

Jakub Biernat

Udział w prawie majątkowym wchodzącym w skład majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską jako przedmiot zapisu windykacyjnego¹

I. W dniu 23 października 2011 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 85 poz. 458) wprowadzającej do polskiego systemu normatywnego instytucję zapisu windykacyjnego (por. art. 981¹-981⁶ k.c.). W najogólniejszym ujęciu należy wskazać, iż posłużenie się konstrukcją zapisu windykacyjnego umożliwiła testatorowi przeznaczenie w testamencie poszczególnych praw majątkowych wchodzących w skład jego majątku określonym podmiotom ze skutkiem od chwili jego śmierci (art. 981¹ § 1 k.c.). Nie sposób nie docenić wagi wskazanej nowelizacji; nie powinno budzić wątpliwości, że jej doniosłość ujawnia

¹ Problematyka omawiana w niniejszym opracowaniu pozostaje przedmiotem żywego zainteresowania nauki prawa również w ostatnim czasie – por. w szczególności J. G ó r e c k i, *Zapis windykacyjny w praktyce notarialnej*, Rejent 2012, nr 4, s. 31-33; P. K s i ę ż a k, *Zapis windykacyjny*, Warszawa 2012, s. 128-133; M. M a r g o Ń s k i, *Glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 29 listopada 2011 r.*, II CZ 1006/11, Rejent 2012, nr 4, s. 131-142; Z. T r u s z k i e w i c z, *Zapis windykacyjny udziału w rzeczy lub prawie należących do majątku wspólnego małżonków (w świetle postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu)*, Rejent 2012, nr 5, s. 142-155.

się nie tylko w wymiarze prawnym, lecz również gospodarczym oraz społecznym².

II. Wśród wątpliwości pojawiających się w praktyce notarialnej już w pierwszych miesiącach obowiązywania wskazanych przepisów szczególnie istotne znaczenie zdaje się mieć problem sprowadzający się do pytania, czy przedmiotem skutecznego zapisu windykacyjnego może być udział w prawie majątkowym³ objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską⁴, który przypadnie testatorowi wraz z zaistnieniem zdarzenia prawnego wywołującego skutek w postaci ustania

² Por. J. Biernat, *Z problematyki tzw. testamentu działowego w polskim prawie spadkowym*, Przegląd Sądowy 2005, nr 4, s. 48-51; J. Górecki, *Zapis windykacyjny – uwagi de lege ferenda*, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*, red. E. Drozd, A. Oleszko i M. Pazdan, Kluczbork b.r.w., s. 132-142; P. Księżak, *Podstawowe problemy zapisu windykacyjnego*, KPP 2011, z. 4, s. 1043-1047; K. Łaski, *Postępowanie spadkowe. Proponowane kierunki zmian*, NPN 2001, nr 7-8, s. 80-88; K. Osajda, *Zapis windykacyjny – nowa instytucja polskiego prawa spadkowego*, MP 2012, nr 2, s. 68-69; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088*, t. II, red. K. Pietrzykowski, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 1152-1153; A. Stępnia, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego w zakresie prawa spadkowego*, MP 2011, nr 12, s. 629-633; J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 12-15; H. Witczak, *Zmiany w prawie spadkowym – zapis windykacyjny*, MP 2011, nr 20, s. 1080-1081; W. Żukowski, *Projektowane wprowadzenie zapisu windykacyjnego do polskiego prawa spadkowego*, KPP 2010, z. 4, s. 1041. Por. także uzasadnienie projektu powołanej wyżej ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, druki sejmowe Sejmu VI kadencji, druk nr 3018, s. 1; dostępne na stronie www.sejm.gov.pl.

³ W nauce prawa nie budzi wątpliwości, że przedmiotem zapisu windykacyjnego może być udział w zbywalnym prawie majątkowym, w tym udział w prawie własności (por. art. 981¹ § 2 k.c.) – tak np. E. Gniewek, *O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków*, Rejent 2012, nr 1, s. 20, 29-30; E. Niezbecka, [w:] *Komentarz do art. 981¹ Kodeksu cywilnego*, red. A. Kidyba, System Informacji Prawnej Lex, teza 11; K. Osajda, *Przedmiot zapisu windykacyjnego i odpowiedzialność zapisobierców windykacyjnych za długi spadkowe oraz zachowki*, MP 2012, nr 3, s. 129; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga czwarta: *Spadki*, wyd. 10, Warszawa 2011, s. 186; H. Witczak, *Zmiany...*, s. 1082, przypis 64; P. Zakrzewski, *Zapis windykacyjny*, Przegląd Sądowy 2012, nr 2, s. 11.

