



Glosa

do postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 29 listopada 2011 r., II CZ 1006/11¹

Przedmiotem zapisu windykacyjnego może być tylko taka rzecz, która w całości lub części przysługuje testatorowi w chwili sporządzenia testamentu i którą może on w tej dacie rozporządzać. Wykluczone jest uczynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego przyszłego udziału w składniku majątku wspólnego małżonków².

Omawiane orzeczenie jest warte uwagi jako pierwszy judykat dotyczący zagadnienia dopuszczalności posłużenia się konstrukcją zapisu windykacyjnego przy regulowaniu sukcesji spadkowej w odniesieniu do przedmiotów wchodzących w skład majątku wspólnego małżonków, a ściślej rzecz ujmując – w odniesieniu do przyszłego udziału w określonym składniku tego majątku.

1. Stan faktyczny sprawy

Postanowienie zapadło w wyniku złożenia zażalenia na dokonaną przez notariusza odmowę sporządzenia aktu notarialnego w następującym stanie faktycznym:

¹ Orzeczenie niepublikowane.

² Teza sformułowana przez glosatora na podstawie uzasadnienia omawianego orzeczenia.

Notariusz odmówił w dniu 26 października 2011 r. dokonania czynności notarialnej polegającej na sporządzeniu testamentu zawierającego zapis windykacyjny. Przedmiotem zapisu windykacyjnego miał być zgodnie z wolą testatorki udział, wynoszący 1/2 części, w prawie własności lokalu mieszkalnego objętego wspólnością ustawową testatorki i jej małżonka.

W uzasadnieniu odmowy dokonania czynności notariusz stwierdził, że w przypadku, gdy pomiędzy małżonkami obowiązuje ustrój ustawowej wspólności, nie ma możliwości zastosowania art. 981¹ § 1 k.c. w oderwaniu od przepisu art. 35 k.r.o. Notariusz podkreślił, że w świetle art. 981¹ k.c. przedmiotem zapisu windykacyjnego może być rzecz, która w całości lub części przysługuje testatorowi w chwili sporządzenia testamentu, a nie która będzie mu przysługiwała w całości lub części w chwili śmierci, co jest konstrukcją typową dla dziedziczenia (art. 922 § 1 k.c.). Testator nie może zatem uczynić przedmiotem zapisu windykacyjnego swojego udziału, który dopiero powstanie w chwili ustania wspólności ustawowej. Czynność taka pozostaje w sprzeczności z art. 35 k.r.o., a w konsekwencji z art. 981¹ § 1 k.c. Aby w pełni wykonać dyspozycję przepisu art. 981¹ § 1 k.c. testator w chwili sporządzania testamentu powinien być wyłącznym właścicielem lokalu lub współwłaścicielem lokalu w częściach ułamkowych.

W dniu 26 października 2011 r. wnioskodawczyni złożyła zażalenie na odmowę dokonania czynności notarialnej. W jego uzasadnieniu podkreśliła wagę konstytucyjnie chronionej swobody testowania i okoliczność, że zarówno prawo własności, jak i autonomia testatora podlega ograniczeniom ustawowym, co oznacza, że testament nie może naruszać norm bezwzględnie obowiązujących, zmierzać do obejścia prawa czy też pozostawać w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Zarzuciła, że w jej przypadku nie może być mowy o naruszeniu przepisów bezwzględnie obowiązujących, w tym art. 981¹ k.c., gdyż zapis windykacyjny wywrze skutek dopiero, kiedy jej udział we współwłasności łącznej będzie już udziałem we współwłasności w częściach ułamkowych i będzie wynosić 1/2 części. Wobec powyższego skutki rozporządzenia nastąpią po ustaniu wspólności ustawowej małżeńskiej i będą dotyczyć udziału we współwłasności w częściach ułamkowych.

Wnioskodawczyni podniosła też, że zgodnie z art. 981² k.c. zapis windykacyjny jest bezskuteczny, jeżeli w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu windykacyjnego nie należy do spadkodawcy, co – *a contrario* – oznacza, że jest on skuteczny, jeśli w chwili otwarcia spadku przedmiot należy do spadkodawcy. Powołała także głosy doktryny, zgodnie z którymi w chwili sporządzenia testamentu spadkodawca nie musi być właścicielem przedmiotu zapisu windykacyjnego, decydująca jest bowiem chwila otwarcia spadku, ponieważ dla skutecznej realizacji zapisu windykacyjnego ma znaczenie tylko fakt, czy jego przedmiot należał w chwili śmierci do spadkodawcy.

