjnego.

Testator, przewidując sytuacje, w których wskazany przez niego zapisobierca nie będzie chciał lub mógł nabyć przedmiotu zapisu windykacyjnego, posłużyć się może podstawieniem zwykłym z art. 963 k.c. (w zw. z art. 981⁵ k.c.)¹⁸. Wówczas w miejsce powołanego zapisobiercy windykacyjnego, który nie będzie chciał lub mógł nabyć przedmiotu tego zapisu, przejmie go zapisobierca podstawiony. Jeżeli testator nie ustanowi zapisobiercy podstawionego we wskazanych przypadkach, zapis stanie się z reguły bezskuteczny, a jego przedmiot trafi do spadku. Zapis windykacyjny nie przechodzi bowiem *ex lege* na inne osoby (np. zstępnych lub spadkobierców zapisobiercy), jeżeli zapisobierca nie chce lub nie może nabyć przedmiotu zapisu.

W przypadku gdy testator uczyni na rzecz kilku osób zapis windykacyjny jednego przedmiotu, wystąpią inne konsekwencje niż powyżej przedstawione. Nieskuteczność zapisu windykacyjnego względem jednej z kilku osób, na rzecz których go uczyniono, spowoduje jedynie, że zwiększą się udziały w tym przedmiocie pozostałych współzapisobierców. Uzasadnienie dla tej tezy stanowi przepis dotyczący przyrostu (art. 965 k.c.), który znajdzie tu zastosowanie na podstawie art. 981⁵ k.c. Przypadek ten należy odróżnić od innego, w którym testator czyni dla kilku osób odrębne zapisy windykacyjne, a ich przedmiot stanowią udziały w tej samej rzeczy lub prawie. Nieskuteczność jednego z nich powoduje (w razie braku podstawienia) wejście zwolnionego udziału do spadku, a nie jego podział pomiędzy pozostałych zapisobierców z wykorzystaniem konstrukcji przyrostu¹⁹. Mamy tu bowiem do czynienia z odrębnymi

¹⁸ Niedopuszczalne jest posłużenie się podstawieniem powierniczym z art. 964 k.c. Jeżeli testator chciałby przekazać konkretny przedmiot oznaczonej osobie za pośrednictwem innej osoby, posłużyć się może zapisem zwykłym obciążającym spadkobiercę (-ów) lub zapisobiercę windykacyjnego albo też wykorzystać zapis dalszy.

¹⁹ Zob. też W. Ż u k o w s k i, *Projektowane...*, s. 1031.

przedmiotami zapisu windykacyjnego, do których powołane są różne osoby. To, iż są to udziały we współwłasności (wspólności) nie uzasadnia, moim zdaniem, odpowiedniego posłużenia się przyrostem. Przyrost znaleźć może zastosowanie tylko wtedy, gdy testator powołuje do jednego spadku (przedmiotu zapisu) kilka osób, a jedna z nich nie chce lub nie może dziedziczyć (nabyć przedmiotu zapisu).

IV. Przedmiot zapisu windykacyjnego

Jak już wskazano powyżej, jednym z zadań notariusza jest prawidłowa ocena tego, czy przedmiot, który testator chce uczynić przedmiotem zapisu windykacyjnego, nadaje się do tego celu. Katalog tych przedmiotów jest enumeratywnie wskazany w art. 981¹ § 2 k.c.

Zapis windykacyjny ma wywołać skutek rzeczowy wraz ze śmiercią testatora i spowodować w tej chwili nabycie przez zapisobiercę rzeczy stanowiącej przedmiot zapisu. Dla osiągnięcia tego rezultatu konieczna jest indywidualizacja (konkretyzacja) przedmiotu tego zapisu w testamencie notarialnym. W przypadku nieruchomości może to nastąpić poprzez wskazanie numeru księgi wieczystej prowadzonej dla tej nieruchomości. W przypadku braku księgi wieczystej posłużyć się można numerami działek geodezyjnych zaczerpniętymi z ewidencji gruntów i budynków. Jeśli chodzi o rzeczy ruchome, to wskazać można miejsce ich położenia (np. skrytka bankowa, szuflada biurka) lub cechy odróżniające je od innych podobnych rzeczy (np. marka, typ, nr rejestracyjny, nr seryjny itp.). W przypadku dzieł sztuki może to nastąpić poprzez podanie jego autora i tytułu (nazwy).