⁴ Chodzi tu zarówno o wspólność ustawową, jak i wspólność ustanowioną umową majątkową małżeńską; do tej ostatniej należy bowiem stosować odpowiednio przepisy o wspólności ustawowej (art. 48 k.r.o.).

wspólności majątkowej małżeńskiej^{5,6}. Trzeba zwrócić uwagę, że zdarzenie takie na pewno zaistnieje; czy to przed otwarciem spadku, czy to – najpóźniej – wraz z otwarciem spadku, następującym, co do zasady, z chwilą śmierci testatora (art. 924 k.c.).

Należy wskazać, że rozstrzygnięcie wskazanego problemu może iść w dwóch zasadniczych kierunkach. Z jednej strony można twierdzić, że zamieszczenie w testamencie zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem jest udział w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z zaistnieniem zdarzenia prawnego wywołującego skutek w postaci ustania wspólności majątkowej małżeńskiej, jest niedopuszczalne⁷, zaś stosowne rozrządzenie testamentowe jest wadliwe⁸; z drugiej

⁵ Por. np. M. Domałski, *Spadkodawcy interesują się zapisem windykacyjnym*, Rzeczpospolita z dnia 8 listopada 2011 r., <http://www.rp.pl/artykul/748311.html>; tenże, *Nie ma wspólnych testamentów*, Rzeczpospolita z dnia 19 listopada 2011 r., <http://www.rp.pl/artykul/756808.html>. Wagę wskazanego problemu determinuje w szczególności okoliczność, że ustrój wspólności majątkowej małżeńskiej jest w świetle uregulowań prawa polskiego nie tylko ustrojem ustawowym (por. art. 31 § 1 k.r.o.), ale jednocześnie, jak można założyć, ustrojem występującym najczęściej w praktyce. Można również, jak się zdaje, zaryzykować tezę, iż w sytuacji typowej, najistotniejsze – w znaczeniu prawnym i ekonomicznym – składniki majątkowe przysługujące małżonkom pozostającym w ustroju wspólności majątkowej wchodzą w skład ich majątku wspólnego, nie zaś w skład ich majątków osobistych.

⁶ Wydaje się, że wskazany problem może być postawiony szerzej; należy rozważyć, czy przedmiotem zapisu windykacyjnego może być udział w prawie majątkowym wchodzącym w skład majątku objętego jakąkolwiek wspólnością łączną testatora i innych podmiotów, a zatem na gruncie *legis latae* nie tylko wspólnością majątkową małżeńską, ale i wspólnością łączną wspólników spółki cywilnej (por. w szczególności art. 863 k.c. i art. 875 k.c.). Dalsze rozważania dotyczące wspólności majątkowej małżeńskiej należy odnosić – na poziomie konstrukcyjnym, a zatem z uwzględnieniem odmienności w materiale normatywnym – do wspólności łącznej wspólników spółki cywilnej oraz jej ustania w razie rozwiązania spółki, co z kolei powoduje powstanie współuprawnienia dotychczasowych wspólników w częściach ułamkowych (por. art. 875 § 1 k.c.). Por. jednak K. Osajda, *Przedmiot...*, s. 129-130.

⁷ Tak E. Gniewek, *O niedopuszczalności...*, s. 31; E. Niezbecka, [w:] *Komentarz...*, teza 10; postanowienie SO w Opolu II Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 29 listopada 2011 r., II Cz 1006/11 (niepubl.).

⁸ Wątpliwości – w razie przyjęcia wskazanego zapatrywania – może budzić określenie postaci wadliwości, jaką miałyby być dotknięte rozrządzenie testamentowe obejmujące zapis windykacyjny; wydaje się – zwłaszcza w kontekście brzmienia art. 981² k.c. – iż

natomiast można formułować zapatrywanie, że jest to dopuszczalne⁹, zaś rozrządzenie testamentowe obejmujące zapis windykacyjny we wskazanym kształcie jest ważne i skuteczne. Przyznanie trafności jednemu ze wskazanych, modelowych ujęć nie jest oczywiste; normując zagadnienia związane z problematyką przedmiotu zapisu windykacyjnego, ustawodawca zdecydował się bowiem jedynie na wyczerpujące wyliczenie tego, co może być przedmiotem zapisu (por. art. 981¹ § 2 k.c.) oraz na określenie skutków prawnych zaistnienia sytuacji, w której przedmiot zapisu (ewentualnie przedmiot, który ma być obciążony ustanawianym w ramach zapisu użytkowaniem lub służebnością) w chwili otwarcia spadku nie należy do spadkodawcy albo spadkodawca jest zobowiązany do jego zbycia (por. art. 981² k.c.).