Wnioskodawczyni wskazała ponadto, że zapis windykacyjny, którym chciałaby się posłużyć jako testatorka, nie narusza zasad współżycia społecznego, bowiem wpływ spadkodawcy na losy poszczególnych składników majątku spadkowego po jego śmierci nie powinien być ograniczony, gdyż mogłoby to pozostawać w jawnej sprzeczności z niektórymi celami, których osiągnięciu prawo spadkowe i kształtowane przez to prawo instytucje prawne, a w szczególności przepisy o zapisie windykacyjnym, powinny służyć. Podniosła w końcu, że gdyby podzielić stanowisko notariusza, niemożliwe byłoby sporządzenie testamentu z zapisem windykacyjnym przez osoby pozostające ze swoimi współmałżonkami w ustawowej wspólności – w zakresie rzeczy objętych tą wspólnością. Taka wykładnia przepisów prawa prowadziłaby z kolei do zawierania – przed sporządzeniem testamentu z zapisem windykacyjnym – umów ustanowienia rozdzielności majątkowej między małżonkami, co wydaje się nie być zamierzeniem racjonalnego prawodawcy, ustanawiającego przepisy prawa.

2. Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu

Sąd Okręgowy w Opolu oddalił zażalenie na odmowę dokonania czynności notarialnej. W uzasadnieniu podzielił ocenę notariusza, że w przypadku, gdy pomiędzy małżonkami obowiązuje ustrój ustawowej wspólności, nie ma możliwości zastosowania art. 981¹ k.c. w oderwaniu od przepisu art. 35 k.r.o. Przedmiotem zapisu windykacyjnego określonego w art. 981¹ k.c. może być tylko taka rzecz, która w całości lub części przysługuje testatorowi w chwili sporządzenia testamentu i którą może on w tej dacie rozporządzać, a nie taka, która będzie mu przysłu-

giwała w całości lub w części w chwili śmierci. Zapis windykacyjny ma inny charakter niż zapis zwykły, bowiem w przeciwieństwie do zapisu zwykłego, który rodzi wyłącznie skutki obligacyjne, powoduje skutki rzeczowe, mianowicie z chwilą śmierci spadkodawcy spadkobierca windykacyjny staje się właścicielem składnika majątkowego, objętego powyższym zapisem.

Nie można z przepisu art. 981² k.c. wyciągać wniosku, że w momencie sporządzania zapisu windykacyjnego spadkodawca nie musi być właścicielem przedmiotu zapisu windykacyjnego ani mieć prawa do rozporządzania nim. Skoro bowiem ustawodawca dla zapisu windykacyjnego przewidział szczególną i wyłączną formę testamentu notarialnego, wydaje się, że spadkodawca musi mieć prawo do przedmiotu zapisu i rozporządzania nim w chwili testowania. W przeciwnym bowiem wypadku, skoro na etapie sporządzania testamentu przesłanki te nie byłyby przedmiotem badania, nie byłoby wystarczającego uzasadnienia dla przyjęcia dla zapisu windykacyjnego wyłącznie formy testamentu notarialnego.

Sąd Okręgowy podniósł ponadto, że udział w majątku wspólnym nie musi być równy (art. 43 § 2 k.r.o.). Skoro zaś nabycie przedmiotu zapisu windykacyjnego następuje z chwilą otwarcia spadku, a sąd stwierdza je deklaratoryjnie w postanowieniu o stwierdzeniu nabycia spadku, nie może być w tym postępowaniu żadnych wątpliwości co do wysokości udziału w przedmiocie czy też prawie należącym do spadku.

Zauważono nadto, iż przepisy prawa spadkowego mają charakter bezwzględnie obowiązujący, w związku z tym ich wykładnia musi być ścisła, a w razie wątpliwości należy przyjąć wykładnię literalną w powiązaniu z innymi również bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a nie wykładnię rozszerzającą, której wnioskodawczyni domagała się, zdaniem Sądu Okręgowego, w zażaleniu. Uzasadnienie podsumowuje stwierdzenie, że wnioskodawczyni może dokonać planowanego rozrządzenia testamentowego przy wykorzystaniu pozostałych instytucji prawa spadkowego bez naruszenia jej prawa jako testatora.

