



Rejent * rok 22 * nr 5(253)
maj 2012 r.

Polemiki i refleksje

Zapis windykacyjny udziału w rzeczy lub prawie należących do majątku wspólnego małżonków (w świetle postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu)

I. Instytucja zapisu windykacyjnego została wprowadzona do polskiego systemu prawnego niedawno, bo z dniem 23 października 2011 r.¹ Jak wiadomo, zapis windykacyjny tym się różni od zapisu zwykłego, że na mocy zapisu windykacyjnego zapisobierca nabywa przedmiot zapisu bezpośrednio na podstawie zapisu i to z chwilą otwarcia spadku (skutek rozporządzający zapisu), a na mocy zapisu zwykłego zapisobierca nabywa jedynie roszczenie wobec spadkobierców o wykonanie zapisu, czyli zazwyczaj o dokonanie czynności prawnej prowadzącej do nabycia przez zapisobiercę przedmiotu zapisu (skutek zobowiązujący zapisu). Regulacja dotycząca zapisu windykacyjnego nasuwa wiele pytań, w tym także dotyczących przedmiotu zapisu windykacyjnego. W myśl art. 981¹ § 2 k.c. przedmiotem zapisu windykacyjnego może być: 1) rzecz oznaczona co do tożsamości, 2) zbywalne prawo majątkowe, 3) przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne i 4) ustanowienie na rzecz zapisobiercy użytkowania lub służebności. W sprawie zakończonej postanowieniem z dnia 29 listopada 2011 r. (II Cz 1006/11) Sąd Okręgowy w Opolu odniósł się

¹ Ustawa z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 85, poz. 458).

do zagadnienia, czy przedmiotem zapisu windykacyjnego, dokonywanego przez jednego z małżonków, może być udział w nieruchomości lokalowej, objętej ustawową wspólnością majątkową małżeńską.

II. Osoba pozostająca w związku małżeńskim, w którym obowiązywał ustrój ustawowej wspólności majątkowej, zamierzała dokonać zapisu windykacyjnego udziału w nieruchomości lokalowej objętej wymienioną wspólnością. Notariusz odmówił sporządzenia aktu notarialnego obejmującego testament z takim zapisem, powołując się na treść art. 35 k.r.o. Przypomnę, że przepis ten stanowi, iż w czasie trwania wspólności ustawowej żaden z małżonków nie może żądać podziału majątku wspólnego oraz że nie może również rozporządzać ani zobowiązywać się do rozporządzania udziałem, który w razie ustania wspólności przypadnie mu w majątku wspólnym lub w poszczególnych przedmiotach należących do tego majątku. W konsekwencji notariusz stwierdził, że w świetle przepisu 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.)².

Osoba zainteresowana sporządzeniem takiego testamentu nie zgodziła się z argumentacją notariusza i wniosła do Sądu Okręgowego w Opolu zażalenie na odmowę, wnosząc o stwierdzenie, że dopuszczalne i zgodne z prawem jest sporządzenie aktu notarialnego, obejmującego testament z zapisem windykacyjnym udziału wynoszącego 1/2 część w nieruchomości lokalowej, objętej ustawową wspólnością małżonków. Zażalenie zostało wnikliwie uzasadnione. Warto zatem przytoczyć – na podstawie uzasadnienia Sądu – bez istotniejszych zmian argumenty podniesione w uzasadnieniu zażalenia.

W uzasadnieniu swego zażalenia osoba zainteresowana zarzuciła, że Konstytucja RP proklamuje w art. 64 zasadę pełnej ochrony własności, wyrażającą się w swobodzie korzystania z rzeczy. Podniosła też, że zgodnie z art. 140 k.c. prawo własności traktowane jest w naszym systemie prawnym jako prawo podmiotowe o najszerszej treści, a zatem korzystanie z rzeczy przez właściciela oznacza możliwość rozporządzania rzeczą

² Ta ostatnia część wypowiedzi (po przecinku) nie jest w pełni zrozumiała.

stanowiącą istotę własności, a uprawnienie do rozporządzania rzeczą polega m.in. na rozporządzeniu na wypadek śmierci. Dodała, że spadkodawcy przysługuje w szerokim zakresie swoboda w rozporządzaniu majątkiem na wypadek swojej śmierci (swoboda testowania) oraz w kodeksie cywilnym nie sformułowano wprost zasady swobody testowania, jednakże wywodzi się ją z obowiązującej w stosunkach cywilnoprawnych autonomii woli jednostki. Zasada ta jest nadto gwarantowana konstytucyjnie w ramach ochrony „prawa dziedziczenia” (art. 64 ust. 1 Konstytucji RP). 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.