III. Za pierwszym ze wskazanych zapatrywań powołuje się następujące argumenty.

Przede wszystkim twierdzi się, że zamieszczenie w testamencie zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem jest udział w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z zaistnieniem zdarzenia prawnego wywołującego skutek w postaci ustania wspólności majątkowej małżeńskiej, pozostawałoby w sprzeczności z normą prawną wynikającą z art. 35 zd. 2 k.r.o. W szczególności w świetle wskazanego uregulowania żaden z małżonków nie może rozporządzać ani zobowiązywać się do rozporządzania udziałem, który w razie ustania wspólności przypadnie mu w poszczególnych przedmiotach należących do majątku wspólnego¹⁰.

rozrządzenie takie należałoby uznać za bezskuteczne, nie zaś nieważne. Na temat relacji wskazanych postaci wadliwości w stosunku do testamentu por. bliżej E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004, s. 202-222, zaś ogólnie por. bliżej M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 48-66. Por. także w odniesieniu do problemu konwersji nieważnego rozrządzenia testamentowego obejmującego zapis windykacyjny w rozrządzenie testamentowe obejmujące zapis zwykły P. Księżak, *Podstawowe...*, s. 1070-1071; W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1042-1043.

⁹ Tak P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 17-18. Por. także K. Osajda, *Przedmiot...*, s. 128-129.

¹⁰ Por. E. Gniewek, *O niedopuszczalności...*, s. 31-32; uzasadnienie postanowienia powołanego w przypisie 7.

Ponadto zwraca się uwagę, że pomimo wyraźnego wymogu, iż przedmiot zapisu ma należeć do spadkodawcy jedynie w chwili otwarcia spadku (art. 981² k.c.), należy stać na stanowisku, że powyższe ma mieć miejsce także w chwili sporządzenia testamentu. Co więcej, podkreśla się, że już w chwili sporządzenia testamentu testator winien być uprawniony do rozporządzania przedmiotem zapisu windykacyjnego. Uzasadnienie dla wskazanego zapatrywania stanowić ma zwłaszcza okoliczność, iż przedmiot zapisu windykacyjnego ma być zindywidualizowany, precyzyjnie określony już w chwili sporządzenia testamentu¹¹, a także okoliczność, że rozrządzenie testamentowe obejmujące zapis windykacyjny może być skutecznie zamieszczone jedynie w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego (por. art. 981¹ § 1 k.c.); wskazuje się, że wymóg zachowania formy aktu notarialnego uzasadniony jest koniecznością precyzyjnego ustalenia zakresu praw podmiotowych przysługujących testatorowi już w chwili sporządzania testamentu¹².

Twierdzi się również, że za omawianym poglądem przemawia uregulowanie zawarte w art. 43 § 2 i 3 k.r.o. Z przepisów tych wynika, iż dopuszczalne jest ustalenie w drodze orzeczenia sądu – w pewnych sytuacjach również w razie, gdy wspólność majątkowa małżeńska ustaje z chwilą otwarcia spadku – innych niż równe udziałów w majątku wspólnym przysługujących poszczególnym małżonkom (ewentualnie ich spadkobiercom), a w konsekwencji – innych niż równe udziałów w prawach majątkowych wchodzących uprzednio w skład majątku wspólnego małżonków¹³. Prowadzi to do wniosku, że skoro nawet w chwili otwarcia spadku może nie być definitywnie wiadomo, jaki udział w prawie majątkowym przypadnie testatorowi, to nie sposób dopuścić możliwości poczynienia rozrządzenia testamentowego dotyczącego tegoż udziału, które to rozrządzenie byłoby skuteczne z chwilą otwarcia spadku¹⁴. Dodatkowo

¹¹ Por. E. Gniewek, *O niedopuszczalności...*, s. 32-33, por. także, s. 18-19.

¹² Por. uzasadnienie postanowienia powołanego w przypisie 7.

¹³ Trafnie zwraca się uwagę, że na mocy wskazanych przepisów niedopuszczalne byłoby ustalenie nierównych udziałów jedynie w niektórych prawach majątkowych wchodzących uprzednio w skład majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską, nie zaś w całym majątku – por. np. postanowienie SN z dnia 27 czerwca 2003 r., IV CKN 278/01 (System Informacji Prawnej Lex nr 82435).

¹⁴ Niniejszy argument wart jest uwagi jedynie w razie przyjęcia zapatrywania, iż orzeczenie wydane w trybie art. 43 k.r.o. ma moc wsteczną od chwili ustania wspólności.

zwraca się uwagę na problemy, jakie wskazana sytuacja mogłaby rodzić w odniesieniu do stwierdzenia nabycia spadku co do przedmiotu zapisu windykacyjnego¹⁵.

Podnosi się również, iż uzasadnieniem dla przedstawionego wyżej zapatrywania może być bezwzględnie obowiązujący, co do zasady, charakter przepisów z zakresu prawa spadkowego oraz postulat restryktywnej wykładni norm prawa spadkowego¹⁶.