3. Krytyka stanowiska Sądu Okręgowego w Opolu

Z żalem należy na wstępie zauważyć, iż Sąd Okręgowy w Opolu nie skorzystał z instytucji pytania prawnego i potraktował kwestię o ogrom-

nym znaczeniu dla pewności obrotu prawnośpadkowego w Polsce jak jedną z wielu spraw rozpatrywanych tego dnia na sesji odwoławczej. Uzasadnienie omawianego judykatu nie odznacza się przy tym głębią odpowiadającą stopniowi skomplikowania rozważanej materii, choć skład sędziowski mógł domyślać się, że orzeczenie nie ma służyć jedynie rozstrzygnięciu konkretnego przypadku, ale ma charakter precedensu, który będzie analizowany w środowisku notarialnym i omawiany w doktrynie.

Wybrany kierunek rozstrzygnięcia nie zasługuje ponadto na aprobatę. Sąd Okręgowy w Opolu przyłączył się do części doktryny i praktyki notarialnej, które pojawienie się nowej instytucji witają pocałunkami śmierci. Szczególnie groźnym dla funkcjonowania instytucji zapisu windykacyjnego jest niezasadne kwestionowanie dopuszczalności zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem testator chciałby uczynić przyszły udział w składniku majątku wspólnego³. Założeniem niniejszej glosy nie jest wyczerpanie tematu, bo dyskusja w doktrynie poświęcona problemom pojawiającym się na styku zapisu windykacyjnego i ustrojów majątkowych małżeńskich dopiero się rozpoczyna⁴. Orzeczenie Sądu Okręgowego pojawia się jednak w czasie, który z uwagi na potrzeby praktyki wyklucza pozostawienie go bez komentarza krytycznego.

W omawianym judykacie przeplatają się ze sobą dwa argumenty, które mają przemawiać za niemożliwością objęcia zapisem windykacyjnym udziału

³ Innym tego rodzaju „pocałunkiem śmierci” jest postulat stosowania art. 961 k.c. w sytuacji, gdy za pomocą zapisów windykacyjnych testator wyczerpuje prawie cały majątek spadkowy, mimo iż podstawą zastosowania reguły interpretacyjnej zawartej w tym przepisie jest zachodzenie wątpliwości co do charakteru rozrządzenia testamentowego, które w absolutnej większości wypadków *ex definitione* wykluczone jest w wypadku rozrządzenia zawartego w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego. Stanowisko w tej spornej w doktrynie kwestii zająłem w artykule: *Einführung des Vindikationslegats am Beispiel Polens*, *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis – ZErB* 2012, nr 4, s. 100.

⁴ P. K s i ę z a k, *Zapis windykacyjny*, Warszawa 2012, s. 128-133; K. O s a j d a, *Przedmiot zapisu windykacyjnego i odpowiedzialność zapisobierców windykacyjnych za długi spadkowe oraz zachowki*, *MoP* 2012, nr 3, s. 127 i nast.; P. Z a k r z e w s k i, *Zapis windykacyjny*, *Przegląd Sądowy* 2012, nr 2, s. 17 i nast., opowiadający się za możliwością uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego udziału w składniku majątku wspólnego, oraz E. G n i e w e k, *O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków*, *Rejent* 2012, nr 1, s. 24-34, który możliwość taką neguje.

testatora w określonym składniku majątku wspólnego: zakaz wynikający z art. 35 k.r.o. oraz rzekomy wymóg przysługiwania testatorowi przedmiotu zapisu windykacyjnego w chwili sporządzenia testamentu i możliwości rozporządzania przez testatora tym przedmiotem w te same chwile. Należy zatem odnieść się do obu z tych wątków.

3.1. Zapis windykacyjny a art. 35 k.r.o.

Problem znaczenia art. 35 k.r.o., zgodnie z którym w czasie trwania wspólności ustawowej żaden z małżonków nie może rozporządzać ani zobowiązać się do rozporządzenia udziałem, który w razie ustania wspólności przypadnie mu w majątku wspólnym lub w poszczególnych przedmiotach należących do tego majątku, dla rozrządzeń testamentowych nie jest zagadnieniem nowym. Przed wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego zapisu windykacyjnego dominował pogląd, że zakaz wynikający z art. 35 k.r.o. dotyczy wyłącznie czynności *inter vivos*⁵ i nie wyklucza tym samym sporządzania odpowiedniej treści zapisów zwykłych.

