

*Rafał Wrzecionek*

## **Forma notarialnego protokołu z otwarcia i ogłoszenia testamentu**

Czynność notarialna otwarcia i ogłoszenia testamentu charakteryzuje się złożoną strukturą wewnętrzną. W praktyce analizowana czynność polega na otwarciu i ogłoszeniu złożonego wcześniej u notariusza testamentu. Notariusz dokona otwarcia testamentu jedynie wówczas, gdy złożony testament będzie wymagał przeprowadzenia takiej czynności. Będzie to miało miejsce w sytuacji, gdy dokument ten zostanie złożony np. w zamkniętej kopercie. Ogłoszenie testamentu polega na odczytaniu jego treści.

Zgodnie z art. 95d zdanie 2 pr. o not. – z otwarcia i ogłoszenia testamentu sporządza się protokół. Czynność ta – wbrew normie wynikającej z art. 2 § 2 pr. o not. – nie ma charakteru dokumentu urzędowego, gdyż polega na dokonaniu realnej czynności – otwarcia i ogłoszenia złożonego testamentu. Sporządzony protokół jedynie potwierdza wcześniej dokonaną czynność faktyczną – szczegółowo opisaną w jego treści. Powyższe obrazuje etapy, które składają się na dokonanie omawianej czynności notarialnej.

W piśmiennictwie nie podejmuje się rozważań dotyczących niezwykle istotnego problemu przy dokonywaniu czynności notarialnej otwarcia i ogłoszenia testamentu, a mianowicie formy, w jakiej powinien być sporządzony przez notariusza protokół z tej czynności. Dostrzec można jedynie

lakoniczne stwierdzenia w tym przedmiocie<sup>1</sup>, które jednak wymagają głębszych rozważań. Przystępując do analizy, koniecznym jest sięgnięcie do rozwiązań już funkcjonujących na gruncie alternatywnego w stosunku do notarialnego postępowania spadkowego – tj. sądowego postępowania o stwierdzenie nabycia spadku.

Sąd spadku wydaje postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku po przeprowadzeniu rozprawy, z której protokolant pod kierunkiem przewodniczącego spisuje protokół (art. 157 § 1 k.p.c.). Na tę rozprawę wzywa się wnioskodawcę oraz osoby mogące wchodzić w rachubę jako spadkobiercy ustawowi i testamentowi (art. 669 k.p.c.). Odpowiednikiem tego protokołu sądowego w notarialnym postępowaniu spadkowym jest protokół dziedziczenia spisywany przez notariusza w formie aktu notarialnego. Ustawodawca dał temu wyraz wprost w przepisie art. 104 § 3 pr. o not. Czynności tej dokonuje się przy udziale wszystkich osób, które mogą wchodzić w rachubę jako spadkobiercy ustawowi i testamentowi, a także osób, na których rzecz spadkodawca uczynił zapisy windykacyjne (art. 95b pr. o not.).

Natomiast otwarcie i ogłoszenie testamentu przez sąd następuje wprawdzie na posiedzeniu jawnym, lecz nie na rozprawie (art. 514 § 1 k.p.c.). Nie ma obowiązku zawiadomienia o terminie dokonania tej czynności (chyba że osoba zainteresowana zgłosi takie żądanie)<sup>2</sup>. Z czynności tej sporządza się oddzielny protokół<sup>3</sup>. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 26 listopada 2003 r.<sup>4</sup> – skoro spisanie przez notariusza protokołu dziedziczenia (w formie aktu notarialnego) jest odpowiednikiem protokołu z posiedzenia sądu w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku, to na zasadzie analogii można by przyjąć, że protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu sporządzany przez notariusza jest

---

<sup>1</sup> Np.: D. Dończyk, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa 2011, s. 82; D. Celiniński i A. Dawid, *Otwarcie i ogłoszenie testamentu w praktyce notarialnej*, Biuletyn Izby Notarialnej w Katowicach z 2011 r., nr 1, s. 61.