IV. Przedstawioną argumentację trudno uznać za przekonującą.

Przede wszystkim nie sposób zgodzić się z tezą, że zamieszczenie w testamencie zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem jest udział w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z zaistnieniem zdarzenia prawnego wywołującego skutek w postaci ustania wspólności majątkowej małżeńskiej, pozostaje w sprzeczności z normą prawną wynikającą z art. 35 zd. 2 k.r.o. Przeciwnie; powyższe uregulowanie nie ma zastosowania do testamentu, w tym testamentu obejmującego zapis windykacyjny, ani wprost, ani w drodze analogii. Po pierwsze, należy wskazać, że zastosowanie wprost normy wynikającej z art. 35 zd. 2 k.r.o do testamentu należy uznać za niedopuszczalne z uwagi na okoliczność, iż testament nie jest czynnością prawną, która podlegałaby kwalifikacji jako czynność zobowiązująca albo rozporządzająca¹⁷.

Zasygnalizowana kwestia pozostaje sporna w nauce prawa i orzecznictwie – por. bliżej np. J. Ignaczewski, [w:] *Małżeńskie prawo majątkowe*, red. J. Ignaczewski, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 143; M. Olszyk, *Komentarz do art. 43 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, System Informacji Prawnej Lex, teza 4; J. St. Piątoński, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. 1, red. J. St. Piątoński, Ossolineum 1985, s. 493; J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 458-459; M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 266; wyrok SN z dnia 10 listopada 1976 r., II CR 268/76 (System Informacji Prawnej Lex nr 2110); uzasadnienie uchwały SN z dnia 22 listopada 1972 r., III CZP 83/72 (System Informacji Prawnej Lex nr 1528).

¹⁵ Por. uzasadnienie postanowienia powołanego w przypisie 7.

¹⁶ Por. tamże.

¹⁷ Tak trafnie S. Wójcik, F. Zolli, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe*, t. 10, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2009, s. 282. Por. także w szczególności tamże, przypis 24, na s. 282 i powołaną tam literaturę.

Testament jako taki nie powoduje bowiem ani powstania stosunku obligacyjnego, ani przekształcenia w zakresie praw podmiotowych określonych podmiotów. Stosunki obligacyjne lub przekształcenia podmiotowe dotyczące określonych praw podmiotowych mogą natomiast powstać w związku ze śmiercią osoby fizycznej, będącą odrębnym od sporządzenia testamentu zdarzeniem prawnym; na istnienie i kształt tych stosunków oraz przekształceń fakt sporządzenia i treść testamentu mogą mieć wszakże wpływ. Po drugie, wykluczyć należy zastosowanie do testamentu, jako czynności mogącej mieć wpływ – jak wskazano wyżej – na powstanie stosunków obligacyjnych lub przekształcenia w zakresie praw podmiotowych, normy wypływającej z art. 35 zd. 2 k.r.o *per analogiam*. Przede wszystkim należy w tym zakresie zwrócić uwagę, że zarówno w chwili sporządzenia testamentu, jak i później – w okresie do otwarcia spadku – sporządzenie testamentu obejmującego zapis windykacyjny nie przyczynia się w najmniejszym stopniu ani do rozporządzenia, ani do powstania zobowiązania do rozporządzenia jakimkolwiek prawem podmiotowym, w tym nie przyczynia się do rozporządzenia ani do powstania zobowiązania do rozporządzenia udziałem, który w razie ustania wspólności majątkowej małżeńskiej przypadnie testatorowi w poszczególnych prawach majątkowych należących uprzednio do majątku wspólnego. W chwili sporządzenia i w okresie do otwarcia spadku testament, jako czynność *mortis causa*, nie wywołuje bowiem żadnych skutków prawnych¹⁸. Sporządzenie testamentu obejmującego zapis windykacyjny przyczyni się do zaistnienia przekształceń w zakresie praw podmiotowych dopiero z chwilą otwarcia spadku, będącą chwilą uzyskania skuteczności przez testament¹⁹. W tej zaś chwili wspólność majątkowa małżeńska nie istnieje²⁰; a skoro nie istnieje, to brak jest jakichkolwiek przesłanek do analogicznego zastosowania art. 35 zd. 2 k.r.o.²¹

¹⁸ Por. zamiast wielu E. Skowrońska-Bocian, *Testament...*, s. 14-15; S. Wójcik, F. Zoll, [w:] *System...*, s. 283.

¹⁹ Por. tamże.

²⁰ Czy to dlatego, że ustala wcześniej, czy to dlatego, że ustala przez otwarcie spadku w tej samej „sekundzie intelektualnej”, w której testament uzyskał skuteczność.

²¹ Por. na ten temat także K. Osajda, *Przedmiot...*, s. 129, w tym przypis 16.