Jest to pogląd słuszny, gdyż rozrządzenia testamentowe ze swej natury wywierają skutek dopiero po śmierci testatora, a więc w chwili, gdy ustaje wspólność majątkowa małżeńska. Funkcją zakazu zawartego w art. 35 k.r.o. jest tymczasem jedynie niedopuszczanie osób trzecich do sfery prawnej majątku wspólnego małżonków w trakcie trwania wspólności majątkowej. Śmierć jednego z małżonków musi powodować dziedziczenie udziału ułamkowego w składniach majątku wspólnego i wejście następcy prawnego w sferę prawną dawnego majątku wspólnego. Bez znaczenia jest przy tym, czy odbywa się to w ramach sukcesji generalnej, czy na podstawie zapisu; tym bardziej że po ustaniu wspólności każdy z małżonków może bez zgody drugiego zbyć udział w konkretnym składniku majątku wspólnego (art. 1036 k.c. w zw. z art. 46 k.r.o.). Ograniczenie się do mechanicznej wykładni art. 35 k.r.o., nieuwzględniającej funkcji tego przepisu i specyfiki rozrządzeń testamentowych, prowadziłyby do

⁵ M. S y c h o w i c z, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2009, art. 35, nb. 7; J. S t. P i ą t o w s k i, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. St. Piątkowski, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985, s. 334; J. P i e t r z y k o w s k i, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2010, art. 35, nb. 5; M. N a z a r, [w:] *System prawa prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 246; E. N i e z b e c k a, *Zapis*, Lublin 1990, s. 123.

ograniczenia małżonków w dokonywaniu wszelkich rozrządzeń na wypadek śmierci, w tym do ustanawiania spadkobierców⁶.

Rozrządzenia testamentowe nie są zatem w ogóle objęte hipotezą art. 35 k.r.o. i przepis ten nie stoi tym samym na przeszkodzie objęciu zapisem windykacyjnym udziału testatora w określonym składniku majątku wspólnego⁷.

3.1. Wymóg przysługiwania testatorowi przedmiotu zapisu windykacyjnego w chwili sporządzania testamentu

Z konstrukcji prawnej wspólności łącznej, którą jest wspólność majątkowa małżeńska, wynika, że przedmiotem zapisu windykacyjnego może być potencjalnie jedynie przyszły udział ułamkowy w określonym przedmiocie wchodzącym z skład majątku wspólnego testatora i jego małżonka⁸. Porządkując pole do dalszych rozważań, stwierdzić należy ponadto, iż w wypadku wspólności majątkowej małżeńskiej ustającej w wyniku śmierci testatora niewłaściwe jest odnoszenie się do udziału ułamkowego „przypadającego spadkodawcy”. O ile wspólność nie ustaje za życia spadkodawcy, ten nie nabywa bowiem nigdy udziału ułamkowego w składnikach majątku wspólnego. Za życia spadkodawcy wspólność ma charakter łączny. Udział ułamkowy powstaje dopiero wskutek śmierci spadkodawcy. W tej samej sekundzie jurydycznej nabywa go spadkobierca albo zapisobierca windykacyjny, a nie sam spadkodawca, którego osobowość prawna ustaje.

⁶ Problem dostrzegają S. Breyer i S. Gross, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. B. Dobrzański i J. Ignatowicz, Warszawa 1975, s. 177, którzy nie do końca konsekwentnie wyłączają sporządzanie przez małżonków zapisów zwykłych, dopuszczając jednocześnie ustanawianie przez nich spadkobierców.

⁷ Tak również P. Księżak, *Zapis...*, s. 129; R. Sztyk, *Zapis windykacyjny jako element reformy prawa spadkowego*, Łódzki Biuletyn Notarialny, wrzesień 2011, s. 25; P. Zakrzewski, *Zapis windykacyjny...*, s. 17; tenże, *Das Vindikationslegat im polnischen Zivilgesetzbuch*, [w:] *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, red. Ch. von Bar, A. Wudarski, Monachium 2012, s. 709; odmiennie: E. Gniewek, *O niedopuszczalności...*, s. 31.