<sup>2</sup> T. Demendecki, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 925.

<sup>3</sup> Patrz § 143 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r., Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. nr 38, poz. 249 ze zm.).

<sup>4</sup> III CK 126/02 (niepubl.).

w istocie odpowiednikiem protokołu posiedzenia sądowego, w trakcie którego dokonano czynności otwarcia i ogłoszenia testamentu<sup>5</sup>.

W notarialnym postępowaniu spadkowym, dokonując otwarcia i ogłoszenia testamentu, notariusz „sporządzi protokół” (art. 95d pr. o not.). Wzorując się na sądowym postępowaniu spadkowym, nie powinno się ignorować kwestii ewentualnych różnic w sporządzaniu powyższych protokołów. Nie można więc bezrefleksyjnie przyjąć założenia, że notarialny protokół dziedziczenia, przy regulacji którego ustawodawca wprost nakazuje stosowanie formy aktu notarialnego (art. 104 § 3 pr. o not.), oraz notarialny protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu, przy regulacji którego ustawodawca nie nakazuje stosowania tej formy – w aspekcie formy należy interpretować w sposób tożsamy. Należy w tym miejscu przywołać słuszne stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w wyroku z dnia 19 lutego 2002 r.<sup>6</sup> Wskazano tam, że wymóg zachowania szczególnej formy czynności prawnej musi wynikać z przepisu ustawy. Niedopuszczalne jest zatem kreowanie takiego wymogu w drodze analogicznego stosowania przepisu odnoszącego się do innych czynności. W konsekwencji braku wymagań formalnych w odniesieniu do sporządzenia przez notariusza protokołu z otwarcia i ogłoszenia testamentu (art. 95d pr. o not.) nie powinno się traktować jako luki prawnej, którą należy wypełnić w drodze analogii.

Z treści art. 104 § 3 pr. o not. wynika, że notariusz spisuje protokoły, w tym protokoły dziedziczenia, w celu stwierdzenia przebiegu pewnych czynności i zdarzeń wywołujących skutki prawne. Z chwilą otwarcia i ogłoszenia testamentu staje się on skuteczny, a na jego podstawie osoby

---

<sup>5</sup> Na marginesie warto nadmienić, że otwarcie i ogłoszenie testamentu przez sąd następuje „z urzędu”, przy czym nie oznacza to braku możliwości złożenia w tym zakresie wniosku przez osobę zainteresowaną. Sporo jednak komplikacji może powodować brak ustawowego przyzwolenia na możliwość dokonania tej czynności przez notariusza „z urzędu” (podkreślają to także: D. C e l i ń s k i i A. D a w i d, *Otwarcie i ogłoszenie testamentu w praktyce notarialnej*, Biuletyn Izby Notarialnej w Katowicach z 2011 r., nr 1, s. 57), co szczególnego znaczenia nabiera choćby w kontekście wydania złożonego na przechowanie u notariusza testamentu. Niewątpliwie w sposób istotny przyczyniłoby się do realizacji nadrzędnego celu ustawodawcy, a mianowicie odformalizowania i usprawnienia notarialnego postępowania spadkowego.

<sup>6</sup> IV CKN 784/00 (OSNC 2003, nr 1, poz. 14).

wskazane w testamencie dochodzą do spadku<sup>7</sup>. Otwarcie i ogłoszenie testamentu wywołuje zatem skutki procesowe (np. art. 670 k.p.c.) oraz materialnoprawne (np. art. 1007 § 1 k.c.). Jest to więc czynność procesowa będąca jednocześnie nośnikiem także czynności materialnoprawnej – to do oceny jej skutku wywołanego w sferze prawa materialnego mogą mieć zastosowanie przepisy tego prawa<sup>8</sup>. Jak słusznie wskazuje P. Borkowski<sup>9</sup>, ujawnienie jego treści ma duże znaczenie nie tylko dla spadkobierców, ale także dla wierzycieli i dłużników spadkodawcy oraz osób, na rzecz których w testamencie uczyniono zapis zwykły lub zapis windykacyjny. Zatem protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu zawiera w swej treści przebieg pewnych czynności i zdarzeń wywołujących skutki prawne (art. 104 § 3 pr. o not.). Powyżej opisany argument może jedynie pozornie stanowić podstawę kwalifikacji formy omawianego protokołu z otwarcia i ogłoszenia testamentu jako aktu notarialnego.