Zadaniem osoby zainteresowanej w jej przypadku nie może być mowy o naruszeniu przepisów bezwzględnie obowiązujących. Art. 981¹ k.c. stanowi bowiem, że w testamentie sporządzonym w formie aktu notarialnego spadkodawca może postanowić, iż oznaczona osoba nabywa przedmiot zapisu windykacyjnego z chwilą otwarcia spadku – a więc z chwilą, kiedy to jej udział we współwłasności łącznej będzie już udziałem we współwłasności w częściach ułamkowych i będzie wynosić 1/2 całość. Wobec powyższego skutki rozporządzenia nastąpią – zdaniem osoby zainteresowanej – po ustaniu wspólności ustawowej małżeńskiej i będą dotyczyć udziału we współwłasności w częściach ułamkowych. Ponadto, zgodnie z art. 981² k.c. zapis windykacyjny jest bezskuteczny, jeżeli w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu windykacyjnego nie należy do spadkodawcy, czyli – *a contrario* – zapis windykacyjny jest skuteczny, jeśli w chwili otwarcia spadku przedmiot należy do spadkodawcy, co oznacza, że jeżeli w chwili otwarcia spadku jej udział będzie stanowić ułamkową część we współwłasności (konkretnie 1/2), to zapis windykacyjny będzie skuteczny. Osoba zainteresowana powołała się również na pogląd J. Turłukowskiego³, że „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 (...)”.

³ Zob. J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 30.

W uzasadnieniu zażalenia podniesiono również, że drugą przesłanką wyznaczającą granice swobody testowania są zasady współżycia społecznego, a ich celem jest niedopuszczenie do sytuacji, w której powstawałyby skutki prawne o treści sprzecznej z powszechnie akceptowanymi w społeczeństwie regułami moralnymi. Sporządzenie testamentu z zapisem windykacyjnym nie narusza tych zasad, ponieważ 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.

Osoba zainteresowana zauważyła, że stanowisko notariusza zawarte w odmowie dokonania czynności notarialnej prowadziłyby 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.

Sąd Okręgowy w Opolu wymienionym wyżej postanowieniem odmówił uwzględnia zażalenia, czyli uznał, że **przedmiotem zapisu windykacyjnego, dokonywanego przez jednego z małżonków, nie może być udział w nieruchomości lokalowej, objętej ustawą wspólnością majątkową małżeńską**. Żeby stworzyć czytelnikowi możliwość własnej oceny argumentacji Sądu, wypada również bez istotniejszych modyfikacji przedstawić argumentację Sądu. Otóż Sąd stwierdził, że nie ma możliwości stosowania zapisu windykacyjnego „w oderwaniu od przepisu art. 35 k.r.o.”. W konsekwencji uznał, że 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** (podkr. Z.T.), a nie taka, która będzie mu przysługiwała w całości lub w części w chwili śmierci”. Tak kategoryczne stanowisko Sąd uzasadnił tym, że zapis windykacyjny, w przeciwieństwie do zapisu zwykłego, powoduje skutki rzeczowe, i nadto tym, iż „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 przypadku, skoro na tym etapie te przesłanki nie podlegałyby badaniu, nie ma wystarczającego uzasadnienia dla przyjęcia dla zapisu windykacyjnego wyłącznie formy testamentu notarialnego.” Sąd odwołał się także do treści art. 43 § 2 k.r.o. Na podstawie tego przepisu oznaczone osoby mogą żądać ustalenia, że udziały małżonków w majątku wspólnym nie są równe. Nawiazując do tego przepisu, Sąd stwierdza, iż „wydaje się również, że skoro 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.” Sąd zwrócił uwagę również na to, że „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 wnioskodawczym domaga się w zażaleniu.” I na koniec Sąd dodał, że „wnioskodawczyni może dokonać rozrządzenia testamentowego na rzecz córki przy wykorzystaniu pozostałych instytucji prawa spadkowego bez naruszenia jej prawa jako testatora.”