⁸ Konsensusiem w doktrynie wydaje się być objęcie zapatrywanie, że przedmiotem zapisu windykacyjnego nie może być udział w majątku wspólnym: E. Niezbecka, [w:] *Kodeks cywilny*, red. A. Kidyba, Warszawa 2011, art. art. 981¹ k.c., nb. 10; K. Osajda, *Przedmiot zapisu...*, s. 127; P. Księżak, *Podstawowe problemy zapisu windykacyjnego*, KPP 2011, nr 4, s. 1068; E. Gniewek, *O niedopuszczalności...*, s. 24, 30.

Łączny charakter wspólności majątkowej małżeńskiej odróżnia analizowany problem od innych wypadków czynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego rzeczy przyszłych. Ogólny charakter tezy o konieczności przysługiwania testatorowi przedmiotu zapisu windykacyjnego nie tylko w chwili śmierci (art. 981² k.c.), ale też w chwili sporządzania testamentu, którą sformułował Sąd Okręgowy w Opolu, wymaga jednak przeanalizowania kwestii w szerszym kontekście. Należy zauważyć, że wymóg przysługiwania testatorowi przedmiotu zapisu windykacyjnego w chwili testowania nie znajduje żadnego oparcia w ustawie. Rozrządzenia testamentowe ze swej natury mogą wywoływać skutki rzeczowe dopiero z chwilą otwarcia spadku⁹. Wcześniej są one z punktu widzenia stosunków prawnorzeczowych irrelevantne. Nie ma żadnych powodów, aby formułować pozaustawowy wymóg konfrontowania treści konkretnego zapisu windykacyjnego ze sferą prawnorzeczową już w chwili sporządzania testamentu. Dopuszczalne jest zatem czynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego prawa, które jeszcze nie przysługuje testatorowi¹⁰, o ile tylko możliwe jest jednoznaczne określenie przedmiotu takiego zapisu. Tego rodzaju zapis windykacyjny jest, jak każdy inny zapis windykacyjny, skuteczny na warunkach określonych w art. 981² k.c.

Wbrew pogładowi wyrażonemu przez Sąd Okręgowy w Opolu ustawodawca określił w art. 981² k.c. jedną cezurę czasową istotną w procesie formułowania zapisu windykacyjnego, który ma wyrzucić skutek prawnorzeczowy – chwilę otwarcia spadku. Nie można art. 981² k.c. interpretować w oderwaniu od siostrzanego art. 976 k.c. O ile w wypadku zapisu zwykłego możliwe jest uczynienie jego przedmiotem rzeczy, która testatorowi nigdy nie przysługiwała, skutek prawnorzeczowy zapisu

⁹ Odmienne E. Gniewek, *O niedopuszczalności...*, s. 32.

¹⁰ Tak również: E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011, art. 981¹ k.c., nb. 8; J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011, art. 981¹ k.c., nb. 3; K. Osajda, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, 2011, legalis, art. 981¹ k.c., pkt. 152; tenże, *Przedmiot zapisu...*, s. 127; P. Książak, *Podstawowe problemy...*, s. 1066; W. Żukowski, *Projektowane wprowadzenie zapisu windykacyjnego do polskiego prawa spadkowego*, KPP 2010, nr 4, s. 1032 i nast.; odmienne: E. Gniewek, *O niedopuszczalności...*, s. 18; E. Niezbecka, [w:] *Kodeks cywilny...*, art. 981¹ k.c., nb. 11 (która dopuszcza jednak uczynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego ekspektawy istniejącej w chwili otwarcia spadku – nb. 13).

windykacyjnego przesądził o konieczności wprowadzenia warunku przysługiwania testatorowi przedmiotu zapisu windykacyjnego w chwili otwarcia spadku.

Pozornym argumentem jest wyprowadzanie w omawianym zakresie jakichkolwiek skutków prawnych z zastrzeżonego przez ustawodawcę wymogu zawierania zapisu windykacyjnego jedynie w testamencie sporządzanym w formie aktu notarialnego. Rolą notariusza jest bowiem badanie, czy ewentualny przedmiot zapisu windykacyjnego jest tego rodzaju, że mieści się w zamkniętym katalogu sformułowanym przez ustawodawcę w art. 981¹ § 2 k.c., i precyzyjne zindywidualizowanie tego przedmiotu. Z obligatoryjnego udziału notariusza w sporządzeniu zapisu windykacyjnego nie można wyprowadzić dodatkowej materialnoprawnej przesłanki skuteczności takiego zapisu.