Przedmiotem zapisu windykacyjnego uczynić można rzecz przyszłą. Aby taki zapis okazał się skuteczny, rzecz ta musi istnieć w chwili śmierci testatora i stanowić składnik jego majątku²⁰.

Nie jest jasne, czy przedmiotem zapisu windykacyjnego uczynić można część rzeczy, a w szczególności część nieruchomości gruntowej stanowiącą działkę geodezyjną. Z jednej strony ustawodawca *expressis verbis*

²⁰ Zob. także E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 185 oraz K. Osajda, *Przedmiot...*, s. 128. Przeciwny pogląd prezentuje E. Gniewek, *O niedopuszczalności...*, s. 18.

takiej ewentualności nie dopuszcza, z drugiej zaś strony twierdzić można, że skoro taka działka stanowić może przedmiot obrotu *inter vivos*, to brak przeszkód, aby przenieść ją także na inną osobę w drodze zapisu windykacyjnego. Dlatego, jak sądzę, dopuścić należy uczynienie części nieruchomości gruntowej przedmiotem zapisu windykacyjnego, o ile stanowi ona wyodrębnioną już geodezyjnie działkę. W innych przypadkach notariusz powinien odmówić testatorowi umieszczenia w testamentie notarialnym zapisu windykacyjnego fizycznej części nieruchomości albo rzeczy ruchomej.

Pośród przedmiotów zapisu windykacyjnego nie wymieniono pieniędzy. Są one zwykle kwalifikowane jako rzeczy oznaczone co do gatunku i tym samym uczynienie ich przedmiotem zapisu windykacyjnego nie było uzasadnione. Natomiast w określonych przypadkach pieniądze mogą być potraktowane jako rzeczy oznaczone co do tożsamości, np. jeśli są to numizmaty albo pieniądze złożone w skrytce bankowej lub innym oznaczonym miejscu. Można także wskazać numery seryjne banknotów stanowiących przedmiot zapisu windykacyjnego. Brak również przeszkód do uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego wierzytelności pieniężnej jako prawa zbywalnego. Takim prawem jest np. wierzytelność o zwrot pożyczki, o zapłatę za towar lub usługę, o wypłatę środków zgromadzonych na rachunku bankowym.

Sprawą kontrowersyjną jest także dopuszczalność uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego udziału w przedmiocie należącym do majątku wspólnego małżonków²¹. Zgodnie bowiem z art. 35 zd. 2 k.r.o. w czasie trwania wspólności żaden z małżonków nie może rozporządzać ani zobowiązywać się do rozporządzania udziałem, który w razie ustania wspólności przypadnie mu w przedmiocie należącym do majątku wspólnego. Udział ten nie może stanowić przedmiotu zbycia dokonywanego w ramach czynności *inter vivos*. Jest to o tyle istotne, że art. 981¹ § 2 pkt 2 k.c. dopuszcza uczynienie przedmiotem zapisu tylko takich praw majątkowych, które są zbywalne. Udział w przedmiocie objętym wspólnością ustawową jako prawo majątkowe nie spełnia kryterium zbywalności wymaganego dla praw majątkowych, które stanowić mają przedmiot zapisu windykacyjnego. Trzeba także podkreślić, iż nie ma tu

²¹ Zob. K. O s a j d a, *Przedmiot...*, s. 128 i nast.

znaczenia, że udział ten jest dziedziczny i może stanowić przedmiot zapisu zwykłego. Ustawodawca dla ustalenia katalogu praw, które uczynić można przedmiotem zapisu windykacyjnego, posłużył się wyłącznie kryterium zbywalności, a nie dziedziczności. Dlatego też niedopuszczalne jest uczynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego praw dziedzicznych, ale niezbywalnych (np. prawa pierwokupu, prawa odkupu).