III. Na pierwszy rzut oka argumenty podniesione przez Sąd Okręgowy w Opolu wydają się być przekonujące. Jednakże dłuższa refleksja nasuwa wątpliwości co do poprawności argumentacji Sądu, a w konsekwencji i do samego rozstrzygnięcia.

Już sam skutek rozstrzygnięcia wywołuje wątpliwości. Wiadomo bowiem, że w większości polskich małżeństw obowiązuje ustrój wspólności majątkowej małżeńskiej. Czyżby zatem małżonkowie mogli korzystać z zapisu windykacyjnego tylko w odniesieniu do składników należących do ich majątków osobistych? Skutek trudny do zaakceptowania. Podważałby on celowość wprowadzenia do polskiego prawa spadkowego instytucji zapisu windykacyjnego. Zresztą Sąd nie był chyba do końca przekonany do swoich racji, skoro w dwóch miejscach posłużył się zwrotem „wydaje się”. Sądowi nie może się wydawać, sąd winien być przekonany

do własnych twierdzeń. W ten sposób Sąd osłabił siłę wymowy swojej argumentacji.

Swoje uzasadnienie Sąd Okręgowy w istocie oparł na spostrzeżeniu, że zapis windykacyjny, w przeciwieństwie do zapisu zwykłego, powoduje skutki rzeczowe. Z tego spostrzeżenia i z obowiązku zachowania formy aktu notarialnego przy sporządzaniu testamentu Sąd wysnuł wniosek, że przedmiot zapisu windykacyjnego winien należeć do testatora nie tylko w chwili otwarcia spadku, ale również w chwili sporządzania testamentu. Sąd, odwołując się do treści art. 35 k.r.o., daje do zrozumienia, że udział w majątku wspólnym małżonków, a tym samym i w jego składnikach, nie istnieje, a z pewnością nie jest wystarczająco skonkretyzowany oraz że udział ten powstaje dopiero z chwilą ustania wspólności, najpóźniej w chwili śmierci spadkodawcy, a przed jej ustaniem wspomniany art. 35 k.r.o. nie zezwala małżonkowi ani na rozporządzanie, ani nawet na zobowiązanie się do rozprowadzania udziałem, który w razie ustania wspólności przypadnie mu w majątku wspólnym lub w poszczególnych przedmiotach należących do tego majątku. Swoje wnioski, nawiązujące do treści art. 35 k.r.o. i rzeczowego skutku zapisu windykacyjnego, Sąd wzmacnia tym, że nie ma pewności co do wielkości udziału w przedmiocie należącym do majątku wspólnego małżonków. Art. 43 § 2 k.r.o. umożliwia bowiem ustalenie przez sąd, że udziały małżonków w majątku dorobkowym nie są równe. W ten sposób Sąd daje do zrozumienia, że niepewności co do wielkości udziału nie da się pogodzić z rzeczowym charakterem zapisu windykacyjnego. Sąd Okręgowy przywołał również znaną i często wykorzystywaną regułę interpretacyjną, że przepisy bezwzględne prawa spadkowego winny być tłumaczone ściśle i w razie wątpliwości należałoby trzymać się wykładni literalnej, a nie rozszerzającej.

Przedstawiona przez Sąd argumentacja, opierająca się w istocie na treści art. 35 k.r.o., o tyle może dziwić, że w doktrynie dominuje zapatrywanie, iż zakaz rozporządzania, a właściwie rozrządzenia, nie rozciąga się na rozrządzenia na wypadek śmierci zarówno przez ustanowienie spadkobiercy, jak i ustanowienie zapisobiercy⁴. J.S. Piąkowski zauważa,

⁴ J.S. Piąkowski, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J.S. Piąkowski, Ossolineum 1985, s. 334; M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komen-*

że art. 35 posługuje się terminem „rozporządzenie”, podczas gdy w prawie polskim dyspozycje na wypadek śmierci noszą nazwę „rozrządzenia”, i wyciąga z tego wniosek, że art. 35 k.r.o. ma zastosowanie tylko do czynności *inter vivos*, a nie *mortis causa*, a tylko te ostatnie podlegają prawu spadkowemu⁵. Jednakże S. Breyer, S. Gross uznali, że art. 35 k.r.o. nie ogranicza do powołania do spadku, ale ogranicza małżonków w dokonywaniu zapisów (obecnie zwanych „zwykłymi”). Swój pogląd uzasadnili dosłownym brzmieniem wymienionego przepisu⁶.