Za wysoce wątpliwe uznać należy ponadto, czy celowym jest prowadzenie, bez oparcia w ustawie, takiej wykładni przepisów regulujących instytucję zapisu windykacyjnego, która wyklucza jej stosowanie przez znaczną część testatorów. Sformułowany przez Sąd Okręgowy w Opolu pogląd o konieczności przysługiwania testatorowi przedmiotu zapisu windykacyjnego w chwili testowania czyni instytucję zapisu windykacyjnego ułomną nie tylko w zestawieniu ze sferą majątku wspólnego małżonków. Wymóg tego rodzaju w praktyce wyklucza uczynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego zbiorów rzeczy o zmiennym charakterze. Otwiera też, co gorsze już z praktycznego punktu widzenia, duże pole do kwestionowania prawnorzeczowych skutków zapisów windykacyjnych dotyczących przedsięwzięć i gospodarstw rolnych w zakresie części składowych niewchodzących w skład przedmiotu zapisu windykacyjnego w chwili testowania.

3.2. Wymóg możliwości rozporządzania przedmiotem zapisu windykacyjnego w chwili sporządzania testamentu

Konsekwencją poczynionych wyżej uwag musi być odrzucenie sformułowanego przez Sąd Okręgowy w Opolu wymogu możliwości rozporządzania przedmiotem zapisu windykacyjnego w chwili sporządzania testamentu, jako niemającego oparcia w ustawie. Możliwość rozporządzania przez testatora przedmiotem zapisu windykacyjnego w chwili sporządzania zapisu windykacyjnego jest bez znaczenia.

4. Proponowany sposób zastosowania instytucji zapisu windykacyjnego

Testator może uczynić przedmiotem zapisu windykacyjnego cały przypadający mu albo jego następcom prawnym udział w określonym składniku majątku wspólnego. O ile wspólność ustaje dopiero w wyniku śmierci testatora, udział ułamkowy powstaje już w sferze prawnej zapisobiercy windykacyjnego. W wypadkach zaś, w których wspólność ustaje jeszcze przed otwarciem spadku – choćby w wyniku zgonu współmałżonka bezpośrednio poprzedzającego otwarcie spadku po testatorze – przedmiotem tak sformułowanego zapisu windykacyjnego jest cały przysługujący spadkodawcy udział ułamkowy, tj. zarówno wynikający z ustania wspólności, jak i odziedziczony po zmarłym wcześniej współmałżonku.

Uczynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego przyszłego udziału w składniku majątku wspólnego małżonków może w wielu sytuacjach upraszczać stan prawny powstały wskutek ustania wspólności majątkowej małżeńskiej. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, w których zapisobiercą windykacyjnym jest współmałżonek. Posłużenie się konstrukcją zapisu windykacyjnego umożliwi w takiej sytuacji sprawne skupienie w jednym ręku własności określonego składnika majątku wspólnego (najczęściej nieruchomości spadkowej), pozostawiając jednocześnie testatorowi swobodę do regulowania sukcesji spadkowej w pozostałym zakresie. Ten sam efekt daje uczynienie przez oboje małżonków zapisobiercą windykacyjnym tej samej osoby, zwłaszcza gdy po pierwszym otwarciu spadku zainteresowani nie widzą potrzeby zniesienia wspólności prawa powstającej między żyjącym dłużej współmałżonkiem a zapisobiercą windykacyjnym.

W określonych konstelacjach posłużenie się instytucją zapisu windykacyjnego może rodzić praktyczne komplikacje¹¹. Sąd Okręgowy w Opolu jednym zdaniem wspomina w tym kontekście, że udziały w majątku wspólnym mogą okazać się nierówne (art. 43 k.r.o.), nie rozwijając szerszej, dlatego ma to, zdaniem tego Sądu, wyłączać zastosowanie instytucji

¹¹ Por. również P. K s i ę ż a k, *Zapis...*, s. 131 i nast.; K. O s a j d a, *Przedmiot zapisu windykacyjnego i odpowiedzialność zapisobierców windykacyjnych za długi spadkowe oraz zachowki*, MoP 2012, nr 3, s. 129.

zapisu windykacyjnego. Należy zauważyć, że sytuacja późniejszego zmodyfikowania wysokości udziałów¹² może nastąpić także przy nabyciu udziału w przedmiocie objętym wcześniej wspólnością majątkową małżeńską w drodze czynności *inter vivos* i w drodze dziedziczenia. Nikt nie wywodzi jednak z tej hipotetycznej możliwości ograniczeń w rozporządzaniu udziałem w przedmiocie objętym wcześniej wspólnością.