Ponadto zauważyć należy, że wątpliwe jest także przyjęcie tezy, iż udział we współwłasności ułamkowej, która powstanie z chwilą otwarcia spadku, w odniesieniu do rzeczy objętej wspólnością majątkową małżeńską jest prawem zbywalnym w chwili śmierci testatora. W tej chwili uprawnionym do tego udziału przestaje być testator, a stają się nimi jego spadkobiercy, którzy udział ten mogą zbyć po śmierci testatora (zob. art. 1036 k.c.). Natomiast uprawnienie takie nie przysługuje testatorowi. Poza tym na tle przepisów regulujących zapis windykacyjny przyjąć należy, że cechę zbywalności prawo majątkowe stanowiące przedmiot zapisu windykacyjnego wykazywać powinno już wtedy, gdy sporządzany jest testament notarialny²². Tylko wówczas notariusz jest w stanie zweryfikować, czy przedmiot zapisu windykacyjnego odpowiada wymaganiom określonym w art. 981¹ § 2 pkt 2 k.c. Nie można tej weryfikacji dokonywać jedynie po śmierci testatora. Wtedy bowiem może się okazać, że uczyniony przez testatora zapis windykacyjny jest nieskuteczny.

Za powyższą interpretacją przemawia także reguła ścisłej wykładni przepisów wprowadzających wyjątki od zasad ogólnych, do których zaliczyć należy przepisy regulujące zapis windykacyjny. Wprowadzają one odstępstwo od fundamentalnej dla prawa spadkowego zasady sukcesji uniwersalnej, gdyż wyłączają przedmiot zapisu windykacyjnego ze spadku na podstawie art. 922 § 2 k.c.²³

W konkluzji stwierdzić należy, iż na tle art. 981¹ § 2 k.c. w związku z art. 35 zd. 2 k.r.o. niedopuszczalne jest uczynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego udziału we współwłasności ułamkowej, która powstanie z chwilą otwarcia spadku, w odniesieniu do rzeczy objętej w chwili

²² Odmienne K. O s a j d a, *Przedmiot...*, s. 128.

²³ Dlatego trudno zgodzić się z tezą K. O s a j d y (*Przedmiot...*, s. 129), iż „wszelkie ograniczenia co do dopuszczalności stosowania zapisu windykacyjnego powinny być wykładane wąsko”.

sporządzania zapisu windykacyjnego wspólnością majątkową małżeńską²⁴. Należy też nadmienić, iż dopuszczenie rozrządzeń udziałem we wskazanej współwłasności trudno byłoby także pogodzić z możliwością domagania się przez małżonków ustalenia nierównych udziałów w majątku wspólnym (art. 43 ust. 2 i 3 k.r.o.) oraz z obowiązkiem uzyskania zgody współmałżonka na rozporządzenie udziałem we współwłasności ułamkowej powstałej po ustaniu wspólności majątkowej małżeńskiej (art. 1036 k.c. w zw. z art. 46 k.r.o.).

Omawiana powyżej kwestia zbywalności odegra istotną rolę także w sytuacji, gdy przedmiotem zapisu windykacyjnego testator zechce uczynić np. ogół praw i obowiązków przysługujących współnikowi osobowej spółki handlowej (art. 10 k.s.h.)²⁵ lub wierzytelności, które *ex lege* są niezbywalne. Natomiast wątpliwości pojawić się mogą w odniesieniu do wierzytelności, co do których zawarto *pactum de non cedendo*²⁶.