Jest faktem, że zaprezentowany dominujący pogląd ma na względzie powołanie do spadku i do zapisu (zwanego obecnie „zwykłym”), bo wówczas tylko taki zapis znany był polskiemu prawu spadkowemu i dlatego należy rozważyć, czy można ów pogląd odnieść także do zapisu windykacyjnego. W moim przekonaniu tak. Należy zauważyć, że art. 35 k.r.o. zakazuje zarówno czynności rozporządzających i zobowiązujących do rozporządzenia przyszłym udziałem w majątku wspólnym. Dlatego w świetle tego przepisu można być zwolennikiem tezy, że przepis ten nie ogranicza żadnego z zapisów, albo tezy, że ogranicza w dokonywaniu jednego i drugiego zapisu, ale nie można stwierdzić, że pozwala na dokonywanie zapisu zwykłego, a wyklucza dokonywanie zapisu windykacyjnego. Jednak istotniejsze jest spostrzeżenie, że powołanie spadkobiercy jest również rozrządzeniem przede wszystkim o skutkach rzeczowych i to w odniesieniu do przyszłego, nieznanego do końca majątku spadkowego. Wprawdzie w przypadku powołania do spadku chodzi o sukcesję uniwersalną, ale nie zmienia to faktu, że rozrządzenie, a nawet rozporządzenie (nie tylko zobowiązanie) ustawodawca może powiązać z przedmiotem nie do końca sprecyzowanym czy nawet z przedmiotem nieistniejącym w chwili rozrządzenia lub rozporządzenia. To nie jest tak, że zawsze, gdy czynność prawna dotyczy przyszłego przedmiotu (rzeczy lub prawa), może być to tylko czynność zobowiązująca. Natura prawna rozrządzenia testamentowego, w tym także dotyczącego zapisu, jest taka,

tarz, Warszawa 2006, uw. 7 do art. 35, s. 194; J. Pietrzykowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, uw. 5 do art. 35, s. 402.

⁵ J.S. Piątkowski, [w:] *System...*, s. 334.

⁶ S. Breyer, S. Gross, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. B. Dobrzański i J. Ignatowicz, Warszawa 1975, s. 177.

że nigdy nie może być czynnością zobowiązującą, ponieważ spadkodawca nie może się w testamencie zobowiązywać. Co najwyżej rozrządzenia testamentowe mogą być źródłem zobowiązania nałożonego na spadkobiercę lub zapisobiercę (w przypadku dalszego zapisu). Rozwiązania prawne to tylko konwencja, która nie jest wartością samą w sobie. Ona ma służyć kształtowaniu relacji prawnych w taki sposób, żeby w odpowiednim zakresie chronić interesy osób uwikłanych w daną sytuację, w tym przypadku w sytuację powstałą wskutek śmierci danej osoby. Konwencja ta idzie niekiedy tak daleko, że trzeba posłużyć się fikcją. Warto w tym kontekście przypomnieć, że do dziedziczenia można powołać nawet nieistniejącą fundację (art. 927 § 3 k.c.). Ale i w ramach czynności *inter vivos* można podać przykłady, kiedy czynność wywołująca skutek rzeczowy, aczkolwiek z natury zobowiązująca, dotyczy przyszłego przedmiotu albo przedmiotu, który nie należy jeszcze do majątku dokonującego czynności mającej wywołać w przyszłości skutek rzeczowy. Taką czynnością jest np. sprzedaż rzeczy przyszłych. W takim bowiem przypadku do przeniesienia własności wystarczy przeniesienie posiadania (art. 155 § 2 k.c.)⁷, aczkolwiek można twierdzić, że to przeniesienie posiadania jest w istocie umową przenoszącą własność, czyli rzeczową⁸. Chociaż znaczenie przeniesienia posiadania w takim przypadku jest sporne, to nie umniejsza to wagi spostrzeżenia, że skutek rzeczowy może, przynajmniej według części doktryny, być wywołany przez wcześniejszą czynność prawną, dokonaną w czasie, gdy przedmiot skutku rzeczowego jeszcze nie istniał. Drugi przykład dotyczy sytuacji, w której rzecz wprawdzie istnieje, ale nie jest jeszcze w majątku osoby dokonującej czynności, wywołującej skutek rzeczowy. Załóżmy, że zawarto umowę sprzedaży pod warunkiem. Przed spełnieniem się warunku nabywca warunkowego prawa⁹ zbywa je kolejnej osobie. Przyjmuje się, że rozporządzenie prawem