Należałoby w tym miejscu raz jeszcze podkreślić, że sukcesja w drodze zapisu windykacyjnego stanowi alternatywę dla dziedziczenia konkretnego przedmiotu w drodze sukcesji generalnej. Nie można zapisu windykacyjnego ze względu na skutek rzeczowy postrzegać jako jakiegoś nadzwyczajnego rozporządzenia praworzecowego i formułować restryktywnych obostrzeń, niespotykanych nawet przy czynnościach rozporządzających *inter vivos*. Zapis windykacyjny jest rozrządzeniem spadkowym. Rozpatrując kwestię skuteczności zapisu windykacyjnego, rozpatrujemy jedynie, czy konkretny składnik majątkowy pójść ma w ręce spadkobiercy, czy zapisobiercy windykacyjnego. Nie ma w tej sytuacji żadnej potrzeby ochrony osób trzecich, a celem nadrzędnym jest realizacja woli spadkodawcy w ramach określonej przez kodeks swobody testowania. O ile zapis windykacyjny *in casu* nie kładzie się w poprzek regułom prawa rzeczowego i nie dokonuje nadzwyczajnego gwałtu na prawie majątkowym małżeńskim, należy na warunkach określonych w przepisach regulujących instytucję zapisu windykacyjnego dopuścić jego stosowanie i uznać jego skuteczność.

Również tożsame dla wszelkich rozporządzeń udziałem w dawnym składniku majątku wspólnego są trudności praktyczne, które mogą powstawać, gdy z danym składnikiem związane są przypadające spadkodawcy albo jego następcom prawnym roszczenia o zwrot nakładów poczynionych z majątku osobistego (art. 45 § 1 k.r.o.). Celowym wydaje się powiązanie losu roszczeń o zwrot nakładów związanych z określonym składnikiem majątku wspólnego z samym udziałem w tym składniku.

¹² W chwili otwarcia spadku udział ułamkowy w majątku wspólnym jest ściśle określony, a do jego ewentualnego zmodyfikowania na podstawie art. 43 § 2 k.r.o. dojść może wskutek późniejszego konstytutywnego orzeczenia sądu.

Przecina to drogę do inicjowania przez spadkobierców postępowań zmierzających do rozliczenia na ich rzecz nakładów na rzecz przypadłą w całości lub w części zapisobiercy windykacyjnemu, który z kolei za nakłady tego rodzaju poczynione z majątku osobistego współmałżonka testatora na przypadły mu udział w przedmiocie dawnego majątku wspólnego odpowiada na zasadach ogólnych, jak za każdy inny dług spadkowy.

Dla rozwiązania obu problemów praktycznych – potencjalnej możliwości zwiększenia się udziału w rzeczy, który należy jest następcom prawnym spadkodawcy już po otwarciu spadku oraz celowego powiązania roszczeń o ewentualne nakłady z samym udziałem w rzeczy poddawany sukcesji, proponuję czynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego nie tylko całego udziału, który przypadnie testatorowi albo jego następcom prawnym w danym składniku, ale też związanych z nim praw i roszczeń.

5. Wnioski dla praktyki notarialnej

Na gruncie aktualnego stanu prawnego nie ma podstaw do odmowy sporządzenia testamentu zawierającego zapis windykacyjny, którego przedmiotem ma być przypadający testatorowi albo jego następcom prawnym udział w określonym składniku majątku wspólnego małżonków. Wskazane jest czynienie przedmiotem takiego zapisu windykacyjnego całego udziału, który przypadnie testatorowi albo jego następcom prawnym w danym składniku wraz ze związanymi z nim prawami i roszczeniami. Głosowane orzeczenie sprawia jednakże, iż z punktu widzenia pewności obrotu spadkowego zachodzi paląca potrzeba zabrania w tej kwestii głosu przez Sąd Najwyższy.

Marcin Margoński, LL.M., Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą; aplikant notarialny w Ślubicach.