W dziale II „Czynności notarialne” ustawy – Prawo o notariacie, prawodawca stanowi o „spisaniu protokołu” w aspekcie protokołu w formie aktu notarialnego (art. 79 pkt. 4; art. 95b; art. 95e § 1; art. 102 § 4; art. 104; art. 107 § 1; art. 108 § 2 pr. o not.), zaś stanowiąc o „sporządzeniu protokołu” sygnalizuje odmiennność protokołu w zakresie jego formy (art. 95d w związku z art. 79 pkt 9 pr. o not.). Jest to zgodne z przepisem § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”<sup>10</sup>, z którego wynika, że do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Ustawodawca celowo różnicuje te pojęcia przy okazji regulacji protokołów notarialnych, co także wynika z tego, że tę samą zmianą<sup>11</sup> dokonuje wprowadzenia np. art. 95b, art. 95c, art. 95d, art. 95e, oraz zmiany art. 104 § 3 pr. o not.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> P. Borkowski, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa 2011, s. 165.

<sup>8</sup> A. Oleszko, *Prawo o notariacie, Część ustrojowa*, Kluczbork-Lublin 2009, s. 286.

<sup>9</sup> P. Borkowski, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa 2011, s. 165.

<sup>10</sup> Dz.U. nr 100, poz. 908.

<sup>11</sup> To jest ustawą z dnia 18 marca 2011 r., o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 85, poz. 458).

<sup>12</sup> Co prawda w art. 95e § 2 pkt 2 pr. o not. stanowi się o „sporządzaniu” protokołu dziedziczenia, jednakże ustawodawca jednoznacznie reguluje kwestię formy tego protokołu w treści art. 104 § 3 pr. o not.

W czynności otwarcia i ogłoszenia testamentu dokonywanej przez notariusza mogą uczestniczyć „osoby zainteresowane” w rozumieniu art. 649 § 2 k.p.c. Ich obecność podczas dokonywania przez notariusza czynności otwarcia i ogłoszenia testamentu jest przez ustawę dopuszczalna, a co do ich uczestnictwa podczas dokonywanej czynności notariusz nie ma żadnego wpływu. Jeśli wezmą udział w tej czynności – zyskają status jej stron. Art. 649 § 2 k.p.c. stanowi, że o terminie otwarcia i ogłoszenia złożonego testamentu nie zawiadamia się zainteresowanych, przy czym „mogą być one obecne przy tej czynności”. Oznacza to, że nieobecność osób zainteresowanych treścią ostatniej woli spadkodawcy zawartą w otwieranym i ogłaszającym testamencie nie uniemożliwia dokonania tej czynności przez notariusza. Ma on jednak obowiązek zawiadomić w miarę możliwości osoby, których rozrządzenia testamentowe dotyczą oraz wykonawcę testamentu i kuratora spadku (art. 652 k.p.c.) – po dokonaniu otwarcia i ogłoszenia danego testamentu.

W przypadku, gdy notariusz dokonuje czynności otwarcia i ogłoszenia testamentu, podczas której nie będzie obecna żadna osoba zainteresowana, należałoby rozważyć zasadność obowiązku wynikającego z treści art. 94 § 1 pr. o not. Wynika z niego, że akt notarialny przed podpisaniem powinien być odczytany przez notariusza (lub przez inną osobę w jego obecności), a przy odczytywaniu aktu winien on się przekonać, że osoby biorące udział w czynności dokładnie rozumieją jego treść oraz znaczenie, a akt jest zgodny z ich wolą.