Trudno również podzielić pogląd, że na gruncie *legis latae* istnieją podstawy normatywne do formułowania tezy, iż przedmiot zapisu windykacyjnego winien należeć do spadkodawcy już w chwili sporządzenia testamentu²². Po pierwsze, okoliczność, iż przedmiot zapisu windykacyjnego nie należy do spadkodawcy w chwili sporządzenia testamentu, nie wyklucza jego indywidualizacji, precyzyjnego określenia. Po drugie, nieuprawnionym zdaje się być wywodzenie takiego wymogu z formy aktu notarialnego przewidzianej przez ustawę dla testamentu obejmującego zapis windykacyjny. Wprowadzenie dodatkowych ograniczeń formalnych dla testamentu obejmującego zapis windykacyjny, a mówiąc ściślej – zagwarantowanie, iżby przy sporządzeniu testamentu obecny był notariusz, a zatem osoba dysponującą wiedzą prawniczą, podyktowane było dążeniem do ograniczenia wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści testamentu obejmującego zapis windykacyjny²³. Po trzecie, należy zwrócić uwagę, że ustawodawca zdecydował się na precyzyjne określenie chwili, w której przedmiot zapisu windykacyjnego ma wchodzić w skład majątku testatora. Chwilą tą, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 981² k.c., jest chwila otwarcia spadku. Trudno mniemać, iż intencją ustawodawcy było wprowadzenie identycznego wymogu w odniesieniu do chwili sporządzenia testamentu, skoro okoliczności tej nie dano żadnego wyrazu normatywnego. Po czwarte, warto zauważyć, że w istocie nie sposób wskazać jakichkolwiek doniosłych argumentów natury celowościowej mających przemawiać za omawianą tezą. Po piąte wreszcie, wypada zwrócić uwagę na uregulowanie dotyczące instytucji zapisu zwykłego zawarte w art. 976 k.c. Zgodnie z tym przepisem, w braku odmiennej woli spadkodawcy zapis rzeczy oznaczonej co do tożsamości jest bezskuteczny, jeżeli rzecz zapisana nie należy do spadku w chwili jego otwarcia

²² Por. W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1033. Autor wyraźnie opowiada się za tezą, że przedmiot zapisu windykacyjnego oraz przedmiot, na którym ma zostać ustanowiona służebność lub użytkowanie w drodze zapisu windykacyjnego, nie musi wchodzić w skład majątku testatora w chwili sporządzenia testamentu. Tak również P. Księżak, *Podstawowe...*, s. 1066; K. Osajda, *Przedmiot...*, s. 129; J. Turłukowski, *Zapis...*, s. 30, 35.

²³ Tak wyraźnie w uzasadnieniu projektu powołanej wyżej ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, s. 2-3. Por. także P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 10; W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1041-1042.

albo jeżeli spadkodawca był w chwili swej śmierci zobowiązany do zbycia tej rzeczy. Wskazaną normę – *toutes proportions gardées* – należy uznać za konstrukcyjnie i merytorycznie zbliżoną do normy wynikającej z art. 981² k.c. Nie stanowi ona natomiast podstawy do formułowania tezy, że rzecz, której dotyczy zapis zwykły, winna być własnością spadkodawcy w chwili sporządzenia testamentu. Przeciwnie, w nauce prawa zgodnie twierdzi się, iż może być inaczej²⁴. Na marginesie powyższych rozważań trzeba również wskazać, że w istocie w omawianej sytuacji przedmiot zapisu windykacyjnego wchodzi w skład majątku testatora w chwili sporządzenia testamentu, zaś testator jest uprawniony do rozporządzania tym przedmiotem, tyle tylko, że mamy tutaj do czynienia z majątkiem objętym szczególnym reżimem prawnym, wyrażającym się zwłaszcza w istnieniu wspólności łącznej i specyficznych zasad zarządu, w tym dokonywania czynności rozporządzających.

Nie sposób również uznać za przesądzającą o niedopuszczalności zamieszczenia w testamencie zapisu windykacyjnego dotyczącego udziału w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z ustaniem wspólności majątkowej małżeńskiej, okoliczności, iż po otwarciu spadku może dojść do ustalenia w drodze orzeczenia sądu innych niż równe udziałów w majątku wspólnym małżonków, a w konsekwencji w prawach majątkowych wchodzących uprzednio w skład tego majątku (por. art. 43 k.r.o.). Przemawia za tym kilka przyczyn. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że sama możliwość ustalenia nierównych udziałów nie oznacza, iż z chwilą ustania wspólności majątkowej małżeńskiej danemu podmiotowi nie przysługuje określony udział w prawach majątkowych objętych uprzednio wspólnością²⁵; przysługuje udział wynoszący połowę (art. 43 § 1 k.r.o.)²⁶. A skoro tak, to spełnione są wymogi for-

²⁴ Por. np. E. Skowrońska-Bocian, *Testament...*, s. 176-177; S. Wójcik, F. Zoll, [w:] *System...*, s. 380.

²⁵ Nawet przy przyjęciu zapatrywania, że orzeczenie ustalające nierówne udziały ma moc wsteczną od chwili ustania wspólności majątkowej małżeńskiej – por. uwagi zawarte w przypisie 14.