V. Akt poświadczenia dziedziczenia

Przed sporządzeniem aktu poświadczenia dziedziczenia notariusz spisuje protokół dziedziczenia (art. 95b pr. o not.). Przy dokonywaniu tej czynności konieczny jest także udział osób, na rzecz których uczyniono zapisy windykacyjne. Osoby te muszą osobiście stawić się u notariusza. Przyjąć jednak można, że w przypadku gdy zapisobierca windykacyjny zmarł przed testatorem, nieobecność zapisobiercy nie stanowi przeszkody do sporządzenia protokołu dziedziczenia (a potem aktu poświadczenia dzie-

²⁴ Tak też E. Gniewek, *O niedopuszczalności...* Zob. także P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 17-18. Nie jest jednak jasna konkluzja tego autora, iż małżonkowie poprzez sporządzenie dwóch odrębnych testamentów mogą skutecznie dokonać rozporządzenia przedmiotem należącym do ich majątku wspólnego.

²⁵ Zob. także P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 12.

²⁶ Przyjąć bowiem można, że umowne wyłączenie zbywalności wierzytelności prowadzi do niedopuszczalności uczynienia jej przedmiotem zapisu windykacyjnego. Trudno jednak zweryfikować występowanie tego zastrzeżenia w chwili sporządzania testamentu. Działa ono w interesie dłużnika, który w tej czynności nie uczestniczy i podniesie ewentualny zarzut dopiero po śmierci swego wierzyciela. Szerzej na temat skutków zastrzeżenia *pactum de non cedendo* zob. A. Krzykowski, *Umowne zakazy przelewu wierzytelności (pacta de non cedendo) w obrocie krajowym i międzynarodowym*, Warszawa 2012, s. 23 i nast.

dziczenia), o ile fakt ten zostanie wykazany przy pomocy odpowiednich dokumentów.

Pozostają jednak do rozstrzygnięcia inne przypadki, w których zapisy windykacyjne są nieskuteczne. Czy wówczas udział niedoszłego zapisobiercy windykacyjnego jest konieczny przy sporządzaniu protokołu dziedziczenia? Odpowiedź nie jest tu jednoznaczna. Sądzę, iż udział zapisobiercy w omawianej czynności nie jest konieczny, jeżeli bezskuteczność zapisu windykacyjnego jest stwierdzona niebudzącym wątpliwości dokumentem urzędowym, np. orzeczeniem sądu stwierdzającym niegodność zapisobiercy lub oświadczeniem zapisobiercy o odrzuceniu zapisu złożonym przed innym notariuszem²⁷. Będą to jednak przypadki sporadyczne. W innych sytuacjach (np. w razie zbycia przedmiotu zapisu windykacyjnego przez testatora) trudno znaleźć uzasadnienie dla braku obowiązku stawienia zapisobiercy windykacyjnego, który może przecież kwestionować tezę o nieskuteczności zapisu uczynionego na jego rzecz (np. podważać fakt skutecznego zbycia przedmiotu zapisu przez testatora). Wówczas nieodzowne stanie się rozstrzygnięcie tej kwestii przez sąd.

Nawet w tych przypadkach, gdy zapis windykacyjny w ocenie notariusza jest nieskuteczny i fakt ten nie jest podważany przez osoby uczestniczące przy sporządzaniu protokołu dziedziczenia, w protokole powinna pojawić się informacja o istnieniu takiego zapisu wraz ze wskazaniem przyczyny jego nieskuteczności (ewentualnie z powołaniem się na odpowiednie dokumenty, które stanowić powinny załączniki do protokołu dziedziczenia). Natomiast informacji na temat nieskutecznych zapisów windykacyjnych nie należy już podawać w akcie poświadczenia dziedziczenia. Zgodnie bowiem z art. 95f § 1 pkt 7a w akcie poświadczenia dziedziczenia wskazuje się tylko osoby, na rzecz których dokonano skutecznych zapisów windykacyjnych oraz przedmiot tych zapisów²⁸. Pomija się zatem zapisy nieskuteczne.

Dla ustalenia skuteczności zapisu windykacyjnego nieodzowne jest stwierdzenie faktu przynależności przedmiotu tego zapisu do majątku spadkodawcy w chwili jego śmierci (art. 981² zd. 1 k.c.). Można go

²⁷ Oba te przypadki obejmuje swym zakresem art. 95c § 2 pkt 7 pr. o not.