⁷ E. D r o z d, *Przeniesienie własności nieruchomości*. Warszawa, Kraków 1974, s. 46 i 47; J. S. P i ą t o w s k i, [w:] *System prawa cywilnego*, t. II, *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Ossolineum 1977, s. 287; E. G n i e w e k, *Kodeks cywilny*, Księga druga: *Własność i inne prawa rzeczowe*, Kraków 2001, s. 183; J. I g n a t o w i c z, [w:] *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 89. Co do przyszłych wierzytelności zob. K. Z a w a d a, *Umowa przelewu wierzytelności*, Kraków 1990, s. 40.

⁸ Z. K. N o w a k o w s k i, *Prawo rzeczowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1969, s. 99.

⁹ Często określa się to prawo ekspektatywą, zob. S. G r z y b o w s k i, *System prawa cywilnego*, t. I. *Część ogólna*, Ossolineum 1974, s. 520.

warunkowym¹⁰ jest skuteczne bezpośrednio względem kolejnego nabywcy, o ile spełni się warunek określony w warunkowej umowie¹¹. Biorąc pod uwagę powyższe spostrzeżenia, uważam, że dominujący pogląd, iż art. 35 k.r.o. nie ma zastosowania do czynności *mortis causa*, należy obecnie odnosić także do zapisu windykacyjnego, czyli że przepis ten nie ogranicza możliwości dokonywania zapisu windykacyjnego. I nie stoi temu na przeszkodzie również treść art. 43 k.r.o., do której nawiązuje w swoim uzasadnieniu Sąd Okręgowy w Opolu.

Przepis § 2 art. 43 k.r.o. stanowi, że z ważnych powodów każdy z małżonków może żądać, ażeby ustalenie udziałów w majątku wspólnym nastąpiło z uwzględnieniem stopnia, w którym każdy z nich przyczynił się do powstania tego majątku, natomiast spadkobiercy małżonka mogą wystąpić z takim żądaniem tylko w wypadku, gdy spadkodawca wytoczył powództwo o unieważnienie małżeństwa albo o rozwód lub wystąpił o orzeczenie separacji. Dopóki taki fakt nie nastąpi, dopóty nie ma wątpliwości co wielkości udziału będącego przedmiotem zapisu windykacyjnego. To, że udział ten powstaje czy konkretyzuje się¹² dopiero w chwili otwarcia spadku, nie ma znaczenia, zwłaszcza że zazwyczaj udział ten konkretyzuje się w tej samej chwili, w której następuje skutek rzeczowy. Rozważany problem zdaje się być bardziej złożony, gdy pozostały przy życiu małżonek lub spadkobiercy zmarłego małżonka będą żądać ustalenia wysokości udziału w majątku wspólnym. Problem ten należałoby rozważyć zarówno z punktu widzenia prawa materialnego, jak i procesowego. Zaczniemy od płaszczyzny materialnoprawnej.

To, że konkretyzacja wielkości udziału w majątku wspólnym małżonków następuje w jakiś czas po otwarciu spadku, również nie powinno stanowić przeszkody dla dokonania zapisu windykacyjnego. Nie zawsze bowiem zakres nabytych praw jest już wiadomy w chwili ich nabycia

¹⁰ Tj. prawem, które osoba dokonująca nabędzie od innej osoby na podstawie już zawartej umowy, ale dopiero z chwilą spełnienia się warunku, o ile to się stanie.

¹¹ Zob. S. G r z y b o w s k i, *System...*, s. 521.

¹² W doktrynie wiele kontrowersji wzbudza to, czy współwłasność (wspólność) łączna jest współwłasnością (wspólnością) bezudziałową czy też wspólnością o nieokreślonych udziałach, por. E. G n i e w e k, [w:] *System prawa prywatnego*, t. III, *Prawo rzeczowe*, red. T. Dybowski, Warszawa 2007, s. 437 i 438; M. N a z a r, [w:] *System prawa prywatnego*, t. XI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 250 i 251.