²⁶ Por. np. J. Ignaczewski, [w:] *Małżeńskie...*, s. 138-139; J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks...*, s. 453; postanowienie SN z dnia 24 października 1996 r., II CKU 10/96 (System Informacji Prawnej Lex nr 26372).

mulowane przez ustawodawcę w odniesieniu do przedmiotu zapisu windykacyjnego na gruncie art. 981¹ § 2 k.c. Jeśli zaś po otwarciu spadku dojdzie do ustalenia nierównych udziałów w trybie art. 43 § 2 i 3 k.r.o., to dopiero wówczas może to spowodować ubezskuteczenie zapisu (art. 981² k.c.)²⁷. Oznacza to, że nie ma podstaw normatywnych, by twierdzić, iż sama możliwość ustalenia nierównych udziałów po otwarciu spadku wyklucza możliwość zamieszczenia w testamencie rozrządzenia w postaci zapisu windykacyjnego w określonym kształcie; rzeczywiste ustalenie nierównych udziałów może natomiast wywołać skutek w postaci ubezskuteczenia zapisu windykacyjnego. Ujmując omawiane zagadnienie nieco ogólniej, należy wskazać, że ewentualność zaistnienia określonego zdarzenia prawnego, w braku stosownego materiału normatywnego, nie powinna wyłączać definitywnie dopuszczalności dokonania czynności prawnej w określonym kształcie; zaistnienie tego zdarzenia może zaś prowadzić do jej ubezskuteczenia. Po drugie, wypada zwrócić uwagę na pewne dalsze skutki akceptacji tezy o niedopuszczalności zamieszczenia w testamencie zapisu windykacyjnego dotyczącego udziału w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską z uwagi na okoliczność, że po otwarciu spadku może dojść do ustalenia nierównych udziałów. Konsekwentne trwanie na przyjętym stanowisku wymagałoby przyjęcia, iż niedopuszczalne jest uczynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego jakiegokolwiek prawa, co do którego może zaistnieć w przyszłości jakiegokolwiek zdarzenie prawne powodujące określone przekształcenie dotyczące tegoż prawa z mocą wsteczną²⁸. Teza taka zaś, w braku stosownej podstawy prawnej, jest

²⁷ Por. na ten temat także K. O s a j d a, *Przedmiot...*, s. 129, a zwłaszcza przypis 17. Autor przyjmuje jednakże, że ustalenie nierównych udziałów powoduje (winno być raczej „może powodować” – JB) odpadnięcie podstawy prawnej przysporzenia z tytułu zapisu windykacyjnego, a w konsekwencji powstanie uprawnień z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

²⁸ Na gruncie prawa polskiego zaistnieć może szereg takich zdarzeń prawnych. Przykładowo – może dojść do uchylecia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu, podstepu lub groźby (art. 88 k.c.); może dojść do unieważnienia umowy zawartej w wyniku aukcji lub przetargu (art. 70⁵ k.c.); może dojść do zmiany wielkości udziału, w którym spadkobierca powołany jest do dziedziczenia wskutek: uznania innego spadkobiercy za niegodnego dziedziczenia (art. 928 k.c.), wyłączenia małżonka spadkodawcy od dziedziczenia (art. 940 k.c.), odrzucenia spadku (art. 1020 k.c., por. także

nie do utrzymania²⁹. Po trzecie wreszcie, należytego uzasadnienia dla poglądu o niedopuszczalności uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego udziału w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, z uwagi możliwość ustalenia nierównych udziałów po otwarciu spadku, nie dają przepisy normujące postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku oraz sporządzenie aktu poświadczenia dziedziczenia. Dzieje się tak, z jednej strony, ze względu na możliwość uchylecia lub zmiany postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku lub zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia w razie, gdy udział w prawie majątkowym będącym przedmiotem zapisu windykacyjnego uległ zmianie wskutek ustalenia nierównych udziałów po uprawomocnieniu się stosownego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku lub zarejestrowaniu aktu poświadczenia dziedziczenia (por. art. 679 § 4 k.p.c. w związku z art. 679 § 1-3 k.p.c.)³⁰, z drugiej zaś, z uwagi na możliwość zawieszenia postępowania o stwierdzenie nabycia spadku w razie toczącego się postępowania dotyczącego ustalenia nierównych udziałów (por. art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. oraz art. 180 pkt 4 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c.).

Należy również wyraźnie podkreślić, że zarówno bezwzględnie obowiązujący, co do zasady, charakter przepisów z zakresu prawa spadkowego, jak i celowość restryktywnej wykładni norm prawa spadkowego³¹ trudno uznać za okoliczności przemawiające przeciwko dopuszczalności zamieszczenia w testamencie zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem jest udział w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia

art. 1017 k.c.), uchylecia się od skutków prawnych oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku bądź uchylecia się od skutków prawnych niezłożenia takiego oświadczenia w odpowiednim terminie (por. art. 1019 k.c.).