Konsekwencją normy wynikającej z powyżej omawianego przepisu art. 94 § 1 pr. o not. jest nakaz zamieszczenia w treści spisywanego protokołu w formie aktu notarialnego stwierdzenia, że został on odczytany, przyjęty i podpisany przez osoby obecne przy sporządzaniu aktu (art. 92 § 1 pkt 7-8 pr. o not.) jako koniecznego elementu formalnego (art. 92 § 1 w związku z art. 104 § 4 pr. o not.). Z powyższego nie można jednak wnioskować, że w przypadku, gdy przy czynności otwarcia i ogłoszenia testamentu uczestniczą osoby zainteresowane, należy stosować formę aktu notarialnego wobec sporządzanego protokołu z tej czynności, a w przypadku braku tych osób podczas dokonywanej czynności – wspomnianej formy nie stosować. Taka niejednorodna interpretacja z pewnością nie była zamiarem ustawodawcy przy konstruowaniu

omawianej czynności notarialnej. Należy więc przyjąć jednolitą praktykę w tym zakresie.

W związku z tym, że nie istnieje przepis nakazujący normę wynikającą z art. 92 § 1 pr. o not. przy sporządzaniu protokołu otwarcia i ogłoszenia testamentu stosować odpowiednio (przy założeniu, że przy tej czynności idzie o protokół, o którym mowa w art. 104 § 3 pr. o not.) – należy stosować wprost przepisy art. 92 § 1 pkt 7-8 w związku z art. 104 § 4 pr. o not. Jeśli zamiarem ustawodawcy byłoby nakazanie stosowania przy dokonywaniu analizowanej czynności notarialnej normy wynikającej z treści art. 92 § 1 pr. o not. w sposób odpowiedni, z pewnością dałby temu wyraz w konkretnym przepisie ustawy – Prawo o notariacie. Przykładem takiego działania prawodawcy jest art. 80 § 4 zdanie drugie pr. o not., który stanowi, że do protokołu prostującego niedokładności, błędy pisarskie, rachunkowe lub inne oczywiste omyłki „nie stosuje się przepisów art. 5, art. 92 § 1 pkt 4-8 i art. 94 § 1” pr. o not.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r., w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej<sup>13</sup> wprowadza wynagrodzenie notariusza za dokonanie omawianej czynności notarialnej w treści § 10a ust. 3 tego aktu. Skoro zatem brak jest analogicznej jak w przypadku protokołu prostującego niedokładności, błędy pisarskie, rachunkowe lub inne oczywiste omyłki (art. 80 § 4 pr. o not.) regulacji ustawowej przy czynności otwarcia i ogłoszenia testamentu, to w myśl art. 89 § 1 pr. o not. koszty wynagrodzenia notariusza powinny ponieść strony czynności notarialnej.

Czynność ta podlega wpisowi do repertorium A, z uwagi na fakt, że jest to dokument (czynność) notarialny, a w myśl § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 kwietnia 1991 r., w sprawie prowadzenia ksiąg notarialnych oraz przekazywania na przechowanie dokumentów sądom rejonowym<sup>14</sup> – „do repertorium A wpisuje się w porządku chronologicznym wszystkie czynności notarialne, w wyjątkiem protestów”.

Art. 652 k.p.c. stanowi, że: „O dokonanych otwarciu i ogłoszeniu testamentu sąd spadku albo notariusz zawiadamia w miarę możliwości

---

<sup>13</sup> Dz.U. nr 148, poz. 1564 ze zm.