²⁸ Szerzej zob. P. B o r k o w s k i, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa 2011, s. 218 i nast.

dokonać w oparciu o dokumenty urzędowe (np. księga wieczysta, ewidencja gruntów i budynków lub inny rejestr). W większości przypadków notariusz oprze się jednak na oświadczeniach osób uczestniczących w sporządzaniu aktu poświadczenia dziedziczenia. Osoby te mogą jednak nie dysponować odpowiednią wiedzą w tym zakresie lub opierać się na błędnych informacjach. Dlatego też ustalenie kwestii przynależności danego przedmiotu do majątku spadkodawcy może w wielu wypadkach nastęrczać sporych trudności. W razie wątpliwości w tym zakresie notariusz powinien odesłać zainteresowane osoby na drogę postępowania sądowego²⁹.

VI. Aspekty międzynarodowe

Oprócz wskazanej już powyżej sytuacji, gdy zapisobiercą jest cudzoziemiec, z zapisem windykacyjnym wiążą się także dalsze aspekty międzynarodowe, na które należy zwrócić uwagę.

Nowa ustawa – Prawo prywatne międzynarodowe, która weszła w życie z dniem 16 maja 2011 r.³⁰, wyraźnie dopuszcza w art. 64 ust. 1 możliwość poddania spraw spadkowych prawu wybranemu przez spadkodawcę. Wybór ten jest ograniczony do prawa ojczystego spadkodawcy, prawa miejsca jego zamieszkania i prawa miejsca jego zwykłego pobytu z chwili dokonywania przez niego tego wyboru lub z chwili jego śmierci. Dopiero w razie braku wyboru prawa w sprawach spadkowych właściwe jest prawo ojczyste spadkodawcy z chwili jego śmierci. Jednakże o ważności testamentu, w tym przede wszystkim co do jego dopuszczalnej treści, rozstrzyga wyłącznie prawo ojczyste spadkodawcy z chwili dokonania tej czynności³¹. Zatem oceniając dopuszczalność zamieszczenia zapisu

²⁹ Szerzej na temat odmowy sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia zob. K. C z e r w i ń s k a - K o r a l, *Odmowa sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia – zagadnienia wybrane*, Przegląd Sądowy 2012, nr 2, s. 98 i nast.

³⁰ Ustawa z dnia 14 lutego 2011 r. (Dz.U. nr 80, poz. 432) – dalej: p.p.m. Zob. także E. K a m a r a d, *Nowa ustawa Prawo prywatne międzynarodowe z 4 lutego 2011 r. – analiza podstawowych regulacji*, Nowy Przegląd Notarialny 2011, nr 1, s. 47 i nast.; M. P a z d a n, *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*, Państwo i Prawo 2011, z. 6, s. 18 i nast.; M. K ł o d a, *Zagadnienia międzyczasowe nowego prawa prywatnego międzynarodowego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2011, z. 2, s. 507 i nast.

³¹ Szerzej zob. M. P a z d a n, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2012, s. 285 i nast.

windykacyjnego w testamencie, należy kierować się przepisami prawa państwa, którego obywatelem jest testator. Notariusz powinien każdorazowo upewniać się, czy testator umieszczający w treści swego testamentu notarialnego zapis windykacyjny jest obywatelem polskim lub w przypadkach opisanych w art. 3 ust. 1 p.p.m. ma w Polsce miejsce zamieszkania. Tylko w takich przypadkach posłużenie się zapisem windykacyjnym znanym naszemu prawu będzie skuteczne. W innych przypadkach, tzn. gdy treść testamentu podlega prawu obcemu, przesądzenie kwestii dopuszczalności zastosowania zapisu windykacyjnego zależy od postanowień tego prawa. Nie ma przy tym znaczenia, że przedmiot zapisu windykacyjnego znajduje się w Polsce.