²⁹ Niejako na marginesie powyższych rozważań należy wskazać, że konsekwentne prezentowanie omawianego tu krytycznie poglądu winno prowadzić do przyjęcia tezy, iż przedmiotem zapisu windykacyjnego nie może być przysługujący testatorowi udział w prawie majątkowym wchodzącym uprzednio w skład majątku wspólnego małżonków, jeśli wspólność ustała przed sporządzeniem testamentu obejmującego zapis windykacyjny. I w takiej sytuacji bowiem może przecież dojść do ustalenia nierównych udziałów po otwarciu spadku w trybie art. 43 § 2 i 3 k.r.o.

³⁰ Por. W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1039-1040.

³¹ Pomijając, czy tak kategorycznie postawiona teza jest uzasadniona.

testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z zaistnieniem zdarzenia prawnego wywołującego skutek w postaci ustania wspólności majątkowej małżeńskiej. W braku stosownej regulacji normatywnej ani charakter prawny pewnej grupy przepisów, ani postulowane zasady wykładni określonej grupy norm prawnych nie mogą stanowić wystarczającego uzasadnienia dla przedstawionego zapatrywania.

V. Powyższe uwagi zdają się uzasadniać tezę, że na gruncie *legis latae* brak jest podstaw normatywnych do przyjęcia, iż niedopuszczalne jest sporządzenie testamentu obejmującego zapis windykacyjny, którego przedmiotem jest udział w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z zaistnieniem zdarzenia prawnego wywołującego skutek w postaci ustania wspólności majątkowej małżeńskiej. Wydaje się natomiast, że istnieją podstawy normatywne przemawiające za trafnością alternatywnego zapatrywania, w świetle którego ważnym i potencjalnie skutecznym jest testament obejmujący zapis windykacyjny odnoszący się do udziału w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z ustaniem wspólności majątkowej małżeńskiej³².

Należy wskazać, że na gruncie obowiązujących przepisów brak jest uregulowania, z którego w sposób uprawniony można byłoby wywieść zakaz uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego udziału w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z ustaniem tej wspólności. Jak starano się wykazać wyżej, za uregulowanie takie nie może być uznana ani norma wynikająca z art. 35 zd. 2 k.r.o., ani możliwość

³² W konsekwencji oznacza to również przyjęcie, że dopuszczalne jest ustanowienie w drodze zapisu windykacyjnego prawa użytkownika na udziale w określonym prawie, zwykle prawie własności, który przypadnie testatorowi z chwilą ustania wspólności majątkowej małżeńskiej (por. art. 981¹-981² k.c., a także art. 252 k.c. i art. 265 k.c.). Na temat dopuszczalności ustanowienia prawa użytkownika na udziale w prawie por. np. E. Gniewek, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe*, t. 4, red. E. Gniewek, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 370 i powołana tam literatura, a także uchwała SN z dnia 28 marca 1980 r., III CZP 11/80 (System Informacji Prawnej Lex nr 2475).

ustalenia nierównych udziałów w majątku objętym uprzednio wspólnością majątkową małżeńską (art. 43 § 2 i 3 k.r.o.). Nie mającą podstawy prawnej jest również teza, iż przedmiot zapisu windykacyjnego musi przysługiwać testatorowi już w chwili sporządzenia testamentu³³. Brak stosownych uregulowań – zarówno merytorycznych, jak i konstrukcyjnych – ograniczających możliwość sporządzenia testamentu obejmującego zapis windykacyjny w omawianym kształcie, w kontekście przyjętej na gruncie polskiego prawa spadkowego, gwarantowanej konstytucyjnie, zasady swobody testowania³⁴, uzasadnia tezę, iż sporządzony testament winien być uznany za ważny i potencjalnie skuteczny. W omawianym przypadku testator, realizując zasadę swobody testowania, mieści się w jej granicach, dokonuje rozrządzenia w ramach przewidzianej w tym celu przez ustawę czynności prawnej, jaką jest testament (por. art. 941 k.c.), wykorzystuje przyjętą przez ustawę konstrukcję zapisu windykacyjnego (por. art. 981¹-981⁶ k.c.), czyni jego przedmiotem prawo objęte katalogiem zawartym w ustawie (art. 981¹ § 1 k.c.), spełnia wymóg, iżby wskazane prawo majątkowe należało do niego w chwili otwarcia spadku (art. 981² k.c.). Jednocześnie, poprzez testament obejmujący zapis windykacyjny w omawianym kształcie, testator uzyskuje możliwość realizowania zasady swobody testowania w bardziej ogólnym i kompleksowym wymiarze; uzyskuje możliwość decydowania *mortis causa* o losie określonych – niejednokrotnie istotnych – składników swego majątku przy wykorzystaniu instytucji o specyficznych, nierealizowalnych na gruncie innych rozwiązań prawnospadkowych, skutkach prawnych³⁵.