(czyli w chwili wystąpienia skutku rzeczowego). Przykładowo w przypadku dziedziczenia przez cudzoziemca spadku obejmującego nieruchomości lub dokonania zapisu windykacyjnego nieruchomości na jego rzecz może nie być wiadomo przez wiele lat od otwarcia spadku, kto nabywa tę nieruchomość: ów cudzoziemiec, współspadkobiercy testamentowi czy spadkobiercy ustawowi¹³. Wprawdzie w takich przypadkach występuje niepewność co do podmiotu prawa własności nieruchomości, ale z perspektywy podstawowej roli, jaką przypisuje się prawu, jest bez znaczenia, czy źródłem niepewności jest strona podmiotowa czy przedmiotowa.

W przypadku ustalenia, że udziały w majątku dorobkowym małżonków nie są równe, nasuwa się zatem pytanie, czy zapis windykacyjny jest skuteczny, czy też nieskuteczny albo czy staje się zapisem zwykłym. Problem jest bardziej widoczny, gdy przedmiot zapisu zostanie określony jako „1/2 część” oznaczonego składnika objętego wspólnością majątkową małżeńską. Jeśli bowiem przedmiot zapisu oznaczono by jako „udział” (bez podania jego wielkości) w określonym przedmiocie, to łatwiej zaakceptować, że zapis obejmuje ustalony w drodze postępowania sądowego udział w majątku wspólnym. Jeżeli zaś chodzi o przypadek określenia przedmiotu zapisu jako „1/2 udziału w oznaczonym prawie”, to należy, w moim przekonaniu, kierować się regułami interpretacyjnymi zawartymi w art. 948 § 1 i w art. 981³ § 2 k.c. Pierwszy z nich stanowi, że testament należy tak tłumaczyć, ażeby zapewnić możliwie najpewniejsze urzeczywistnienie woli spadkodawcy, drugi natomiast, że zapis windykacyjny nieważny ze względu na zastrzeżenie warunku lub terminu wywołuje skutki zapisu zwykłego uczynionego pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu, chyba że co innego wynika z treści testamentu lub z okoliczności. W świetle tych przepisów zapis windykacyjny, mimo ustalenia innej wysokości udziału w majątku wspólnym, należałoby uznać za skuteczny. I przeszkodą dla takiego wniosku nie jest, moim zdaniem, treść art. 981² § 2 zd. 1 k.c., zgodnie z którą zapis windykacyjny jest bezskuteczny, jeżeli w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu nie należy do spadkodawcy albo spadkodawca był zobowiązany do jego zbycia. Nie powinno być wątpliwości, że w przypadku żądania ustalenia wysokości

¹³ Art. 7 ustawy z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (Dz.U. z 2004 r., nr 167, poz. 1758 ze zm.).

udziałów w majątku wspólnym przedmiot zapisu należał do spadku, zachodzi jedynie potrzeba skonkretyzowania wysokości tego udziału.

A jeśli chodzi o płaszczyznę procesową: Jak wiadomo, prawa do spadku mogą być ustalone przez notariusza lub sąd spadku. Gdy przed notariuszem lub wcześniej zostałyby zakwestionowana równość udziałów małżonków w ich majątku wspólnym, to notariusz nie mógłby dokonać poświadczenia dziedziczenia. Prawa do spadku może w takim przypadku ustalić tylko sąd spadku. I ten sąd rozstrzygnie, czy będzie także rozpatrywał sprawę o ustalenie wielkości udziałów w majątku wspólnym małżonków, czy też uczyni to inny sąd. Gdyby orzeczenie w sprawie ustalenia wysokości udziałów małżonków w majątku wspólnym już zapadło i stało się prawomocne, to nie ma przeszkód dla poświadczenia dziedziczenia przez notariusza, chyba że notariusz miałby wątpliwości co do natury prawnej zapisu windykacyjnego.