<sup>14</sup> Dz.U. nr 33, poz. 147 ze zm.

osoby, których rozrządzenia testamentowe dotyczą, oraz wykonawcę testamentu i kuratora spadku. Notariusz niezwłocznie zawiadamia o tym sąd spadku, przesyłając **odpis sporządzonego protokołu.**” Przepis ten zmieniony został ustawą z dnia 24 sierpnia 2007 r., o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw<sup>15</sup>. Co prawda tym samym aktem zmieniony został także przepis art. 665 k.p.c., z którego m.in. wynika, że notariusz niezwłocznie zawiadamia sąd spadku o wydanym zaświadczeniu o wykonawcy testamentu, „**przesyłając jego odpis**”, jednak na gruncie kodeksu postępowania cywilnego nie można z powyższego wywodzić zamiaru ustawodawcy w zakresie formy właściwej dla sporządzanego protokołu z otwarcia i ogłoszenia testamentu.

Prawodawca, w aspekcie aktów notarialnych, pojęcia „wypis” używa jednolicie<sup>16</sup>, czego przykładem jest przepis art. 626<sup>4</sup> k.p.c., gdzie stanowi o wypisie aktu notarialnego zawierającego wniosek o dokonanie wpisu do księgi wieczystej. Innym przykładem jest art. 694<sup>4</sup> § 3 k.p.c., w treści którego także stanowi się o wypisach aktów notarialnych. Skoro więc ustawodawca w kontekście aktów notarialnych konsekwentnie używa określenia „wypis”, to można przyjąć, że przy określaniu protokołów sporządzanych przez notariusza także konsekwentnie używać będzie takich samych określeń. Weryfikacja tej prawidłowości w kodeksie postępowania cywilnego nie jest aktualnie możliwa, bowiem o protokole sporządzanym przez notariusza stanowi jedynie przepis art. 652 k.p.c. (i to od zmiany jego treści ustawą<sup>17</sup>, która weszła w życie z dniem 2 października 2008 r.) oraz art. 1139 § 2 k.p.c., gdzie ustawodawca stanowi, że „wypis testamentu oraz protokołu otwarcia i ogłoszenia testamentu” wydaje się

---

<sup>15</sup> Dz.U. nr 181, poz. 1287.

<sup>16</sup> Należy jednak mieć na uwadze fakt, iż o ile ustawodawca w treści kodeksu postępowania cywilnego konsekwentnie używa pojęcia „wypis” w przepisach dotyczących aktów notarialnych, o tyle już w innych aspektach aniżeli notarialne brak jest tej konsekwencji. I tak w treści art. 350 § 2, art. 783 § 3, art. 762 § 3 oraz art. 893<sup>2</sup> § 1 k.p.c. stanowi odpowiednio o wypisie wyroku i orzeczenia sądowego czy o wypisie postanowienia sądu, podczas gdy w innych miejscach posługuje się zamiennie określeniem „odpis” w tym kontekście (art. 124 § 2, art. 398<sup>7</sup> § 2, art. 479<sup>45</sup>, art. 505<sup>37</sup> § 2, art. 558 § 1, 598<sup>19</sup> § 1, art. 669<sup>1</sup> § 4, art. 753 § 2, art. 773 § 4, art. 1213 k.p.c.). Pojęcie „wypis” użyte jest także w art. 641 § 3 k.p.c., gdzie ustawodawca stanowi o wypisach aktu zgonu spadkodawcy.

<sup>17</sup> Ustawy z dnia 24 sierpnia 2007 r., o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 181, poz. 1287).

na żądanie organowi państwa, którego obywatelem był spadkodawca, który to przepis obowiązuje w niezmienionej treści od chwili wejścia w życie kodeksu postępowania cywilnego.

Mając na względzie powyższe argumenty, wydaje się, że analizowany protokół z otwarcia i ogłoszenia testamentu nie powinien być sporządzany w formie aktu notarialnego. Moim zdaniem winno się przyjąć, iż ustawodawca wprowadził swoistą formę notarialną (obok np. formy aktu notarialnego, poświadczenia notarialnego czy aktu poświadczenia dziedziczenia), a mianowicie formę protokołu z otwarcia i ogłoszenia testamentu, traktując ją jako odrębną czynność notarialną o charakterze procesowym.

*Rafał Wrzecień – doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego i Handlowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego.*