VI. Przyjęcie zapatrywania, że przedmiotem zapisu windykacyjnego może być udział w prawie majątkowym objętym w chwili sporządzenia testamentu wspólnością majątkową małżeńską, który przypadnie testatorowi wraz z zaistnieniem zdarzenia prawnego wywołującego skutek

³³ Abstrahując od zasygnalizowanej wyżej okoliczności, iż w omawianej sytuacji przedmiot zapisu windykacyjnego wchodzi w istocie w skład majątku testatora.

³⁴ Por. np. E. Skowrońska-Bocian, *Testament...*, s. 125-134; J. St. Piątkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, wyd. V, zaktualizował i uzupełnił B. Kordasiewicz, Warszawa 2002, s. 99-101; S. Wójcik, F. Zoll, [w:] *System...*, s. 274-281.

³⁵ Por. bliżej na ten temat pozycje powołane w przypisie 2. Por. także w tym duchu K. Osajda, *Przedmiot...*, s. 129.

w postaci ustania wspólności majątkowej małżeńskiej, nie wyczerpuje dyskusji związanej z zasygnalizowanym wymiarem instytucji zapisu windykacyjnego. Przeciwnie, może stanowić punkt wyjścia dla podjęcia – wykraczających poza ramy wyznaczone tematem niniejszego opracowania – rozważań dotyczących specyfiki zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem jest udział w prawie majątkowym, którego wielkość (wysokość) może być inna w chwili otwarcia spadku w stosunku do chwili sporządzenia testamentu czy też – mówiąc ściślej – w stosunku do oczekiwań testatora przejawianych przez niego w chwili sporządzenia testamentu³⁶.

³⁶ Należy zwrócić uwagę, że w takich sytuacjach aktualizuje się między innymi szczególnie doniosłe pytanie o wymagany stopień konkretyzacji w testamencie wielkości (wysokości) udziału w danym prawie majątkowym. Z jednej strony można twierdzić, iż konkretyzacja w testamencie wielkości (wysokości) udziału winna nastąpić poprzez posłużenie się określonym ułamkiem, z drugiej zaś, można formułować zapatrywanie, że wystarczającym jest odwołanie się jedynie do udziału, który będzie przysługiwał testatorowi w chwili otwarcia spadku. Za pierwszym z przedstawionych poglądów przemawiać może w szczególności wywodzony z brzmienia art. 981¹ § 2 k.c. postulat niebudzącego wątpliwości, precyzyjnego, jednoznacznego oznaczania w testamencie przedmiotu zapisu windykacyjnego (por. np. E. G n i e w e k, *O niedopuszczalności...*, s. 17-18; E. N i e z b e c k a, [w:] *Komentarz...*, teza 10; A. S t e m p n i a k, *Nowelizacja...*, s. 631; J. T u r ł u k o w s k i, *Zapis...*, s. 28) oraz okoliczność, iż jedynie w razie określenia udziału przy posłużeniu się konkretnym ułamkiem da się – w sposób bezdyskusyjny i pewny w związku z omawianym rozrządzeniem – ustalić istnienie po stronie testatora woli testowania. W razie, gdy udział w określonym prawie nie będzie określony konkretnym ułamkiem, mogą powstać wątpliwości właśnie co do rzeczywistej woli testatora. Twierdzenie, iż wolą testatora było rozrządzenie jakimkolwiek udziałem w prawie, może bowiem – choć nie musi – *in concreto* nie odpowiadać rzeczywistości. Za drugim z przedstawionych zapatrywań przemawiać może w szczególności jego elastyczność, a zwłaszcza zapewnienie możliwości realizacji woli testatora polegającej na przyznaniu określonemu podmiotowi tytułem zapisu windykacyjnego całego udziału w danym prawie majątkowym, jaki by on nie był w chwili otwarcia spadku (por. w odniesieniu do zbycia udziału w spadku, którego wielkość zmienia się z mocą wsteczną E. S k o w r o Ń s k a - B o c i a n, *Komentarz...*, s. 320-321) oraz okoliczność, że takie określenie przedmiotu zapisu windykacyjnego ogranicza możliwość zaistnienia wadliwości rozrządzenia testamentowego.

Abstract

The legacy per vindicationem was introduced into the Polish legal system by the Act of 18 March 2011 Amending the Act on the Civil Code and Certain Other Acts (Dz.U. /Journal of Laws/ No. 85 item 458). It is pointed out that the ratio legis for the aforementioned instrument is, in particular, the need to ensure due pursuance of the principle of testing and ensuring the economically reasonable use of certain economic organisms, such as undertakings or agricultural farms. These objectives are attained through the legacy per vindicationem by enabling the testator to bequeath in his or her will the different property rights to specific entities with effect from the moment the will is opened and thus, as a rule, with effect from the moment of the testator's death. One of the the most controversial problems in the light of the adopted regulation is the validity of the testator's disposition concerning the part in the property right belonging to the marital community.

Dr Jakub Biernat – adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego; notariusz w Krakowie.