Wbrew temu, co twierdzi Sąd Okręgowy w Opolu, z art. 981² k.c. nie można wysnuć wniosku, że przedmiot zapisu windykacyjnego musi istnieć i należeć do majątku spadkodawcy już w chwili sporządzania testamentu. Przepis ten, jak jednoznacznie wynika z wyżej przytoczonego zd. 1 § 2 tego artykułu, wyraźnie bowiem nawiązuje do chwili otwarcia spadku i nie ma w nim jakichkolwiek elementów nawiązujących choćby pośrednio do chwili sporządzania testamentu obejmującego zapis windykacyjny¹⁴.

Nie mam zatem wątpliwości, że bardziej pogłębiona wykładnia przepisów, na których oparł swoją argumentację Sąd Okręgowy w Opolu, nie daje podstaw do wniosków, jakie przyjął Sąd w omawianym orzeczeniu. Ale ani wykładnia przeprowadzona przez Sąd Okręgowy w Opolu, ani wykładnia przedstawiona powyżej przez autora niniejszej polemiki nie ma przesądzającego charakteru.

Otóż w każdym przypadku, gdy mamy do czynienia ze stykiem różnych regulacji, trzeba, oprócz wykładni językowej, logicznej, systemowej i jakiegokolwiek innej, zbadać relację między tymi przepisami. Należy bowiem pamiętać, że styk pewnych przepisów może prowadzić do modyfikacji jednych przepisów, nawet bezwzględnie obowiązujących, pod wpływem

¹⁴ Tak też J. Turłukowski, *Zapis...*, s. 30.

drugich. Badając skutki takiego styku, nie powinniśmy trzymać się kurczowo literalnego brzmienia stykających się przepisów i posługiwać się schematycznie regułami interpretacyjnymi, lecz kierować się przy wyznaczeniu zakresu korzystania z nowych instrumentów prawnych koniecznością wyznaczenia granic ochrony prawnej. To właśnie ustalenie zakresu niezbędnej ochrony prawnej podmiotów uwikłanych w określoną sytuację (w tym przypadku w sytuację w postaci zapisu windykacyjnego udziału w przedmiocie objętym wspólnością majątkową małżeńską) winno być podstawową wskazówką interpretacyjną, zwłaszcza że w uzasadnieniu zażalenia stanowczo nawiązano do konstytucyjnej zasady ochrony prawa własności, wyrażonej nie tylko w art. 64 Konstytucji RP, ale i w art. 21 Konstytucji. Nie można też zapominać, że Konstytucja w tych samych przepisach (art. 21 i 64) obejmuje ochroną również prawo dziedziczenia. W uzasadnieniu Sądu brak jest rozważań, które uwzględniłyby tak istotny aspekt styku dwóch regulacji prawnych, tj. dotyczących zapisu windykacyjnego i wyżej omówionych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Niestety, przy wykładni przepisów często zapominamy, że prawo ma służyć ochronie prawnej oznaczonego podmiotu w ramach danego stosunku prawnego (rzeczowego czy obligacyjnego), że tworzy się dane prawo, wyznaczając jego zakres, żeby wyznaczyć tym samym zakres ochrony prawnej podmiotu, z której ów podmiot będzie mógł skorzystać w razie konfliktu z drugą stroną stosunku prawnego. Dlatego przepisy winno się interpretować w taki sposób, by zapewnić właściwy zakres ochrony podmiotom powiązanim oznaczonymi stosunkami prawnymi, w tym przypadku powiązanimi wskutek zapisu windykacyjnego udziału w przedmiocie należącym do majątku wspólnego małżonków. Wzgląd na tak podstawowy cel wykładni sprawia, że rozważając styk pewnych regulacji, trzeba większą wagę przykładac do wykładni funkcjonalnej. Mając na względzie powyższe uwagi, przyjrzyjmy się bliżej stykowi przepisów o zapisie windykacyjnym i prawa rodzinnego.

Otóż wraz ze śmiercią danej osoby dochodzi do zasadniczej zmiany stosunków prawnych. Dziedziczenie na nowo układa relacje prawne między różnymi podmiotami. W powiązania prawne ukształtowane przez instytucję prawa spadkowego uwikłani są nie tylko spadkobiercy czy zapisobiercy, ale wierzyciele spadkodawcy, wierzyciele spadku oraz wierzy-

ciela spadkobierców i zapisobierców. Rozważmy zatem, jak zachodzące między nimi relacje prawne mogą wpływać na rozumienie styku przepisów o zapisie windykacyjnym z omawianymi przepisami prawa rodzinnego.