Przedmiotem zapisu windykacyjnego uczynionego przez obywatela polskiego stać się też mogą rzeczy położone za granicą. W takim wypadku skuteczność tych zapisów może być uzależniona od stanowiska prawa miejsca położenia tych rzeczy. Na tym tle pojawia się trudna teoretycznie kwestia wzajemnego stosunku statutu spadkowego i statutu rzeczowego. Odgrywa ona istotną rolę m.in. w takim przypadku, gdy odmienne jest stanowisko obu statutów w zakresie skutków wywoływanych przez zapis testamentowy. Opowiadam się w tym zakresie za prymatem statutu spadkowego³². Jednak taki pogląd nie jest powszechnie przyjmowany. Dlatego też notariusz powinien uprzedzić testatora, który chce uczynić zapis windykacyjny przedmiotu położonego za granicą, iż może on okazać się bezskuteczny z uwagi na przepisy obowiązujące w miejscu położenia tego przedmiotu.

W przypadku uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego przedmiotu położonego za granicą pojawia się też kwestia stwierdzenia tego faktu w akcie poświadczenia dziedziczenia. Jak sadzę, mimo braku wyraźnego rozstrzygnięcia tej kwestii w prawie o notariacie, przyjąć tu należy podobne rozwiązanie jak w przypadku składników spadku. Oznacza to, że jeżeli okaże się, iż przedmiotem zapisu windykacyjnego jest nieruchomości lub prawo na nieruchomości położonej poza granicami Polski, notariusz odmówić powinien sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia.

³² Szerzej zob. J. G ó r e c k i, *Zapis testamentowy w prawie kolizyjnym*, [w:] *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, t. V, red. M. Pazdan, Katowice 2009, s. 131 i nast.

VII. Podsumowanie

Z zapisem windykacyjnym związane są spore nadzieje. Ich realizacja w dużej mierze zależy od notariuszy. Należy jednak podkreślić, że zapis windykacyjny nie jest lekarstwem na wszelkie bolączki polskiego prawa spadkowego. Dlatego też nie realizuje on wszystkich oczekiwań społeczeństwa, a w szczególności przedsiębiorców, notariuszy, sędziów itd. Dotyczy to przede wszystkim przedmiotu zapisu windykacyjnego. Nie było założeniem twórców ustawy z 18 marca 2011 r. stworzenie poprzez zapis windykacyjny możliwości swobodnego podziału wszystkich składników majątku spadkodawcy. Takie założenie byłoby sprzeczne z ideą dziedziczenia opartego na sukcesji uniwersalnej, która nadal jest jednym z fundamentów polskiego prawa spadkowego.

Trzeba też zaapelować do notariuszy, aby przekonywali swoich klientów do ostrożnego korzystania z zapisu windykacyjnego, tak aby nie czynili oni jego przedmiotem rzeczy i praw o bagatelnej wartości. Należy zawsze pamiętać o tym, iż po śmierci testatora trzeba będzie wszystkich zapisobierców windykacyjnych zebrać, aby sporządzić akt poświadczenia dziedziczenia lub ich zawiadomić o prowadzonym postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku. Notariusze powinni zatem uprzedzać osoby sporządzające testament z zapisem windykacyjnym także o tych konsekwencjach z nim związanych. Niemożność stawienia się zapisobierców windykacyjnych doprowadzić może do zablokowania możliwości notarialnego poświadczenia dziedziczenia przez spadkobierców. W takich przypadkach nie należy sporządzać aktu poświadczenia dziedziczenia, licząc się z koniecznością jego uzupełnienia w oparciu o art. 951 pr. o not. Przepis ten nie może być bowiem wykorzystywany jako „furtka” pozwalająca ominąć obowiązek umieszczenia w akcie poświadczenia dziedziczenia informacji o przedmiocie zapisu windykacyjnego i osobie, na rzecz której go uczyniono.

Dr hab. prof. nadzw. Jacek Górecki – Uniwersytet Śląski w Katowicach.