W relacji między spadkobiercami sprawa jest prosta. Spadkobiercy zawsze woleliby, żeby zapis windykacyjny był uważany za zwykły, ponieważ przedmiot zapisu wchodziłby w skład spadku. I w razie odpowiedzialności za długi spadkowe wartość masy spadkowej byłaby większa, co ograniczałoby negatywne skutki odpowiedzialności po stronie spadkobierców. Ale wola testatora winna być przesądzająca. On zdecydował o windykacyjnym charakterze zapisu. I wątpliwości wynikające z art. 35 k.r.o. nie powinny przesądzać relacji między spadkobiercami a zapisobiercami na korzyść tych pierwszych. O relacji między nimi zdecydował spadkodawca w ramach przysługującej mu swobody testowania. Jeżeli chodzi o interes wierzycieli spadkodawcy i wierzycieli spadku, to zapisobierca również odpowiada za długi spadkowe. Z punktu widzenia wierzycieli spadkowych jest to zatem sytuacja bardziej komfortowa, ponieważ pojawia się dodatkowy dłużnik (zapisobierca), odpowiadający za długi spadkowe (jeżeli nie jest zarazem spadkobiercą). I dlatego nie zachodzi potrzeba wykładania stykających się przepisów w kierunku zapewnienia wierzycielom spadkowym właściwej ochrony prawnej. Z punktu widzenia wierzycieli spadkobierców i zapisobierców kwestia, czy zapis zostanie uznany za windykacyjny, czy za zwykły, ma natomiast znaczenie. Ale konkurencja między nimi nie powinna mieć wpływu na wykładnię stykających się przepisów. Każdy wierzyciel ponosi ryzyko niewykonania zobowiązania przez dłużnika. W związku z tym nie widzę powodów, żeby należałoby którąś kategorię wierzycieli (spadkobierców lub zapisobierców) uprzywilejować w ramach tłumaczenia relacji między zapisem windykacyjnym a przepisami prawa rodzinnego. W moim przekonaniu, powyżej opisane powiązania prawne nie uzasadniają ograniczenia konstytucyjnie chronionego prawa własności poprzez zawężanie zakresu stosowania zapisu windykacyjnego, jak również nie pozwalają na stwierdzenie, że ograniczenie to jest wymagane ze względu na potrzebę ochrony prawa dziedziczenia.

Wobec powyższych argumentów odwołanie się do reguły interpretacyjnej, że wyjątki winno się tłumaczyć ściśle, nie może mieć większego

znaczenia. Jest faktem, że zapis windykacyjny jest wyłomem od sukcesji uniwersalnej, jaką jest dziedziczenie, i to na tyle nieprzekonującym, że niektóre systemy prawne przed nim się bronią. Ale to nie znaczy, że wszystkie wątpliwe kwestie dotyczące zakresu stosowania zapisu windykacyjnego mają być rozstrzygane w myśl tej reguły interpretacyjnej. Nie można bowiem zapominać, że reguła ta ma charakter pomocniczy, a nie przesądzający. Sam ustawodawca zdecydował bowiem o ograniczeniu zasady sukcesji uniwersalnej.

IV. Rozstrzygnięcie zagadnienia, czy przedmiotem zapisu windykacyjnego może być przyszły udział w przedmiocie (rzeczy lub prawie) należącym do majątku wspólnego małżonków, z pewnością nie jest łatwe. Kierując powyższymi spostrzeżeniami, uważam jednak, że **małżonek może skutecznie objąć zapisem windykacyjnym udział w rzeczy lub prawie należącym do majątku wspólnego małżonków¹⁵.**

Dr hab. Zygmunt Truskiewicz, Uniwersytet Jagielloński; notariusz w Krakowie.

¹⁵ Tak P. Książak, *Zapis windykacyjny*, Warszawa 2012, s. 129 (zob. także przypis 129); M. Margoński, *Głosa do wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 29 listopada 2011 r., II CZ 1006/11*, Rejent 2012, nr 4, s. 140 i nast. Odmiennie E. Gniewek, *O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotu majątku wspólnego małżonków*, Rejent 2012, nr 1, s. 31 i 32; J. Górecki, *Zapis windykacyjny w praktyce notarialnej*, Rejent 2012, nr 4, s. 31-33.